

### III. OTRAS DISPOSICIONES

#### MINISTERIO DE JUSTICIA

**9441** *Resolución de 28 de septiembre de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora de la propiedad de Montblanc a inscribir un derecho de superficie y la declaración de obra nueva a favor de una sociedad civil.*

En el recurso interpuesto por doña I. y don J. C. S., en nombre propio y en representación de la sociedad civil «Comercial Carulla, S.C.P.», contra la negativa de la registradora de la Propiedad de Montblanc, doña Esther Rada Pelegrí, a inscribir un derecho de superficie y la declaración de obra nueva a favor de dicha sociedad.

#### Hechos

I

En escritura autorizada el día 22 de diciembre de 2015 por doña Nancy Mariblanca Consuegra, Notaria de Calaf, actuando como sustituta legal por vacante de la Notaría de Santa Coloma de Queralt, con número 320 de protocolo, los cónyuges don J. M. C. M. y doña M. I. S. G. y don J. C. S., copropietarios de la finca registral número 4.330 del Registro de la Propiedad de Montblanc (libro 91 de Santa Coloma de Queralt), declararon formalmente que desde el año 2001 existe construida la obra descrita en dicha escritura, consistente en una nave industrial de 697 metros cuadrados. A la escritura se incorpora certificación del secretario del Ayuntamiento de Santa Coloma de Queralt sobre la existencia de dicha construcción, con la superficie indicada, desde el año 2001 y sobre la inexistencia de expediente de infracción urbanística; e igualmente, certificación catastral descriptiva y gráfica de la que resulta la antigüedad y características de la edificación.

Mediante escritura autorizada el día 26 de abril de 2016 por la misma Notaria, doña Nancy Mariblanca Consuegra, con número 249 de protocolo, los cónyuges don J. M. C. M. y doña M. I. S. G. y don J. y doña I. C. S., interviniendo todos en su propio nombre y los dos últimos además –según afirman– como únicos socios de la sociedad civil «Comercial Carulla, S.C.P.» (de la que se limitan a expresar su domicilio y su C.I.F.), elevaron a público un documento privado suscrito, según afirman, el día 20 de diciembre de 2000 (y presentado en la Oficina Liquidadora de Montblanc el día 22 de abril de 2016) por el que don J. M. C. M., doña M. I. S. G. y don J. C. S., copropietarios de la finca referida, cedieron a la sociedad «Comercial Carulla, S.C.P.» un derecho de superficie sobre la referida finca, por 6.010,12 euros, y un plazo de cincuenta años a contar desde el 27 de diciembre de 2000, para construir las edificaciones que tuvieran por convenientes. Y en escritura denominada «complementaria» autorizada el día 26 de abril de 2016 por la citada Notaria, interviniendo todos en los mismos conceptos indicados en la escritura otorgada el mismo día con número anterior de protocolo, manifestaron que en la referida escritura de 22 de diciembre de 2015 involuntariamente no se hizo constar que el día 20 de diciembre de 2000 don J. M. C. M., doña M. I. S. G. y don J. C. S., copropietarios de la finca referida, cedieron a la sociedad «Comercial Carulla, S.C.P.» el expresado derecho de superficie por 6.010,12 euros, por un plazo de cincuenta años a contar desde el 27 de diciembre de 2000, por lo que rectifican la escritura de declaración de obra nueva, de modo que los declarantes de la misma son don J. y doña I. C. S., como únicos socios de la sociedad civil «Comercial Carulla, S.C.P.».

