

12 NOV. 2008

Núm.

11563

Adjunto le remito Informe emitido por Servicio de Asesoramiento Jurídico a Municipios sobre la consulta efectuada por su Ayuntamiento, sobre constitución de derecho de superficie sobre bienes de dominio publico.

En valencia a 3 de noviembre de 2008

EL DIPUTADO DE ASISTENCIA A MUNICIPIOS

Francisco Lledo Aucejo .

DIPUTACIÓ DE VALÈNCIA

11 NOV. 2008

SALIDA Núm. 798

Assessorament i Assistència Municipal

Secretaria del Ajuntament - MANUEL
ENTRADA
17 NOV. 2008
N.º 3977

SR ALCALDE PRESIDENTE DEL AYUNTAMIENTO DE MANUEL

Assessorament i Assistència als Municipis
Direcció i Coordinació

Cooperació Municipal

Por el Ayuntamiento de Manuel se solicita informe relativo a la posibilidad de utilizar en el suelo dotacional de la Serreta el derecho de superficie mediante concurso público para la construcción de un centro de día y dos salas de eventos, convenciones y celebraciones.

A la vista de la consulta realizada y, en virtud de las competencias establecidas en el artículo 36 de la ley 7/85, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, por esta Área de Asesoramiento y Asistencia a Municipios se emite el siguiente informe.

LEGISLACIÓN APLICABLE

- Ley 7/85, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL).
- Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local (TRRL), aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril.
- Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP).
- Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales (RBEL).
- Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo (TRLR).
- Ley 16/2005, de 30 de diciembre, de la Generalitat, Urbanística Valenciana (LUV).
- Decreto 67/2006, de 19 de mayo, del Consell, por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación y Gestión Territorial Urbanística (ROGTU), modificado entre otros por el Decreto 36/2007, de 13 de abril, CA Valenciana.
- Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del sector Público.

ANTECEDENTES DE HECHO

El Ayuntamiento de Manuel es titular del suelo dotacional La Serreta obtenido mediante modificación número 6 del PGOU realizada en 1998, en la que se califica esta superficie de 35.000 metros cuadrados como Red primaria: Dotacional deportivo recreativo.

En este terreno dotacional existe una piscina pública municipal, un bar con cocina, casa unifamiliar con la pretensión de dedicarla a restaurante a través del correspondiente expediente de cambio de uso, así como diversas construcciones (almacenes,carpa...).

El Ayuntamiento pretende utilizar el derecho de superficie, mediante la adjudicación de la concesión de tal derecho a través del correspondiente procedimiento contractual, con el fin de que se lleve a cabo la construcción y explotación de un Centro de día para mayores (2000 metros cuadrados) y de dos salas de eventos-convenciones y celebraciones (unos 1.000 metros cuadrados).

Por otro lado, el Ayuntamiento señala que ya ha ejecutado todas sus instalaciones deportivas en la zona dotacional de las Salinas, antiguo Campamento Militar adquirido al Ministerio de Defensa en 2005, de unos 450.000 metros cuadrados.

INFORME

El tema planteado por el Ayuntamiento de Manuel . no es pacífico en cuanto a doctrina , doctrina que rechaza en algunos casos categóricamente la posibilidad de constituir el derecho de superficie sobre bienes demaniales o de dominio público y la teoría más progresista que permite esta opción , por tanto en este informe procederemos al análisis y estudio de ambas :

1.- De la imposibilidad de constituir derecho de superficie sobre bienes demaniales destinados a dotaciones públicas :

Esta es la teoría más extendida entre los profesionales del derecho .

La ordenación jurídica del modo de utilización de los bienes de dominio público de las Entidades Locales presupone la distinción , según su afectación y destino , al uso y servicio público , clasificación que viene recogida en el artículo 79.3 de la ley 7/85 de bases de régimen local , de 2 de abril . La dotación pública de contenido social constituye un bien de dominio público

destinado a un servicio publico y constituye soporte necesario para su prestación .

El articulo 75 del reglamento de bienes de las Entidades Locales aprobado por real decreto 1372/1986 de 13 de junio , se refiere a los distintos supuestos de uso de los bienes demaniales . esta utilización se refiere a distintos supuestos de intensidad . las distintas modalidades de uso y aprovechamiento se clasifican atendiendo a un doble criterio : a) material , que se refiere al uso en si mismo considerado y b) finalista referido al destino del bien demanial .

