

**EL DERECHO DE SUPERFICIE Y SU CONSTITUCION SOBRE BIENES DE  
DOMINIO PUBLICO**

**Valencia, septiembre de 2008**

## **1. Antecedentes legislativos y regulación actual del derecho de superficie.**

La Ley del Suelo de 1956 reguló el derecho de superficie como técnica al servicio de la acción urbanística pública y privada.

Así, estableció que tanto el Estado como las Entidades Locales y urbanísticas especiales o los particulares podían constituir el derecho de superficie en terrenos de su propiedad con destino a la construcción de viviendas, servicios complementarios, **instalaciones industriales y comerciales y otras edificaciones determinadas en los Planes de Ordenación.**

Desde aquel momento y hasta hoy **el Derecho de superficie**, si bien ligado inicialmente a iniciativas de fomento de la vivienda pública o protegida, **constituye una herramienta de habilitación de usos previstos en el Planeamiento, especialmente de usos públicos, de dotaciones.**

De la Ley del Suelo de 1956, la regulación del derecho de superficie pasó, con algunas mejoras, al Texto Refundido de 1976 y, del mismo, tras la reforma de 1990, al Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992. Sin embargo, en el TRLS 92 solo los preceptos que establecían y regulaban el derecho de superficie constituido por particulares, aun cuando fuese con ocasión del desarrollo de actuaciones urbanísticas, fueron considerados “de aplicación plena” por resultar amparados en el título competencial estatal del artículo 149.1.8.<sup>a</sup> de la CE. En cambio, los preceptos que establecían la posible utilización del derecho de superficie **por Entes Públicos como instrumento de política urbanística** fueron considerados supletorios y, en consecuencia,

declarados inconstitucionales por la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997.

Tras la Sentencia 61/1997 la Legislación estatal de aplicación directa regulaba el Régimen Jurídico del derecho de superficie (artículos 287.2 y 3, 288.2 y 3 y 289 del TRLS 92) pero su posible utilización por las Administraciones Públicas como instrumento de política urbanística debía hallarse prevista, en su caso, en la legislación propia de cada Comunidad Autónoma.

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 registrará 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.*

## **2. Características fundamentales del derecho de superficie como institución.**

Conforme al artículo 16.1 del Reglamento Hipotecario, el derecho de superficie es un derecho real restringido, limitativo de la propiedad del suelo, cuyo contenido es tener durante un tiempo acotado una edificación en suelo propiedad de un tercero. Constituye un «ius edificandi» en suelo ajeno, consistente en la derogación durante su vigencia del principio de accesión.

Se establece como un derecho limitado sobre la propiedad del suelo, en el que se permite construir en suelo ajeno manteniendo por tiempo limitado la propiedad de lo edificado.

Los sujetos que aparecen en esta relación son el cedente (persona que otorga a favor de otra el derecho de superficie en terrenos de su propiedad) y el superficiario (persona que adquiere el derecho a edificar sobre suelo ajeno y adquiera la propiedad temporal sobre lo construido).

La concesión de este derecho por el Estado y demás personas públicas se efectuará por pública licitación o por adjudicación directa o como consecuencia de haberse procedido a una expropiación parcial del dominio del suelo, por así permitirlo la ejecución del Plan.

La constitución del derecho de superficie deberá formalizarse en todo caso en escritura pública y, como requisito constitutivo, inscribirse en el Registro de la Propiedad.

La contraprestación del superficiario podrá consistir en el pago de una alzada por la concesión o de un canon periódico, o en la adjudicación en viviendas o en locales, instalaciones u obras. El plazo máximo no podrá exceder de setenta y cinco años en el caso de adjudicaciones realizadas por Ayuntamientos y de noventa y nueve en el caso de particulares.

Extinguido por el transcurso del plazo el derecho de superficie, se extinguen igualmente cualesquiera derechos reales o personales impuestos por el superficiario y el propietario del suelo adquiere la propiedad de lo edificado sin necesidad de satisfacer indemnización alguna, no obstante la indemnización procede cuando se extinga el derecho de superficie por causa distinta a la señalada anteriormente, a los efectos de evitar el enriquecimiento injusto a favor del dueño del suelo. Otra causa de la extinción de este derecho, según vienen establecidas en el artículo 41 del TRLS 2008, es la no edificación en los plazos y condiciones con que se otorga.