II

Presentada las tres escrituras referidas en el Registro de la Propiedad de Montblanc el día 5 de mayo de 2016, fueron objeto de la calificación negativa el día 27 de mayo de 2016

que, a continuación, se transcribe en lo pertinente: «Hechos 1.—Se solicita la inscripción del derecho de superficie y de la obra nueva a favor de la sociedad civil «Comercial Carulla, S.C.P.». Sin embargo no se aporta la escritura de constitución de dicha sociedad. 2.—Se pretende la declaración de Obra Nueva por la referida Sociedad Civil, en su calidad de superficiario de la finca registral. 3.—Se constituye un derecho de superficie como anterior a la construcción de la edificación, cuando en realidad, la edificación ya existe al tiempo de la válida constitución de dicho derecho de superficie. Fundamentos de Derecho. 1.—En cuanto al primero de los hechos, vistos los artículos 1669 y 1670 del Código Civil, así como las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13-12-1985, 20-03-1986, 1-04, 30-04 y 11-12-1997, 23-02-1998, 22-04-2000, 14-02-2001, 25-05-2006, 20-04-10 y 21-05-2013, resulta que debe aportarse la escritura de constitución de la referida sociedad civil para valorar si tiene o no personalidad jurídica, y si su naturaleza es civil o mercantil 2.—En cuanto al segundo de los hechos, la sociedad superficiaria no puede declarar la obra nueva por falta de capacidad para ello. Así, de conformidad con el 564-3 del Código Civil Catalán, la constitución del derecho de superficie exige escritura pública, luego el documento privado de 27 de diciembre de 2000 no es título constitutivo de dicho derecho, sino que lo es la propia escritura de elevación a público de 26 de abril de 2016, autorizada por la notario de Santa Coloma de Queralt, doña Nancy Mariblanca Consuegra, protocolo 249/16. En este sentido también hay que tener en cuenta los artículos 1227, 1280 del Código civil, 53, 54 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana y 16 del Reglamento Hipotecario, así como Resoluciones de la DGRN de 6 de febrero de 2012, entre otras. Luego entonces, el momento de constitución de dicho derecho es 26 de abril de 2016, pero según la escritura de declaración de obra nueva de 22 de diciembre de 2015 autorizada por la notario de Santa Coloma de Queralt, doña Nancy Mariblanca Consuegra, protocolo 320/15, la construcción ya existe desde el año 2001, por lo que evidentemente estamos en el supuesto previsto en el artículo 564-2.1 del mismo Código: constitución de derecho de superficie sobre una construcción anterior a la constitución del derecho. Artículo 564-2. Clases. 1. El derecho de superficie puede recaer sobre construcciones o plantaciones anteriores a la constitución del derecho. Las construcciones pueden estar sobre o bajo el nivel del suelo. 2.2. El derecho de superficie puede recaer sobre construcciones o plantaciones posteriores a la constitución del derecho, en cuyo caso este derecho atribuye a su titular la legitimación activa para hacer la construcción o plantación. Por tanto, dicha nave no se ha construido en ejecución del derecho de superficie, al no existir éste a la fecha de la construcción, luego no pueden los superficiarios proceder a la declaración de la obra nueva, ya que al momento de la construcción carecían de cualquier título para ello, la declaración de obra corresponde a los propietarios del terreno, pudiendo encontrarnos en el supuesto de construcción sobre suelo ajeno. Artículo 542-7. Construcción en suelo ajeno con valor superior del suelo. 1. El propietario o propietaria del suelo en que otra persona ha construido total o parcialmente, de buena fe, cuando el valor del suelo invadido es superior al de la construcción y el suelo ajeno, puede optar por: a) Hacer suya la totalidad de la edificación y de la parte de suelo ajeno pagando los gastos efectuados en la construcción y el valor del suelo ajeno. b) Obligar a los constructores a adquirir la parte del suelo invadida o bien, si el suelo invadido no puede dividirse o el resto resulta no edificable, a adquirir todo el solar. 2. La facultad de opción que el apartado 1 otorga a los propietarios del suelo caduca a los tres años de haber finalizado la obra. Una vez transcurrido este plazo sin que los propietarios la hayan ejercido, los constructores solo pueden ser obligados a aceptar la opción a que se refiere la letra b. El principio de tracto sucesivo recogido en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, y aplicado a un supuesto similar en la RDGRN 2-10-2013, exige la previa inscripción del derecho de quien realiza el acto. Así, resulta que no es posible la inscripción de un derecho de superficie constituido con posterioridad a la construcción de la edificación, sin que previamente esté inscrita dicha obra nueva. Y no es posible que el superficiario realice dicha declaración de Obra Nueva porque no tiene su derecho previamente inscrito. 3.—En cuanto al tercero de los hechos, el artículo 564-2 del Código Civil Catalán, anteriormente