Según el primer criterio , se parte , como principio general y básico , de una utilización común o colectiva de los mismos , general o especial , en su caso este principio puede ser exceptuado por la Administración titular mediante el otorgamiento de utilizations privativas que suponen autenticas ocupaciones materiales de ciertas porciones de del bien de dominio publico que se trate Es el llamado uso privativo , con el que se impide y excluye su utilización por los demás administrados y cuya nota características y definitoria es la de la exclusividad .

En conclusión un bien de dominio publico y por tanto inalienable , la única posibilidad de su utilización seria , no el otorgamiento de un derecho de superficie , sino una concesión demanial de uso privativo . La constitución del derecho de superficie supone la enajenación de derecho a edificar , contraria al principio de inalienabilidad del dominio publico.

De lo anterior , la doctrina deduce ;

Que no cabe constituir el derecho de superficie sobre bienes de dominio publico (enajenación de derecho a edificar) .

Que lo único posible es constituir una concesión administrativa de uso privativo.

Que al tratarse de un bien de servicio publico (dotación de contenido social) estaríamos ante un uso anormal (ejecución de una obra privada) que seria posible si fuera conforme y no perturbara el destino de los terrenos al servicio publico actual .

2.- De la posibilidad de constituir el derecho de superficie sobre bienes de dominio publico .

Concepto .-

El Reglamento Hipotecario , señala en su articulado que el derecho de superficie es un derecho real restringido , limitativo de la propiedad del suelo .

El derecho de superficie se puede definir como un derecho real otorgado a una o varias personas para edificar en suelo ajeno , mediante contraprestación o no según se constituye a título oneroso o gratuito , haciendo suyo el superficiario lo edificado temporalmente .

Dicha definición surge tras el estudio de la regulación urbanística sobre el tema , encontrando como veremos dichos rasgos en todas las leyes del suelo desde 1956 , aunque en ninguna de ellas se define expresamente y a pesar de los cambios que introduce cada reforma en la regulación del derecho de superficie .

De la anterior definición se deduce que el superficiario respecto al suelo ajeno es titular de un derecho real que le permite ocuparlo durante un tiempo determinado y edificar sobre el y respecto de lo edificado tiene dominio.

Por tanto el derecho de superficie se sustenta en la disociación del dominio del suelo y del aprovechamiento de este. Se trata de constituir un *lus edificandi* sobre suelo ajeno , que mediante la derogación temporal del principio de accesión , atribuye lo edificado al superficiario . El resultado final será una situación jurídica compuesta por tres elementos : propiedad del suelo , derecho de superficie (que limita la anterior propiedad) y propiedad superficiaria (consecuencia del derecho anterior).

REGULACIÓN DEL DERECHO DE SUPERFICIE EN LA LEGISLACIÓN . ANTECEDENTES HISTORICOS MAS INMEDIATOS .

La Ley del suelo de 1956 recoge la revitalización el derecho de superficie. Los artículos 157 a 161 de ley del suelo de 1956 contenían la regulación de la constitución , efectos y extinción de este derecho real , esta regulación tenía vocación de generalidad , ya que entendía el derecho de superficie como una técnica de fomento de la edificación utilizable tanto por la Administración como por los particulares propietarios. La finalidad de esta institución se encontraba recogida en la Exposición de Motivos de la ley al señalar que era facilitar la construcción , evitar la especulación en edificios y terrenos y reservar el valor del aumento de valor del suelo para el propietario.

Posteriormente el texto refundido de la ley del Suelo de 1976 , a pesar de la poca aplicación practica de la institución del derecho de superficie en la anterior ley , insistió de nuevo en su regulación aunque otorgándole nuevos perfiles , los artículos reguladores del derecho de superficie de la ley del 56 sufrieron serios retoques con el texto refundido del 1976 , que se plasmaron en los artículos 171 al 174 del citado texto.

La ley de reforma de 8/1990 de 25 de julio de Reforma del Régimen urbanístico Y Valoraciones del Suelo no se ocupaba de la institución superficiaria , ni en su

exposición de motivos ni en su texto articulado , a pesar de ello el texto refundido de 1992 retoma la regulación del derecho de superficie (artículo 287 a 290) .