### **3. El derecho de superficie como técnica vinculada a la acción urbanística.**

Como ya se ha indicado el derecho de superficie, que nació al albur de la Ley del Suelo de 1976 inicialmente vinculado a la institución del Patrimonio Municipal del Suelo, ha venido cobrando, hasta hoy, una fisionomía más moderna, mixta, de derecho real en suelo ajeno y de derecho de propiedad sobre lo edificado.

Su naturaleza jurídica es de negocio jurídico privado, sometido al principio de autonomía de la voluntad. Es transmisible y susceptible de gravamen sin más límite que los derivados del acto de constitución, sin que su tráfico jurídico altere la situación jurídica de la propiedad del suelo. Respecto a la titularidad dominical, el superficiario carece de una verdadera y plena propiedad.

Aunque los artículos. 267.1 de la LUV y 40 del TRLS de 2008 permiten que la constitución del derecho de superficie se efectúe por las entidades locales, en general, sobre terrenos de su propiedad, ciertamente se trata de un derecho real de disfrute habitualmente vinculado a la gestión de los bienes integrantes del Patrimonio Municipal del Suelo (en adelante PMS), como uno de los mecanismos legalmente previstos para el fomento de la edificación vinculada a los fines propios del mismo, ya que, como dice la STS de 24 de marzo de 1992, el derecho de superficie es una figura ordenada a la consecución de un objetivo de interés público, y que no es otro que el fomento de la construcción.

Así lo confirma la STS de 26 de noviembre de 2002, según la cual el derecho de superficie, en su modalidad urbanística, constituye

*“uno de los instrumentos de que la Administración desea valerse para intervenir en el mercado del suelo y promover la construcción de viviendas”, por lo que “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, ...”*

Ahora bien, el destino esencial atribuido a los bienes del PMS por los artículos 280.1 del TRLS de 1992 y 259.2 de la LUV ha ido mutando y de la finalidad esencial del PMS (que no es otra que la construcción de viviendas de protección pública y la regulación del mercado de suelo) se ha pasado a la actual.

Esa finalidad actual viene constituida por el artículo 39 del TRLS de 2008 y por la nueva redacción dada al artículo 259.3 LUV por el Decreto Ley 1/2008 del Consell de la Generalitat Valenciana.

Así la Legislación estatal amplía el clásico destino a viviendas de protección pública incluyendo los fines medioambientales, patrimonio culturales y, lo que ahora nos importa, **urbanísticos** (art 39.1 TRLS 2008):

*1. Los bienes y recursos que integran necesariamente los patrimonios públicos de suelo en virtud de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo anterior, deberán ser destinados a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública. Podrán ser destinados también a otros usos de interés social, de acuerdo con lo que dispongan los instrumentos de ordenación urbanística, sólo cuando así lo prevea la legislación en la materia especificando **los fines admisibles, que serán urbanísticos o de protección o mejora de espacios naturales o de los bienes inmuebles del patrimonio cultural.***

La legislación urbanística valenciana comulga con esa propuesta y al destino clásico del PMS incluye las **actuaciones de interés social**, que recoge con el siguiente tenor en el artículo 259.3 LUV:

*3. Las **actuaciones de interés social** deberán tener algunos de los siguientes fines:*

- *Obtención de suelos y **ejecución de los elementos pertenecientes a la ordenación estructural siempre que no estén adscritos o incluidos en un área de reparto.***
- *Ejecución de obras de urbanización de marcado carácter social y no incluidas en unidades de ejecución.*
- *Obtención de suelo y/o **construcción de equipamientos de la red secundaria cuya ejecución no está prevista a cargo de los propietarios del suelo.***
- *Actuaciones de iniciativa pública destinadas a la renovación urbana, reforma interior o rehabilitación de viviendas.*
- *Conservación y mejora del medio ambiente, del entorno urbano y protección del patrimonio arquitectónico y del paisaje.*