visto distingue dos clases de derecho de superficie, el anterior a la construcción de la edificación y el posterior a dicha construcción. Así, en la escritura de constitución de derecho de superficie, éste se constituye como derecho a construir sobre el suelo, es decir como edificación posterior al derecho (564-2.2 del CCC). Sin embargo, al existir ya la edificación construida con anterioridad a la válida constitución del derecho de superficie, resulta que los pactos por los que se rige en realidad no le son de aplicación, ya que la obra, realmente ya está construida. Por ello, el título constitutivo del derecho de superficie debe rectificarse para hacer constar la real situación fáctica existente y poder delimitar claramente la clase de superficie a la que se refiere, que es el de superficie sobre construcción ya existente (construcciones anteriores al derecho, según el 564-2.1 del CCC). Y debe señalar los pactos adecuados a dicha situación fáctica, especialmente lo relativo a la duración del derecho que en la situación actual está indefinida, ya que el plazo debe contarse desde el otorgamiento de la escritura, que marca la constitución del derecho, sin embargo resulta que se pacta que el plazo de duración se computará desde la construcción del edificio, (anterior a la constitución del derecho), por lo que el plazo de duración de 50 años o bien se cuenta desde la constitución del derecho y finalizaría en el año 2066, o bien se cuenta desde la construcción del edificio, en cuyo caso terminaría en el 2051. Es decir, no cabe constituir un derecho de superficie para construir una edificación, del 564-2.2 del CCC, cuando la edificación ya está construida. Debe constituirse en este caso un derecho de superficie relativo a la construcción existente, previsto en el 564-2.1 del CCC».

## III

Doña I. y don J. C. S., en nombre propio y en representación de la sociedad civil «Comercial Carulla, S.C.P.», interpusieron recurso contra la anterior calificación mediante escrito que tuvo entrada en el Registro de la Propiedad de Montblanc el día 30 de junio de 2016, con las siguientes alegaciones: «(...) Primera.—Para una mejor comprensión de la cuestión que es objeto de controversia se considera conveniente hacer referencia a determinados datos fácticos que los argumentos de la resolución que se recurre menciona pero no valora su trascendencia. Entre los primeros, deben citarse: A) Que el 27 de diciembre de 2000, en documento privado suscrito por las partes se pactó: a) La cesión a Comercial Carulla, SCP del derecho de superficie sobre la parcela para construir una nave. B) Que según se acredita en el certificado expedido por el Secretario del Ayuntamiento (...), Comercial Carulla, SCP es propietaria de la finca urbana con referencia catastral 5898508CF6959H0001SO, sita en el Polígono Industrial (...). C) Que sobre dicha finca existe una construcción desde el año 2.001, destinada a uso industrial. D) Que en el certificado catastral (...) se acredita la existencia de una construcción desde el año 2001 titularidad de Comercial Carulla, S.C.P. E) En escritura Pública de 24 de abril de 2016, se eleva a público el contrato privado de cesión de derecho de superficie otorgado el 27 de diciembre de 2000. F) Solicitada la inscripción registral correspondiente, ha sido la misma denegada en aplicación del actual CCCat. No es cierto, como queda acreditado, que la construcción (año 2001) sea anterior a la constitución del derecho de superficie (año 2000). La calificación registral omite dos extremos realmente relevantes del documento privado suscrito por las partes el 27 de diciembre de 2000, el cual forma parte del iter negocial iniciado con la adjudicación a Comercial Carulla, SCP del derecho de superficie y del que la posterior escritura que lo eleva a público no es sino un paso o etapa más. Dichos particulares son: a) que lo que era objeto de cesión era el derecho de superficie sobre el suelo de la parcela sobre la que habría de edificarse la nave (cláusula primera).—b) que es Comercial Carulla, SCP como superficiaria quien realizó la construcción de la nave dentro del plazo concedido (cláusula primera). Segunda.—Acreditado que el derecho de superficie se constituyó en diciembre del año 2000, los preceptos del CCCat. aplicados por la resolución que se recurre son de aplicación a los derechos de superficie constituidos con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley, pero no existe disposición transitoria ni precepto alguno que estipule la retroactividad de esta norma para que resulte aplicable a los derechos de superficie constituidos con anterioridad como es el caso.