Ahora bien el 20 de marzo de 1997, el Tribunal Constitucional se pronuncio sobre la constitucionalidad del texto refundido de la ley del suelo y ordenación urbana de 1992 . La citada sentencia incidió sobre el derecho de superficie , la Generalidad de Catalunya había impugnado los articulo 287.2 y 288.3 y 289 del texto refundido , por entender que la regulación del derecho de superficie había siempre configurada por la legislación urbanística.

No obstante tras la sentencia citada , la situación del derecho de superficie queda de la siguiente manera :

Están vigentes y son de aplicación plena , los artículos 287.2 y 3 y 288 .2 y 3 y 289 del Texto refundido de 26 de junio de 1992.

Se aplica el derecho autonómico , en las materias que fueron declaradas inconstitucionales (esto es en los elementos personales y reales del derecho de superficie , en el procedimiento de constitución del mismo y en la conexión del derecho de superficie con la normativa de la vivienda.)

Ahora viene en defecto de normativa autonómica se aplicara el derecho estatal se tendrá que aplicar el derecho de superficie tal y como viene configurado en el derecho estatal es decir el texto refundido de 1976 .

Así pues , la normativa autonómica vigente en la Comunidad Valenciana formada por la ley 16/2005 de 30 de noviembre si regula el derecho de superficie en su articulo 267 estableciendo lo siguiente :

Así lo hizo la Comunidad Valenciana en la Ley 16/2005, de 30 de noviembre, Urbanística Valenciana en su artículo 267 cuando establece

*1. La Generalitat, las entidades locales, los organismos autónomos, las entidades públicas empresariales y las sociedades públicas, cuyo capital pertenezca total o parcialmente a la administración, dentro de los ámbitos de su competencia, podrán constituir el derecho de superficie **en terrenos de su titularidad** con destino a la construcción de viviendas, servicios complementarios, **instalaciones industriales y comerciales u otros usos determinados en los planes urbanísticos y de ordenación del territorio,***

cuyo derecho corresponderá al superficiario, por el plazo que establezca el acto de constitución del derecho de superficie.

Respecto a las formas de constitución, remite a la legislación estatal:

2. El derecho de superficie se registrá por la normativa estatal aplicable.

La normativa estatal contenida en la Ley 33/2003, de Patrimonio de las Administraciones Públicas no hace referencia alguna al Derecho de superficie.

Con posterioridad la Ley 8/2007, del Suelo, derogó expresamente los artículos 287, 288 y 289 del TRLS de 1992 que regulaban la institución y, ya en la actualidad, la recientísima legislación que emana del Texto Refundido de la Ley del Suelo 2/2008, de 20 de junio, contiene dos preceptos que la acogen.

Artículo 40 Contenido, constitución y régimen

- 1. El derecho real de superficie atribuye al superficiario la facultad de realizar construcciones o edificaciones en la rasante y en el vuelo y el subsuelo de una finca ajena, manteniendo la propiedad temporal de las construcciones o edificaciones realizadas. También puede constituirse dicho derecho sobre construcciones o edificaciones ya realizadas o sobre viviendas, locales o elementos privativos de construcciones o edificaciones, atribuyendo al superficiario la propiedad temporal de las mismas, sin perjuicio de la propiedad separada del titular del suelo.*
- 2. Para que el derecho de superficie quede válidamente constituido se requiere su formalización en escritura pública y la inscripción de ésta en el Registro de la Propiedad. En la escritura deberá fijarse necesariamente el plazo de duración del derecho de superficie, que no podrá exceder de noventa y nueve años.*

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

3. *El derecho de superficie puede constituirse a título oneroso o gratuito. En el primer caso, la contraprestación del superficiario podrá consistir en el pago de una suma alzada o de un canon periódico, o en la adjudicación de viviendas o locales o derechos de arrendamiento de unos u otros a favor del propietario del suelo, o en varias de estas modalidades a la vez, sin perjuicio de la reversión total de lo edificado al finalizar el plazo pactado al constituir el derecho de superficie.*
4. *El derecho de superficie se rige por las disposiciones de este Capítulo, por la legislación civil en lo no previsto por él y por el título constitutivo del derecho*

Artículo 41 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.

NORMATIVA APLICABLE A LOS BIENES DE LAS ENTIDADES LOCALES

En primer lugar hay que hacer referencia al régimen jurídico aplicable a los bienes de las Entidades Locales. Así la prelación de fuentes en esta materia es la siguiente:

Habrà de estarse en primer lugar a la legislación básica estatal, constituida principalmente por la Ley 7/85, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL), en concreto sus artículos 79 a 83, todo ello dentro de su título VI; Junto a ello, el Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local (TRRL), aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, recoge la materia en sus artículos 74 a 87, "infiriéndose el carácter básico de sus preceptos según disponga la legislación estatal vigente en aquéllas".