- *Creación y promoción de suelo y/o ejecución de actuaciones de interés estratégico para el ejercicio de nuevas actividades económicas o ampliación de las existentes, sean de iniciativa pública o privada.*

En definitiva, no cabe duda de que el PMS ha evolucionado de una concepción estricta y sujeta, exclusivamente, a la promoción o fomento de vivienda protegida y de intervención en el mercado de suelo y en su precio, hacia una concepción actual mucho más amplia y directamente relacionada con la consecución de las aspiraciones públicas que contempla y prevé el Planeamiento y, entre ellas, como no, las dotaciones y equipamientos tanto de la red primaria como de la secundaria.

En ese sentido la herramienta o la técnica del derecho de superficie, directamente ligada al PMS, muta en su ámbito de aplicación como lo hace el propio eje del PMS. Y de tratarse de una institución de fomento de vivienda protegida pasa a ser (según la regulación actual tanto estatal como autonómica) una técnica de consecución de objetivos de interés social.

Una vez sentadas las anteriores bases, a primera vista puede chocar que pasen a formar parte del PMS bienes, como el caso de La Serreta en el Municipio de Manuel, calificada como equipamiento público deportivo-recreativo.

Sin embargo, las dudas iniciales que pudiera suscitar esta forma de proceder las resuelve en sentido afirmativo el vigente art. 260.2 de la LUV, que afirma lo siguiente:

*“Los bienes de los Patrimonios Públicos de Suelo conforman un patrimonio independiente, separado del resto de bienes y derechos patrimoniales o privativos de titularidad de la administración, **con independencia del***

***régimen jurídico propio de demanialidad o privacidad de los bienes integrantes de dichos patrimonios”.***

Así pues, admite rotundamente el precepto que los bienes integrantes de PMS pueden ser no solo patrimoniales, sin también demaniales, como sucede en el presente caso. Conclusión que viene a ratificar el Reglamento de Ordenación y Gestión Territorial y Urbanística, aprobado por Decreto 67/2006, de 12 de mayo, del Consell de la Generalitat Valenciana, cuyo art. 543.1.b) establece que integran el PMS determinados bienes inmuebles, adquiridos a través de diferentes medios,

***“sin perjuicio de su afección al uso y dominio público”.***

Como decíamos, la integración en el PMS de bienes de dominio público cobra sentido en casos como el que nos ocupa referidos a equipamientos públicos, que, aun tratándose de terrenos dotacionales públicos atendiendo a su destino legalmente establecido, puede afirmarse que comparten el objetivo actualísimo del PMS que, al margen del acceso a la vivienda y la regulación del mercado de suelo, no es otro que permitir la habilitación de dotaciones y equipamientos públicos, especialmente en municipios con escasa capacidad económica y de gestión.

Finalmente, debe advertirse que la integración de la parcela dotacional en el PMS tiene una consecuencia adicional, prevista en el art. 543 del ROGTU, que en su apartado C.4º considera que integran el PMS

***“los ingresos obtenidos mediante (...) la constitución onerosa de derechos de superficie y la percepción de cantidades alzadas o cánones periódicos por el mismo concepto”.***

Y decimos esto por que el canon o precio que se derive de la adjudicación del derecho de superficie quedará integrado en el PMS hallándose, en consecuencia, dicho caudal afecto a los fines propios de la institución.

#### **4. El derecho de superficie y el principio de inalienabilidad de los bienes de dominio público.**

La utilización de los bienes de dominio público viene regulada en los artículos 74 y siguientes del Reglamento de Bienes. En todo caso, y como primera condición, debemos afirmar que dicha utilización se ajustará a los principios rectores de la contratación administrativa confiriendo cobertura a los de publicidad y concurrencia.

A los efectos de la utilización de los bienes de dominio público conviene referir la previsión de uso que contiene el artículo 75 RB, en cuanto a los distintos supuestos y a su grado de intensidad.