Remitiéndonos al Código Civil, el artículo 2.3 establece la irretroactividad de una norma salvo que ésta disponga expresamente lo contrario. Para los derechos de superficie constituidos con anterioridad a la primera regulación aplicable en Cataluña que es la Ley 22/2001 y no el CCCat aplicado por la resolución, debemos estar a la regulación del CC el cual menciona el derecho de superficie, directa o indirectamente, en sus artículos 350, 1611 y 1655. Sin embargo estos artículos no ofrecen una regulación exhaustiva del régimen aplicable. Ha sido la jurisprudencia que entiende aplicable al caso el principio espiritualista de libertad de contratación que proclama el artículo 1278 CC en virtud del cual la eficacia de los contratos no depende de sus formas externas «el derecho de superficie (...) se halla sujeto al derecho civil y, por tanto, su constitución y transmisión no exige forma alguna, (...) ni (el otorgamiento de escritura pública) ni su inscripción son exigencias legales para la validez y eficacia del derecho de superficie.» La escritura es sólo un requisito de forma que puede cumplirse una vez celebrado el negocio, por «elevación a escritura»; el negocio es vinculante sin ella cual es el supuesto. Tercera.—En cuanto a la personalidad jurídica de la Sociedad Civil Particular y su naturaleza mercantil, adjunto (...) copia de la constitución de la sociedad civil Comercial Carulla, SCP. En su cláusula primera se acredita su naturaleza mercantil, y en la cláusula quinta se establece el acuerdo de los socios para negocios jurídicos con bienes inmuebles. Dicha sociedad ostenta personalidad jurídica, pues ni sus pactos permanecen secretos, ni los socios contratan en su propio nombre personal, como prevé el artículo 1669 del Código Civil. Sin perjuicio que la doctrina mayoritaria sostiene que la personalidad jurídica de la sociedad civil constituye un fenómeno que depende exclusivamente de la voluntad de los otorgantes, y que por consiguiente no requiere la concurrencia de ninguna circunstancia externa al contrato como puede ser la publicidad registral (artículos 35.2.º y 1669 del Código Civil) pues el artículo 1669 CC sólo exige la publicidad de hecho, que existe desde el momento en que comienzan las operaciones sociales, mostrándose la sociedad como tal en el tráfico jurídico. También esta DGRN como la doctrina y la jurisprudencia, especialmente la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 2012., es la de admitir personalidad jurídica de una sociedad civil, aunque no revista forma de mercantil, a los efectos de figurar como titular registral de un determinado inmueble por ella adquirido». Junto al escrito de impugnación, los recurrentes aportan un documento privado de constitución de la sociedad civil referida.

#### IV

La registradora informó y elevó el expediente a esta Dirección General mediante escrito de fecha 18 de julio de 2016. En dicho informe expresa que el día 4 de julio de 2016 se notificó el recurso interpuesto a la Notaría autorizante de las escrituras calificadas, sin que se haya recibido comunicación alguna por la misma.

#### Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 3 y 326 de la Ley Hipotecaria; 1218, 1227, 1255, 1278, 1279, 1280, 1669 y 1670 del Código Civil; 240 y 241.2 del Decreto Legislativo 1/1990, de 12 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de los textos legales vigentes en Cataluña en materia urbanística; 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; 33 del Reglamento Hipotecario; las Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 2001, 26 de noviembre de 2002 y 10 de diciembre de 2013, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de diciembre de 1985, 20 de marzo de 1986, 18 de octubre de 1989, 1 y 30 de abril y 11 de diciembre de 1997, 22 de abril de 2000, 14 de febrero de 2001, 15 de julio de 2003, 9 de enero de 2004, 25 de mayo y 27 de julio de 2006, 22 de mayo de 2008, 5 de febrero de 2009, 8 y 18 de enero, 16 y 20 de abril, 2 de junio y 23 de diciembre de 2010, 13 de enero de 2011, 21 de mayo, 21 de junio y 28 de agosto de 2013 y 7 de septiembre y 1 de octubre de 2015.

1. Mediante las escrituras objeto de la calificación impugnada, otorgadas los días 22 de diciembre de 2015 y 26 de abril de 2016, los copropietarios de determinada finca y los dos únicos socios de una sociedad civil –de la que se limitan a expresar su domicilio y su C.I.F.–, elevan a público un documento privado suscrito, según afirman, el día 20 de diciembre de 2000 (y presentado en la oficina liquidadora del impuesto correspondiente el día 22 de abril de 2016) por el que tales propietarios cedieron a la indicada sociedad un derecho de superficie sobre la finca, por 6.010,12 euros y un plazo de cincuenta años a contar desde el día 27 de diciembre de 2000, para construir las edificaciones que tuvieran por convenientes. Asimismo, en una de las escrituras, se hace constar que los dos intervinientes como únicos socios de la sociedad civil declaran formalmente que desde el año 2001 existe construida la obra descrita, consistente en una nave industrial de 697 metros cuadrados.

2. Según el primero de los fundamentos de Derecho expresados en la calificación impugnada, considera la registradora que debe aportarse la escritura de constitución de la referida sociedad civil para valorar si tiene o no personalidad jurídica, y si su naturaleza es civil o mercantil.

Los recurrentes alegan que la personalidad jurídica y el carácter mercantil de la sociedad se acreditan con el documento privado de constitución de dicha sociedad que aportan con el escrito de recurso.

El defecto debe ser confirmado, pues constituye reiterada doctrina de este Centro Directivo que en los recursos contra la calificación de los registradores sólo cabe tener en cuenta los documentos presentados en tiempo y forma en el Registro para su calificación, toda vez que el artículo 326 de la Ley Hipotecaria limita el recurso exclusivamente a las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador, debiendo rechazarse cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma (vid. Resoluciones de 27 de julio de 2006, 22 de mayo de 2008, 5 de febrero de 2009, 8 y 18 de enero y 23 de diciembre de 2010, 13 de enero de 2011, 21 de junio y 28 de agosto de 2013 y 7 de septiembre y 1 de octubre de 2015, entre otras). Por ello, como acertadamente afirma la registradora en su informe, no puede considerarse en la resolución de este recurso el documento privado de constitución de la sociedad civil (del que resulta que esta tiene objeto mercantil, según expresa la registradora y reconocen los recurrentes en su escrito de impugnación), presentado para liquidación del impuesto correspondiente el 4 de enero de 1989, aportado con el escrito de interposición del mismo, por lo que no pudo ser tenido en cuenta en el momento de calificar los títulos. No obstante, como la registradora en su informe expresa determinadas objeciones que impedirían considerarlo apto para obtener la inscripción solicitada en el caso de que se hubiera presentado en tiempo con dichos títulos, no está de más recordar que es doctrina reiterada de esta Dirección General que todo contrato por el que se constituye una sociedad cuyo objeto sea la realización de actividades empresariales, tiene naturaleza mercantil, como resulta de los artículos 2, 116, 117 y 124 del Código de Comercio y del mismo artículo 1670 del Código Civil y, por tanto, la sociedad quedará sujeta, en primer lugar, a las disposiciones contenidas en el Código de Comercio, de acuerdo con sus artículos 2 y 50 y con lo establecido en los artículos 35 y 36 del Código Civil, sin que para eludir la aplicación de las reglas mercantiles de las sociedades sea suficiente la expresa voluntad de los socios de acogerse al régimen de la sociedad civil, pues las normas mercantiles aplicables son, muchas de ellas, de carácter imperativo por estar dictadas en interés de terceros o del tráfico, como ocurre con las que regulan el régimen de los órganos sociales, la responsabilidad de la sociedad, de los socios y de los encargados de la gestión social, la prescripción de las acciones o el estatuto del comerciante (contabilidad mercantil, calificación de las actividades empresariales, etc.). Y por ello, este Centro Directivo ha rechazado que acceda a los libros del Registro la titularidad de una sociedad denominada civil pero cuyo objeto sea el desarrollo de una actividad indubitadamente mercantil y cuyo contrato de constitución no cumpla mínimamente con las normas imperativas que rigen las sociedades mercantiles (vid. las Resoluciones de 13 de diciembre de 1985, 20 de marzo de 1986, 1 y 30 de abril y 11 de diciembre de 1997, 25 de mayo de 2006, 20 de abril

