

SENTENCIA Nº 979

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD VALENCIANA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN PRIMERA

Presidente

D. Mariano Ferrando Marzal

Magistrados:

D. Carlos Altarriba Cano

D. Edilberto José Narbón Lainez

D^a Desamparados Iruela Jiménez

D^a Estrella Blanes Rodríguez

En la ciudad de Valencia a cuatro de octubre del año 2013.

Visto el recurso de apelación nº 1753/11 interpuesto por el procurador de los tribunales D. María de los Ángeles Soler Gil, en nombre y representación del Ayuntamiento de Manuel, contra la Sentencia estimatoria nº 302/11, de de 27 de mayo, dictada en el Recurso Contencioso-Administrativo nº 913/2009, tramitado por el juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 4 de Valencia, sobre constitución y aprobación del expediente de adjudicación de un derecho de

superficie; en la que ha comparecido como apelados, el Ministerio de Justicia, representado por el Sr. Abogado del estado, en nombre y representación de la entidad .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-Por el Juzgado de lo contencioso citado se remitió a esta Sala el Recurso contencioso-administrativo arriba citado seguido a instancia de la actora, procedimiento que concluyó por Sentencia del Juzgado de fecha, cuyo fallo declaraba inadmisibile el recurso.

SEGUNDO.- Notificada la anterior resolución a las partes intervinientes, se interpuso recurso de apelación por la representación del apelante, alegando substancialmente que procedía la revocación de la sentencia dictada, por no ser conforme a derecho.

TERCERO.-La apelada, por su parte, formalizó escrito de oposición el Recurso de Apelación en el que substancialmente se hacía constar que, procedía la confirmación de la sentencia.

CUARTO.-Elevadas las actuaciones a la Sala se formó el presente Rollo de Apelación por Diligencia de Ordenación, en la que se acordó admitir a trámite el recurso, quedando señalado para su votación y fallo el día uno de los corrientes, teniendo así lugar.

En la tramitación del presente Rollo se han observado todas las formalidades legales.

Ha sido el ponente para este trámite el Ilmo. Magistrado DON CARLOS ALTARRIBA CANO, quien expresa

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-En estos autos se recurre, una Resolución de

Para una mejor determinación de los hechos sometidos a debate procede hacer las siguientes precisiones fácticas:

1.- Los terrenos objeto de pretendido derecho de superficie fueron adquiridos por el Ayuntamiento tras la 6ª modificación puntual del planeamiento municipal operada en el año 1998 con el fin de destinarlos a suelo dotacional público (red primaria dotacional deportiva-recreativa) por lo que disponen de la condición y naturaleza de bienes de dominio público afectos al servicio público deportivo.

En concreto y a tenor del arto 132 del ROGTU la categoría de suelo "Recreativo-Deportivo" comporta la de aquellos "recintos cubiertos o descubiertos, para la práctica del deporte, e instalaciones fijas y edificios para concentraciones públicas o contemplación de espectáculos",

2.- La superficie afecta al anterior uso público es de 35.000 m².

3.- La administración Municipal, considerando a día de hoy como excesiva propone, sin desafectar el inmueble, constituir un derecho de superficie sobre 17.035 m² de la finca "La Serreta".

4.- La constitución de ese derecho, tenía por objeto, la construcción y explotación de un centro recreativo comprensivo de zona de bar y terraza; adecuación de la planta baja para uso de restauración, salón de eventos y convenciones.

5.- El plazo de duración del derecho de superficie se fija en 75 años. Con un canon concesional base de la licitación cifrada en 15.230 euros, actualizable anualmente conforme IPC.

6.- La inversión a realizar, resulta indeterminada pero en todo caso "superará como mínimo el valor del bien objeto del derecho de superficie, calculado en 253.817'29 euros IVA excluido" (cláusula séptima).

7.- En la certificación de la secretaria de la corporación así como en la certificación registral aportada por el Ayuntamiento se acredita la naturaleza jurídica del bien como dominio público.

8.- A día de hoy sobre el inmueble de dominio público se encuentra implantado el servicio público de piscina municipal.

9.- La constitución del derecho de superficie pretende licitarse a través del concurso en procedimiento abierto, conforme con los criterios de adjudicación obrantes a la cláusula Decimoquinta del pliego y para ello se busca cobertura en la legislación urbanística, pese a que el contrato se califica como de naturaleza privada

10.- Según certifica el ayuntamiento, la Finca "La Serreta" que se adquirió por un precio de 95.000.000 de pesetas, (570.961'50 €), quedó toda ella afecta al servicio público, previsto en el planeamiento, deportivo-recreativo.