Las formas de uso se clasifican en dos, básicamente, según el uso y según el destino. El uso general (por otra parte ordinario) coexiste con el **uso privativo** (que supone una **auténtica ocupación material o física de ciertas partes o porciones del bien de dominio público de que se trate**). En el presente supuesto el otorgamiento del derecho de superficie para la construcción y gestión de instalaciones deportivas y recreativas no es, sino una concesión demanial de uso privativo.

Si bien es cierto que dicho otorgamiento podría decaer, al tratarse el suelo de un bien de dominio público y ser la constitución sobre el de un derecho real contraria al principio de inalienabilidad, lo cierto es que la doctrina administrativista y civilista sobre la habilitación legal para conferir un uso

distinto al suelo, al subsuelo y al vuelo de una misma parcela ha sido expresamente confirmada por la jurisprudencia (STS 1/12/87 y 23/12/91) y se resume en la Resolución de la DG de Registros y del Notariado de 5 de abril de 2002.

Con respecto al destino, la legislación distingue entre un uso normal y un uso anormal. En el presente supuesto, tal y como indica el Ayuntamiento de Manuel en el encargo que se realiza del presente trabajo, se trata de la ejecución de construcciones e instalaciones y la puesta en valor de actividades y servicios de índole deportiva y recreativa en el complejo conocido como La Serreta que coexiste o, mejor dicho, encaja a la perfección con la calificación y destino que el PGOU de Manuel confiere a dicho bien. Estamos, pues, ante un uso normal cuyo aprovechamiento, al igual que decíamos anteriormente, está sujeto a licitación y a pública concurrencia.

La habilitación legal para conferir un distinto uso al suelo y al subsuelo es ya un clásico de la doctrina civilista y se deriva de la recogido en el artículo 60 de la LUV, en relación con el artículo 125 del ROGTU.

En su vertiente más radical ha sido recogida por el Texto Refundido de la Ley del Suelo 2/2008, concretamente en su artículo 17.4, cuando reza.

*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.*

Disponemos, tras todo lo expuesto, de dos líneas de comunión entre lo que el Ayuntamiento de Manuel desea hacer (adjudicar un derecho de superficie para que la iniciativa privada explote un bien de dominio público denominado La Serreta destinado a fines deportivos y recreativos) y lo que el ordenamiento jurídico le permite hacer:

- a) Una es considerar que con el derecho de superficie afecto al uso que confiere el planeamiento urbanístico municipal no estamos sino ante un derecho real de carácter administrativo que no lesiona la demanialidad del bien.
  
- b) Otra es considerar que hemos de constituir un complejo inmobiliario separando el dominio público del suelo de la naturaleza privativa del suelo (tras la correspondiente desafectación por estratos y habilitación desde el planeamiento).

En ese sentido cabe recordar, a modo de reflexión, que la noción conceptual del dominio público no tiene carácter legislativo. Su construcción es de carácter doctrinario y jurisprudencial.

La doctrina ha ensayado distintos criterios para llegar a una noción conceptual del dominio público:

- Prowham: definió al dominio público como el conjunto de los bienes afectados al uso de todos.
- Ducrecq: agregó la idea de que el dominio público estaba constituido por los bienes no susceptibles de propiedad privada por su naturaleza.
- Ballbé: desarrolló la doctrina moderna sobre la noción conceptual del dominio público, definiéndolo como **un**

***conjunto de bienes de propiedad del Estado, afectados por ley al uso directo o indirecto de los habitantes.***

El dominio público se define como un conjunto de bienes de propiedad del Estado, afectados por ley al uso directo o indirecto de los habitantes. Por su parte el servicio público es una prestación que efectúa la Administración en forma directa o indirecta para satisfacer una necesidad de interés general. El dominio público es un conjunto de bienes, en tanto que el servicio público es la prestación que realiza la Administración sobre dichos bienes o sobre bienes privados (por medio de concesionario).