de 2010 y 21 de mayo de 2013). Por otra parte, aun cuando se tratara de sociedad civil por su objeto, su personalidad y la correspondiente representación deben acreditarse en debida forma a la hora de solicitar la inscripción de dicha adquisición, habida cuenta de lo establecido en los artículos 1667, 1668 y 1280, números 1.º y 5.º, del Código Civil, de los que resultaría, que al tratarse de una sociedad que adquiere un bien inmueble y al actuar en nombre de aquélla los socios y administradores solidarios nombrados mediante el documento privado de constitución de la misma, la inobservancia del requisito de la escritura pública debería conducir a la conclusión de que tales extremos (personalidad y poder de representación) no han sido acreditados por el documento privado no elevado a instrumento público (vid. la Resolución de 14 de febrero de 2001).

3. En el segundo fundamento de Derecho de la nota de calificación considera la registradora que, al exigirse escritura pública para la constitución del derecho de superficie, el documento privado de 27 de diciembre de 2000 no es título constitutivo de dicho derecho, sino que lo es la propia escritura por la que tal documento se eleva a público, otorgada el 26 de abril de 2016, de modo que no se puede declarar la obra construida en el año 2001, antes de la constitución de aquel derecho.

Alegan los recurrentes que, al haberse constituido el derecho de superficie en diciembre de 2000, con anterioridad a la primera regulación de tal derecho aplicable en Cataluña que es la Ley 22/2001, de 31 de diciembre, debe aplicarse la regulación del Código Civil, y concretamente el artículo 1278, por lo que el otorgamiento de escritura pública no es exigencia legal para la validez y eficacia del derecho de superficie, sino sólo un requisito de forma que puede cumplirse una vez celebrado el negocio.

Ciertamente, aunque se admitiera la tesis de los recurrentes según la cual el derecho se constituyó en diciembre del año 2000, debe tenerse en cuenta que en tal momento estaba vigente el Decreto Legislativo 1/1990, de 12 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de los textos legales vigentes en Cataluña en materia urbanística, en cuyo artículo 240 establecía que tanto el derecho de superficie constituido por personas públicas como por particulares «se regirá por las disposiciones contenidas en esta sección, por el título constitutivo del derecho, y subsidiariamente, por las normas del Derecho privado»; y el artículo 241.2 del mismo texto refundido disponía que «la constitución del derecho de superficie deberá de ser en todo caso formalizada en escritura pública, y, como requisito constitutivo de su eficacia, inscribirse en el Registro de la Propiedad».