La financiación del meritado precio se llevó a término conforme al siguiente detalle.

a.- La cantidad de 25.000.000 de pesetas (ó 150.253'03 euros) provenientes de fondos propios, conforme a la modificación de créditos nº 13/1998.

b.- La cantidad de 70.000.000 de pesetas (ó 420.708'47 euros) provenientes de un préstamo suscrito con el BCL, conforme a la modificación de créditos nº 12/1998.

La operación de préstamo fue amortizada en base a la enajenación de las parcelas dentro del casco urbano de Manuel y calificadas como suelo urbano y de carácter patrimonial cuya valoración fue realizada por este técnico por cada una de ellas y que a continuación se detallan:

1.- La cantidad de 20.438.000 de pesetas (ó 122.834'85 euros) provenientes de la enajenación de la parcela nº 1, acordada en sesión plenaria de 29 de octubre de 2001, modificación de créditos nº 9/2001.

*2.- La cantidad de 15.400.000 de pesetas (ó 92.555'86 euros) provenientes de la enajenación de las parcelas nº 2 y 3 del **antiguo campo de fútbol** acordada en sesión plenaria de 20 de marzo de 2002, modificación de créditos nº 5/2002.*

3.- La cantidad 1.065.000 de pesetas (ó 6.400'78 euros) provenientes de la enajenación de una parcela de suelo urbano calificada como **sobrante en vía pública**, modificación de créditos nº 5/2002.

4.- La cantidad de 28.283.615 de pesetas (ó 169.987'95 euros) provenientes de la enajenación de un solar adjudicado al Ayuntamiento en virtud de la reparcelación del Sector Ángel/Germanies y de las indemnizaciones por defectos de aprovechamientos urbanísticos recibidas en metálico en virtud de la reparcelación del citado sector, modificación de créditos 4/2004.

5.- La cantidad de 4.813.385 Ptas. (ó 28.929'03 €), provenientes de fondos propios

La actora apelante que, según nos dice en su demanda, tiene interés legítimo para interponer el recurso contencioso, según nos dicen en sus fundamentos y solicita:

Que se revoque la sentencia y se desestime el Recurso contencioso administrativo, declarando que el acto objeto del recurso, esto es, la constitución del derecho de superficie sobre el mencionado bien, es un acto legítimo y ajustado a derecho

SEGUNDO.- En relación con estos hechos debemos poner de manifiesto que:

I.- La sentencia de instancia pone dice que:

"Consta en el expediente administrativo informe de la Secretaria Da M^a Jesús Ricart Sanchis, de fecha 14 de octubre de 2008 y en sus conclusiones dispone que el vigente PGOU de Manuel a través de la modificación nº 6 del mismo al calificar como dotacional público, confiere la condición y naturaleza jurídica de bien de dominio público al inmueble en cuestión, y que la naturaleza jurídica de bien de dominio público de servicio público, no permite utilizar la concesión demanial, como figura jurídica prevista por la legislación de bienes locales para la utilización de

bienes de dominio y uso público. La Secretaria concluye que no es posible gravar el citado bien demanial calificado por el vigente PGOU de Manuel como dotación pública con un derecho real de superficie por cuanto este tiene naturaleza civil y privada y supone una enajenación parcial del mismo contraria al carácter inalienable de este tipo de bienes.

Por su parte, consta informe de la Dirección General de Cohesión Territorial de fecha 2 de diciembre de 2009 (folios 185 y ss. del expediente) donde concluye que sobre el dominio público no cabe constituir un derecho real de superficie. La utilización y aprovechamiento de los bienes de dominio público han de ajustarse a las formas descritas en el artículo 75 RBEL.

Por último, el Abogado del Estado cita la Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso, Sección: 4; N° Recurso: 7253/1999, Fecha de Resolución: 01/10/2003 Ponente: RODOLFO SOTO VAZQUEZ,

II.-El apelante interpone el recurso por entender que, si el bien se integra en el Patrimonio Municipal del Suelo, el acto recurrido es legal.

Esta primera argumental se desarrolla fundamentalmente desde una perspectiva generalista, articulándola en base a la posibilidad de utilizar las técnicas del derecho de superficie para lograr las finalidades que determina la constitución del PMS.

Además, utiliza el ayuntamiento una segunda línea argumental consistente en afirmar que, la constitución de un derecho de superficie sobre un bien demanial no afecta a la inalienabilidad del bien.