Del carácter demanial de los bienes se deriva el **principio de inalienabilidad**. Este principio se conocía ya en el antiguo régimen y tenía por objeto impedir al Rey dilapidar su dominio. El fundamento de la inalienabilidad moderna no es ya el de una precaución contra las dilapidaciones eventuales de los dominios públicos. Tampoco es una consecuencia que deriva de la naturaleza del dominio público. En realidad, el fundamento resulta de la afectación del dominio público al uso directo o indirecto de la colectividad. Así, la inalienabilidad de los bienes de dominio público durará mientras estos se encuentren afectados al uso directo o indirecto de la colectividad. La inalienabilidad nace con la afectación y dura mientras el bien está afectado al dominio público. La inalienabilidad garantiza la inseparabilidad de los bienes de la función pública, manteniendo la titularidad administrativa.

Resulta muy difícil pensar ( y así se expresa la STS 28 de abril de 1992) que pueda constituir un menoscabo o lesión para un bien de dominio público la constitución sobre el de un derecho real (derecho de superficie) de carácter administrativo (concesión del mismo) para la consecución de las finalidades previstas en el Planeamiento Urbanístico y, en consecuencia, manteniendo el carácter de servicio público prestado indirectamente para la colectividad.

Por otra parte, de no aceptarse dicha opción, tampoco parece plantear oposición legal la posibilidad de concertar, como ya se ha apuntado, un complejo inmobiliario sobre la finca en cuestión (La Serreta) separando el carácter demanial del suelo, del temporal privativo del vuelo.

Para ello habría que habilitar, previamente, en la ordenación pormenorizada del PGOU de Manuel dicha posibilidad (de desafección por estratos a los únicos efectos de la gestión del equipamiento, siempre vinculado a su uso urbanístico) y, posterior o simultáneamente, tramitar un expediente de desafección del vuelo. Registralmente debería abrirse folio autónomo a la unidad constituida por el volumen de vuelo desafeccionado como bien demanial. Esa apertura de folio autónomo no implica desconexión total de la finca de procedencia, ya que en el folio abierto a ésta se hará constar la configuración independiente del vuelo desafeccionado.

Considera la doctrina que no puede mantenerse una merma al destino público del suelo por el hecho de que el subsuelo o el vuelo sea objeto de aprovechamiento privativo y que en cualquier caso sí no discutimos que quepa una desafección total de los bienes demaniales (la única limitación sería el mantenimiento del equilibrio de los equipamientos públicos en el marco del Planeamiento General), siguiendo los trámites legales, también cabrá una desafección parcial que es la que va implícita en los acuerdos municipales dirigidos a configurar, hipotéticamente hablando, como bien patrimonial del vuelo que abarcaría la alienabilidad temporal de dicho bien desafeccionado, insistimos, siempre vinculado al uso que el PGOU le confiere.

Por otra parte tampoco podemos entender que exista una pérdida o desequilibrio en la presencia de las dotaciones de la red primaria en el municipio ya que la desafección del vuelo mantiene el uso previsto por el Plan para el equipamiento sobre el que actuamos.

## **5. El Derecho de Superficie en la práctica administrativa.**

Como ya hemos tenido ocasión de referir a lo largo y ancho del presente documento, la visión más moderna y actual de la técnica del derecho de superficie, en su entronque con la nueva configuración de los patrimonios públicos del suelo (es de observar como desde la STC 61/1997 la práctica totalidad de las legislaciones autonómicas han ido abriendo la brida de la concepción tradicional de “fondo rotatorio de realimentación continua” del PMS) nos lleva a comprobar como las distintas administraciones públicas vienen utilizándola sobre el dominio público, para la prestación de servicios públicos y en situaciones de la más diversa índole.

A modo ejemplificador planteamos los siguientes antecedentes:

- Ayuntamiento de Granada. Cesión del derecho de superficie de la parcela 171 del Patrimonio Municipal de Suelo, sita en calle Dr. Medina Olmos, a la Asociación de Familiares de Enfermos de Alzheimer, para construcción de un centro de asistencia y estancia diurna de estos enfermos. Septiembre de 2002.
- Ayuntamiento de Badajoz. Convoca concurso público por procedimiento abierto, para la Constitución de un derecho de superficie sobre la parcela E-S (Equipamiento asistencial) del Sector SUP-E-8 (P.P. Abtusa) de propiedad municipal, para la construcción y explotación de una residencia de mayores y centro de día.
- Contrato de constitución de un derecho de superficie para la construcción y conservación de un edificio judicial, i la explotación del mismo mediante su arrendamiento a la Generalitat de Cataluña, que lo destinará a ser la sede de los Juzgados de Granollers.
- Entidad Pública Empresarial de San Sebastián, anuncio para la adjudicación de viviendas de protección pública en derecho de superficie en Loiola y en Gomistegui.