También tiene carácter básico, aunque no en todo su contenido, la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas., aunque esta Ley no regula el derecho de superficie.

Tras la normativa señalada, será de aplicación la legislación autonómica.

En su defecto, habrá de estarse a las previsiones no básicas contenidas en el TRRL y a los preceptos del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales (RBEL), así como a los preceptos no básicos de la LPAP.

Por último resultarán de aplicación las normas de Derecho privado, sin olvidar la posible existencia de normativa municipal.

PATRIMONIO DE LAS ENTIDADES LOCALES

De acuerdo con el artículo 79.1 de la LRBRL, el patrimonio de las Entidades Locales está constituido por el conjunto de bienes, derechos y acciones que les pertenecen.

Por razón del régimen jurídico al que están adscritos, los bienes y derechos que integran este patrimonio pueden ser de dominio público o demaniales y de dominio privado o patrimoniales. Hay que señalar que los bienes integrantes del Patrimonio Municipal del Suelo tienen un tratamiento singular contenido en la normativa urbanística.

En el caso que nos ocupa estamos ante terrenos que son de titularidad municipal y que tienen la naturaleza de bien de dominio público o demanial.

Los bienes de dominio público o demaniales son aquéllos que están afectos a un uso o servicio público, así como aquéllos a los que una ley les otorga expresamente el carácter de demaniales.

La utilización de los bienes de uso público se rige por las disposiciones establecidas en los artículos 75 y siguientes del RBEL. Si bien, en cuanto a la utilización de los bienes de servicio público, ésta se regirá ante todo, por el Reglamento de Servicios de las Entidades Locales y por la normativa de contratación relativa a la gestión de servicios públicos, y, subsidiariamente, por los artículos 75 y siguientes del RBEL.

Además, también habrá de estarse a lo dispuesto en los artículos 84 y siguientes de la LPAP, algunos de los cuales tienen carácter básico.

Con respecto al destino de los bienes de dominio público podemos distinguir entre **uso normal y uso anormal**, examinando lo que pretende realizar el Ayuntamiento de Manuel que es la ejecución de construcciones e instalaciones y destinadas a dos salas de eventos para convenciones y celebraciones (unos 1000 metros cuadrados) así como un centro de día para mayores en este suelo dotacional.

Según los datos facilitados por el Ayuntamiento de Manuel, la finca la Serreta de propiedad municipal se encuentra vinculada a la modificación nº 6 del Plan General de Ordenación Urbana a **dotaciones públicas de carácter recreativo**

y deportivo. Por lo que podemos entender que el uso que pretende realizar el Ayuntamiento sería un **uso anormal**.

Usos del suelo dotacional .-

En este momento, resulta necesario proceder a estudiar los usos que permite el Plan General de Ordenación Urbana y los trámites a realizar para poder dar cabida a las instalaciones pretendidas por el Ayuntamiento de Manuel.

Como ya hemos indicado según información facilitada por el Ayuntamiento de Manuel, tras la modificación nº6 del PGOU, el uso vigente es el **Red primaria dotacional deportivo –recreativo** y el uso que pretende dar el Ayuntamiento es el de **Red Primaria dotacional deportivo – recreativo** (salones de convenciones y celebraciones) y **asistencial** (centro de día).

La regulación de los usos se encuentra previsto en el artículo 52 de la LUV que establece los elementos de la red primaria:

“Las reservas de suelo con destino dotacional público, tanto en la Red Primaria como en la Secundaria, se delimitarán diferenciando cada una de las calificaciones que seguidamente se detallan. Los documentos de planeamiento identificarán cada dotación con las siglas correspondientes precediéndolas con la letra «P» si es dotación de la Red Primaria o con la letra «S» si es de la Secundaria. Las reservas dotacionales privadas añadirán un asterisco () a las anteriores siglas para diferenciarlas de las homónimas de dominio público. Atendiendo al uso al que se destinen, las dotaciones públicas pueden ser calificadas por el Plan conforme a lo establecido en los siguientes apartados.*

2. El suelo dotacional debe clasificarse en alguna de las siguientes categorías:

- a) Recreativo-deportivo (RD).
- b) Educativo-cultural (ED).
- c) Asistencial (AT).
- d) Administrativo-Institucional (AD).
- e) Infraestructura-servicio urbano (ID).
- f) Dotacional-residencial (DR).
- g) Dotacional múltiple (DM).