III.-El Apelado, en nuestro caso la administración estatal, ha puesto de manifiesto que, por un aparte, no se ha acreditado que la finca la "Serreta" forme parte del Patrimonio Municipal de Suelo. Se niega, además, la presunta subrogación real que el ayuntamiento implícitamente afirma pues, no es lo mismo "adquirir un inmueble con dinero proveniente de otros inmuebles que, pagarlo con dinero prestado por una entidad financiera, con independencia del origen dinero que con

posterioridad se emplee para saldar la cuenta con el banco"

Por otra parte, pone de manifiesto que sobre un bien demanial no puede constituirse un derecho de superficie, por su carácter real y limitativo de la titularidad dominical.

TERCERO.-En relación con el tema del carácter de pertenencia al Patrimonio Municipal del Suelo la Finca la Serreta, lo primero que debemos determinar si efectivamente esta finca se adquirió, con la enajenación de otros bienes pertenecientes al Patrimonio Público del Suelo y consiguientemente, hay que aplicar el principio de subrogación real que determina el n° 4° del párrafo 3° del Art° 543 del Decreto 67/2006, de 19 de mayo.

Esta es una cuestión previa, absolutamente esencial, pues de llegar a la conclusión de que dicha finca no pertenecía o no se ha logrado acreditar que perteneciera, al Patrimonio Municipal de suelo, ya no sería preciso plantearse la cuestión relativa a la forma de enajenación de los bienes integrantes de ese patrimonio.

Cuestión esta vidriosa en el derecho valenciano pues, el Art° 260 2° del la LUV, acaso prevé la posibilidad de que bienes demaniales formen parte tal patrimonio, sometido a un régimen especial de enajenabilidad que previene el Art° 264 del mismo cuerpo legal, lo que en su caso nos llevaría a plantearnos los problemas que se derivan de estas disposiciones y su forma de integración con el derecho estatal.

Mas no adelantemos pues, para pronunciarnos sobre estas cuestiones es preciso antes, determinar si, la fina "La Serreta", pertenecía al Patrimonio Municipal del Suelo.

Nosotros lo negamos y en este sentido ratificamos la sentencia y decimos que tal finca no pertenecía a ese patrimonio por las siguientes razones:

a).- No consta, como nos dice la administración autonómica que, dicha finca figure como formando parte

de dicho patrimonio en ningún registro autonómico, ni por supuesto en el Registro Autonómico de Patrimonios Municipales del Suelo.

b).- No consta que dicha finca esté inventariada en el ayuntamiento como perteneciente al patrimonio público del suelo.

c).- No consta que el ayuntamiento respecto de esta finca haya cumplido sus obligaciones contables, ni haya documentado de forma expresa y detallada dicho bien, así como haya explicitado los flujos de fondos adscritos al mismo utilizando la técnica de presupuestación pública.

d).- La finca la Serreta no es ninguno de los bienes que expresamente se mencionan en el párrafo 1º del Artº 26º de la LUV y que reitera el art 543 del Reglamento para su aplicación,

e).- Tampoco puede decirse que la finca la serreta fuera adquirida con la enajenación de activos pertenecientes al Patrimonio Municipal del Suelo, según certifica el propio ayuntamiento, pues de los 95.000.000 que se pagó por la finca: 29.813.385, sabemos que proceden de fondos propios; 1.065.000, de la enajenación de una parcela sobrante de la vía pública; 35.883.000 por la venta de dos parcelas edificables de las que solo sabemos que tienen carácter patrimonial. Restan pues, poco mas de 28.000.000 del precio de adquisición, que se imputan a la venta de un solar adjudicado en virtud de reparcelación, en la que se atribuyeron al ayuntamiento cantidades en metálico por defecto de aprovechamiento.

Desconoce la Sala, en lo que se refiere a esta última cantidad, que parte es adjudicación y que parte indemnización y también se desconoce si, la adjudicación se hace en función del aprovechamiento urbanístico que le corresponde a la administración.

Este desconocimiento es imputable al Ayuntamiento que soporta la carga de esta prueba.

f).- Es obvio que la Finca la Serreta no puede formar parte del patrimonio público del suelo porque, la emplea la administración para una finalidad absolutamente

espuria; ajena por completo a las teleologías que se pretende con la constitución y configuración de estos patrimonios, que desde luego no se diseñan por la ley para facilitar suelo público, perteneciente a la red primaria, a un particular, con la finalidad de emplazar en el mismo un bar y un centro para bodas y bautizos.

g).- No existe ningún documento independiente, de todos los que esgrime el ayuntamiento a lo largo del pleito que, acredite suficientemente que, la finca la Serreta, pertenece al patrimonio municipal del suelo. Preferimos no abundar sobre el elemento que contiene esa afirmación porque esto nos obligaría a remitir actuaciones a otra jurisdicción.