- Departamento de Vivienda y Asuntos Sociales del Gobierno Vasco, adjudicación de vpo en derecho de superficie.l
- Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón, adjudicación del derecho de superficie para la construcción del Hospital Clinica Quirón. Agosto de 2004.
- Ayuntamiento de Jun, concurso para la adjudicación de un derecho de superficie sobre un equipamiento público deportivo, destinado a la construcción de un centro deportivo-spa. Diciembre de 2005.
- Ayuntamiento de La Nucia, adjudicación de un derecho de superficie sobre dotacional público 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 público asistencial para la construcción viviendas de protección pública, centro de día de mayores y garajes. Septiembre de 2006.
- Ayuntamiento de Xátiva, adjudicación por concurso de un derecho de superficie sobre dotacional público asistencial para la construcción y explotación de un residencia de tercera edad y sobre un dotacional público educativo para la construcción y explotación de un centro de enseñanza privada. Noviembre de 2006 y Septiembre de 2007.

## **6. Sobre el cambio de usos en suelos dotacionales publicos.**

Añadidamente al objeto principal del presente documento, que no es otro que el de analizar la viabilidad de constituir un derecho de superficie sobre un bien de dominio público (concretamente sobre la Finca La Serreta, propiedad del Ayuntamiento de Manuel) se plantea la posibilidad de modificar el uso (actualmente deportivo-recreativo) que el PGOU de Manuel asigna al citado bien de naturaleza demanial.

Pues bien, dicha posibilidad, la de modificar los usos que el Plan asigne a las reservas de uso dotacional público, está expresamente recogida en el artículo 59 LUV, concretamente en su apartado 3º, que reza:

*Los Planes deberán especificar el uso previsto para cada reserva de uso dotacional público distinguiendo entre zona verde, deportivo-recreativo, educativo cultural, asistencial, servicio administrativo, servicio urbano-infraestructuras, red viaria, aparcamiento y áreas peatonales. No obstante, la administración podrá establecer en aquellas cualquier uso dotacional público ajustándose a las siguientes reglas:*

- a) Mientras el Plan no se modifique, deberán dedicarse al uso o usos concretos previstos en él las reservas dotacionales para zonas verdes, espacios libres de edificación sobre rasante, red viaria e infraestructuras aptas para el tránsito, el paseo, la circulación o el transportes de personas, vehículos, fluidos o señales.*
- b) En los demás casos, será posible la sustitución del uso dotacional previsto en el Plan por otro igualmente dotacional público, destinado a la misma o distinta Administración pública, siempre que, previo informe favorable municipal, en el primer caso, se adopte acuerdo expreso y motivado por el órgano competente del ente titular o destinatario del terreno, y en el segundo, medie acuerdo entre las Administraciones interesadas.*

Es decir, que la posibilidad de modificar el uso en reservas de dotaciones públicas está prevista por el legislador, si bien, se plantean dos escenarios:

1. Si se pretende alterar las reservas dotacionales para zonas verdes, espacios libres de edificación sobre rasante, red viaria, etc, **se exige modificación del Plan.**
2. Si se pretende la mera sustitución un uso dotacional previsto en el Plan por otro igualmente dotacional público, **sólo se exige acuerdo por el órgano competente del ente titular del terreno.**

No obstante conviene destacar que la Finca La Serreta se integra en la Red Primaria y no en la Secundaria y que dicho precepto (el artículo 59 LUV) se refiere al establecimiento de la Red Secundaria de reservas de suelo y no a la

Red Primaria. Por ello debemos buscar el amparo legal a tal posibilidad en otros preceptos de la legislación urbanística,

Concretamente el artículo 37.1.e) define como integrador de la ordenación pormenorizada la *“Asignación de usos y tipos pormenorizados en desarrollo de las previstas por la ordenación estructural”* estableciendo (apartado 2º) que las decisiones sobre dicha ordenación corresponden al municipio.