Artículo 132. *Restantes dotaciones públicas y equipamiento (en referencia al artículo 60 de la Ley Urbanística Valenciana).*

1. Los otros usos dotacionales públicos son los siguientes

- a) Recreativo-deportivo (RD): son los recintos cubiertos o descubiertos, para la práctica del deporte, e instalaciones fijas y edificios para concentraciones públicas o contemplación de espectáculos.
- b) Educativo-cultural (ED): son los centros docentes, bibliotecas, museos y otros servicios de análoga finalidad.
- c) Asistencial (TD): son los servicios sanitarios, los de asistencia y bienestar social, o los de carácter religioso.
- d) Servicio administrativo (AD): son las sedes institucionales y dependencias administrativas, judiciales, militares y otras análogas.
- e) Servicio urbano-infraestructuras (ID): son las instalaciones de protección civil, seguridad ciudadana, mantenimiento del medio ambiente, centros de transformación, subestaciones eléctricas, cementerios, abastos, infraestructuras o aparatos de vigilancia y control de la contaminación lumínica, acústica y atmosférica, infraestructura del transporte y otras análogas.
- f) Dotacional-residencial (DR): son viviendas sujetas a algún régimen de protección pública y dedicadas a residencia habitual y permanente en régimen de alquiler para personas mayores, discapacitadas o menores de 35 años.
- g) Dotacional de uso múltiple (MD): comprende aquellos suelos dotacionales cuyo uso específico y asignación debe ser pospuesto a un momento posterior de la gestión del instrumento de planeamiento.

El Ayuntamiento de Manuel pretende a tenor de la consulta formulada , mantener el **uso deportivo y recreativo** , ya que cuenta con una piscina y servicios complementarios de restauración existentes , siendo de su interés ampliarlo con la realización de un centro de convenciones y celebraciones . que podíamos entender incluido dentro de acepción "**recreativo**" , siendo necesario por tanto **ampliar** con un **uso asistencial** que daría cobertura al **centro de día para mayores**. Por lo que estaríamos ante un **dotacional deportivo-recreativo-asistencial**.

Procedimiento para la asignación de nuevos usos al suelo dotacional :

Partiendo de la base de que nos encontramos ante una **Red primaria** , entendemos necesario la **Modificación del Plan general de Ordenación urbana** , por cuanto los artículos 124 y siguientes se refieren a **la red secundaria** , por ello debemos acudir al artículo 37.1 e) de la LUV.

1. La ordenación pormenorizada incluye todas las determinaciones que, de modo preciso y detallado, completan la ordenación estructural para el ámbito territorial al que se refieren, y, en particular, las siguientes
 - e) Asignación de usos y tipos pormenorizados en desarrollo de las previstas por la ordenación estructural.

En cuanto al procedimiento a seguir lo encontramos en el artículo 59.3 de la Luv , pues como ya hemos dicho nos encontramos ante uso dotacional de la red primaria , debemos acudir a una modificación puntual del Plan general.

PROBLEMÁTICA DEL DERECHO DE SUPERFICIE Y LA CARACTERÍSTICA DE LOS BIENES DE DOMINIO PÚBLICO : La inalienabilidad .

El problema fundamental para admitir la posibilidad generalizada de constituir un derecho de superficie sobre bienes de dominio público es el principio de inalienabilidad (que es una nota característica) .

Aunque es bien sabido que la doctrina administrativa y civilista admite la posibilidad de conferir un uso distinto al suelo , vuelo y al subsuelo de una misma parcela , existiendo numerosas Sentencias que así lo confirman (STS de 3 de Marzo de 1992) " reconoce que la propiedad del suelo abarca tanto , la propiedad del vuelo como la propiedad del subsuelo .Mas recientemente la Sentencia de 16 de julio de 1998 que ha declarado que el derecho de propiedad se extiende en sentido vertical al suelo y al vuelo y en este se incluye el subsuelo.

La propia **Ley Urbanística Valenciana** ha recogido en su artículo 60 , conferir un uso distinto al suelo y al subsuelo .