Sin necesidad de profundizar en las polémicas doctrinales y jurisprudenciales relativas a la posibilidad de constituir un derecho de superficie al margen de la legislación urbanística (si bien la Resolución de esta Dirección General de 16 de abril de 2010, en relación con el vigente artículo 40.2 del texto refundido de la Ley de suelo –semejante a la legislación precedente respecto de dicha cuestión– expresa que «la doctrina más autorizada entiende que este precepto, al no hacer distinción, se refiere tanto al derecho de superficie pactado entre particulares, como a aquél que se inscribe en el marco de una actuación urbanística»), cabe tener en cuenta –como tesis más próxima a la pretensión de los recurrentes– que el Tribunal Supremo, en algunas Sentencias (vid. las de 27 de marzo de 2001 y 26 de noviembre de 2002), después de recordar que se exige por parte de la doctrina científica la necesidad de otorgamiento de escritura pública para su constitución, ha entendido que aunque este Tribunal en otra anterior, de 4 de julio de 1928, sea menos exigente, sin embargo el derecho de superficie, en cuanto significa desmembración o grave limitación del dominio y constituye una excepción al principio «aedificium solo cedit» consagrado en el artículo 358 del Código Civil, ha de ser objeto de categórica constitución, y por ello no puede presumirse, por lo que «precisa –como sostiene la meritada Sentencia– para que pueda reconocerse su existencia legal que se demuestre con la escritura de su constitución o algún otro documento justificativo».

Por lo demás, dicha doctrina es acotada en sus justos límites por la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2013, que al interpretar la norma urbanística (reiterada en diversas leyes estatales y autonómicas) según la cual «[l]a constitución del derecho de superficie deberá ser en todo caso formalizada en escritura pública y, como requisito constitutivo de su eficacia, inscribirse en el Registro de la Propiedad», se

pronuncia en los siguientes términos: «La jurisprudencia flexibilizó las exigencias de este precepto. 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 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 presente caso falta la escritura pública de constitución del derecho de superficie o, si se admitiera la interpretación jurisprudencial más flexible antes citada, ese otro documento justificativo acreditativo de su «categórica constitución», en la fecha pretendida –el 20 de diciembre de 2000–, algo que no puede estar constituido por el mero documento privado presentado en la oficina liquidadora. En efecto, aunque ese documento sólo tiene fecha fehaciente desde el momento de su presentación en tal oficina –22 de abril de 2016– y, por tanto en ningún caso podría entenderse que acredite la constitución del derecho de superficie en el año 2000; pero, además, debe tenerse en cuenta que, tal y como tiene resuelto este Centro Directivo en sus Resoluciones de 15 de julio de 2003, 9 de enero de 2004 y 2 de junio de 2010, desde el punto de vista del Registro de la Propiedad sólo puede considerarse como fecha en la que se produjo el negocio cuya inscripción se pretende la del documento público. Así resulta de las siguientes consideraciones: a) la fehaciencia de la que habla el artículo 1227 del Código Civil sólo se extiende «a la fecha» del documento y no a su contenido negocial, ni a la identidad de las personas que en el mismo intervinieron, ni acredita la capacidad natural de dichas personas para la celebración del acto o contrato documentado, y b) la exigencia de documento auténtico que establecen los artículos 3 de la Ley Hipotecaria y 33 de su Reglamento respecto a los títulos formales que pretenden su acceso al Registro de la Propiedad no puede entenderse satisfecha en este caso, por cuanto el documento privado con fecha fehaciente (desde la fecha del fallecimiento del vendedor) carece de fuerza probatoria respecto del «hecho que motiva su otorgamiento» (vid. Resolución de 18 de octubre de 1989). 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).

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto, en los términos que resultan de los anteriores fundamentos de Derecho.

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 septiembre de 2016.–El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.