Habrá que hallar criterios interpretativos para concretar si el Ayuntamiento de Manuel puede modificar el uso atribuido por el PGOU a La Serreta y el procedimiento que ha de seguir.

En cuanto a la primera entelequia la respuesta no puede ser otra que aquella que nos indica que el *“establecimiento”* de la red primaria es un elemento de la ordenación estructural y que, en consecuencia, su alteración requiere de reequilibrios en el marco del Plan General y su aprobación compete a la Administración Autonómica. Sin embargo, la *“Asignación de usos y tipos pormenorizados en desarrollo de las previsiones de la ordenación estructural”* debe entenderse como la asignación de usos y tipos *“concretos”* respecto de las reservas de la red primaria previstas en el Plan. Su alteración no requiere de reequilibrios en el marco del Plan General y su aprobación compete al Municipio.

En cuanto a la segunda cuestión, el procedimiento, entendemos que la respuesta debe encontrarse en el artículo 59.3 LUV. Si se trata de modificaciones que afectan a un uso dotacional de la red secundaria basta con un acuerdo Plenario (o del órgano competente de la Administración propietaria del bien); en el resto supuestos (entre los que se encontraría el presente) nos inclinamos por acudir a una modificación puntal del PGOU con aprobación definitiva municipal.

**A modo de CONCLUSIONES:**

1.- El derecho de superficie es una técnica tradicionalmente ligada a la institución del Patrimonio Municipal del Suelo y, por consiguiente, afecta a sus fines y destino.

2.- Dichos fines han experimentado en los últimos tiempos una importante mutación permitiéndose, tanto en la legislación estatal como en la autonómica, la obtención de suelos y la construcción de obras e instalaciones de dotaciones y equipamientos públicos tanto de la red primaria como de la secundaria.

3.- En la actualidad la legislación permite, expresamente, la integración de bienes de naturaleza demanial en los PMS y habilita la adjudicación sobre todos los bienes del PMS, sin excepción, de derechos de superficie.

4.- La adjudicación de dichos derechos debe ser interpretada, tal y como ha hecho la jurisprudencia del TS, como derechos reales de naturaleza administrativa que, afectos al uso que el planeamiento confiere al equipamiento en cuestión, no constituyen menoscabo alguno ni para la alienabilidad del bien ni para el servicio público a que se halla afecto. Servicio que pasa a ser prestado de forma indirecta y privada por el superficiario.

5.- En todo caso, y con las limitaciones y condicionamientos de orden urbanístico y demás que han sido expuestos, inclusive cabría la posibilidad de constituir un complejo inmobiliario sobre la finca La Serreta, desafectando el suelo del vuelo y convirtiendo éste, temporalmente, en privativo afecto, siempre, al uso y al carácter de equipamiento que le confiere el PGOU.

6.- Nuestra primera opción, no obstante lo dicho, sigue siendo la de la constitución del derecho de superficie sobre el bien dotacional, para la consecución de los usos previstos en el Planeamiento, por entender, en orden a los argumentos expuestos, que no existen ni lesión ni colisión con el ordenamiento jurídico, en general, ni con los predicamentos proteccionistas de los bienes de dominio público, en particular.

7.- El Ayuntamiento de Manuel es competente para arbitrar un cambio de uso en el equipamiento deportivo-recreativo, dotacional publico, denominado La Serreta, que podría mutar a cualquiera de los otros usos previstos en el artículo 126.2 ROGTU.

8.- Al tratarse de una modificación de uso que afecta a un elemento de la red primaria, aun a pesar de constituir una modificación de la ordenación pormenorizada, requiere de una modificación puntual del PGOU, eso si, con aprobación definitiva municipal.

Valencia, septiembre de 2008.

Balaguer & Asociados