No obstante también ha sido recogido en el **Texto refundido de la ley del Suelo 2/2008** , concretamente en su artículo 17.4 cuyo tenor literal es el siguiente:

Quando, de conformidad con lo previsto en su legislación reguladora, los instrumentos de ordenación urbanística destinen superficies superpuestas, en la rasante y el subsuelo o el vuelo, a la edificación o uso privado y al dominio público, podrá constituirse complejo inmobiliario en el que aquéllas y ésta tengan el carácter de fincas especiales de atribución privativa, previa la desafectación y con las

limitaciones y servidumbres que procedan para la protección del dominio público.

A tenor de lo anterior existen dos líneas de actuación a lo que pretende hacer el Ayuntamiento de Manuel y permitidas por el ordenamiento jurídico :

La primera es considerar que el derecho de superficie afecto al uso que confiere el planeamiento municipal es un derecho real de carácter administrativo que no lesiona el carácter de dominio publico de un bien , Es interesante destacar la **Sentencia del tribunal Supremo** (sala de lo Contencioso Administrativo , Sección 4º) de 28 de abril de 1992 , que señala : "**Al contemplar los derechos reales y sus efectos en el ámbito administrativo , es necesario distinguir entre los derechos reales de derecho administrativo que siempre que recaigan sobre bienes propios , estos deben ser bienes de derecho publico y los derechos de carácter real de carácter civil que siempre que recaigan sobre bienes propios estos han de ser bienes patrimoniales de la Administración**"

La segunda pasaría por constituir un complejo inmobiliario separando el dominio publico del suelo de la naturaleza privativa del suelo , evidentemente tras la correspondiente desafectación por estratos y habilitación desde el planeamiento .

La sentencia de Tribunal Supremo de 28 de abril de 1992 , señala " *es muy difícil pensar que pueda constituir un menoscabo o lesion para un bien de dominio publico la constitución de un derecho real (derecho de superficie) de carácter administrativo para las finalidades previstas en el planeamiento y en consecuencia manteniendo el carácter de servicio publico prestado indirectamente para la colectividad .*

Podemos señalar un serie de Ayuntamientos de la comunidad Valenciana que han constituido derechos de superficie sobre bienes de dominio publico entre ellos podemos destacar :

Ayuntamiento de la Nucia , adjudicación del derecho de superficie sobre dotacional publico y patrimonial del PMS para la construcción y explotación de un centro de enseñanza privado .

Ayuntamiento de Valencia , adjudicación directa de un derecho de superficie sobre un dotacional publico asistencial para la construcción de viviendas de protección publica , centro de día de mayores y garajes .

Ayuntamiento de Xativa , adjudicación de concurso de un derecho de superficie sobre dotacional publico asistencial para la construcción y explotación de una residencia de la tercera edad y sobre un dotacional publica educativo para la construcción y explotación de un centro de enseñanza privada .

En conclusió .

1.- La doctrina no es pacifica en el tema , puesto que una parte de ella rechaza categóricamente la posibilidad de constituir derecho de superficie sobre bienes de dominio publico dado el carácter de inalienabilidad de los bienes de dominio publico .

2.- otra parte de la doctrina considera su posibilidad puesto que nos encontramos ante un derecho real de carácter administrativo que no lesiona ni menoscaba la constitución sobre un bien de dominio publico un derecho de superficie de carácter administrativo para la consecución de las finalidades previstas en el planeamiento urbanístico , atendiendo el carácter de servicio publico prestado indirectamente a la colectividad .

3.- En el caso de que se opte por la segunda opción el Ayuntamiento de Manuel deberá modificar el Plan General de ordenación urbana para ajustar los usos que se pretenden implantar , cuya aprobación corresponde al Municipio .

4.- También sería posible constituir un complejo inmobiliario sobre la finca en cuestión desafectado el suelo del vuelo, convirtiendo este privativo afecto siempre al uso y al carácter de equipamiento que le confiere el Plan general de ordenación Urbana .

5.- También cabria considerar la posibilidad de tramitar la concesión demanial siempre que se cumplan las características previstas en la legislación de aplicación , o en su caso la concesión de obra publica para la construcción y explotación de las instalaciones de tipo recreativo y asistencial , adoptando los tramites necesarios para llevarlo a efecto.

El presente informe no es vinculante.

En valencia a 3 de Noviembre de 2008.

**LA JE FA DE SECCION
DE ASESORAMIENTO JURÍDICO A MUCNIPIOS**



Magdalena Ramirez Olmos