Por todo ello, debemos concluir que, la finca mencionada, no se ha acreditado que pertenezca al Patrimonio Municipal del Suelo de manera que, no son de aplicación los preceptos que, sobre la gestión de este patrimonio insinúa la administración.

CUARTO.- La segunda línea argumental del Ayuntamiento, en defecto de la anterior, se refería a la posibilidad de constituir un derecho de superficie sobre un bien demanial, sin que ello atente al carácter inalienable del bien.

Menciona en apoyo de esta tesis entre otros, el Artº 40.2 del Texto refundido de 2008, los artículos 97 y 98 de la Ley 33/2003, sobre patrimonios de las administraciones públicas y el Artº 367 de la LUV.

El Derecho de superficie como todo el mundo sabe siempre fue regulado por la normativa urbanística, ya lo hacían los artículos 157 a 161 de la Ley del suelo de 1956 y hoy también lo hacen los artículos 40 y 41 del Texto refundido de 2008.

Es desde luego un derecho real, fuertemente limitativo del dominio, pues autoriza al superficiario a levantar un edificio en suelo ajeno. Se trata de un derecho real que implica cesión de facultades determinantes del dominio y supone un notable gravamen que afecta a la disponibilidad del bien.

De aquí que, por estas consideraciones, la jurisprudencia siempre entendió que, sobre un bien de dominio público, no era posible la constitución de un derecho de superficie, porque afectaba a la inalienabilidad del bien, salvo el supuesto de desafección.

En este sentido, TS sentencia de 1º de octubre de 2003:

PRIMERO.- Habiendo quedado reducido el presente recurso al motivo segundo, acogido al apartado d) del artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción, la cuestión se reduce a determinar si la sentencia recurrida, al considerar correcta la constitución de un derecho de superficies sobre una parcela de propiedad del Ayuntamiento de Zaragoza a favor de la sociedad regional "Casa de Andalucía", ha infringido el artículo 132 de la Constitución, los artículos 79 a 81 de la Ley de Bases del Régimen Local y los del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales, 2, 3, 4, 8 y 74 que cita expresamente, transformando indebidamente en bien patrimonial dicha parcela, cuando su naturaleza era demanial al estar afecta a un servicio público.

TERCERO.- Este Tribunal ha declarado en numerosas ocasiones que la consideración demanial de un bien no viene necesariamente fijada por su inclusión o exclusión en un inventario de bienes de las Entidades Locales, sino por su afección real a un uso o servicio público, siquiera la inclusión en el catálogo pueda en principio apuntar a favor de esa naturaleza. Así la Sentencia de 28 de marzo de 1989 declaró que la realidad del destino del bien ha de prevalecer sobre la apariencia formal, y las de 5 de abril de 1993 y 23 de mayo de 2001 se manifiestan en el mismo sentido.

Sin embargo, la circunstancia de que la parcela urbana cedida al Ayuntamiento a cambio del otorgamiento de una licencia de obras, con la finalidad -un tanto genérica- de construir una biblioteca, haya permanecido durante un cuarto de siglo sin destinarse al objeto que se había especificado en su otorgamiento, no es circunstancia que implique "per se" su desafección al servicio público, ya haya estado primitivamente adscrita, hablando en términos urbanísticos, a cubrir necesidades

de naturaleza asistencial-religiosa, ya con posterioridad se haya adscrito a fines socio-culturales. El carácter de adscripción a un servicio público resulta patente desde ambos puntos de vista, y las declaraciones de la sentencia dictada en el recurso 434/95 en nada modifican esta conclusión.

Este Tribunal (Sentencia de 21 de junio de 2002) lo único que ha confirmado es la procedencia de la modificación puntual operada en el Plan General de Zaragoza al trasponer la adscripción del terreno cuestionado de la finalidad asistencial-religiosa a la socio-cultural; pero en absoluto ha ido más allá de la pertinencia de esa modificación de carácter urbanístico, ni menos todavía se puede deducir de dicha resolución que la modificación puntual de la planificación ya existente significase el equivalente a una desafectación del carácter demanial del bien inmueble inventariado como tal.

Ha de concluirse, por todo lo razonado, que asiste la razón a los recurrentes cuando denuncian la infracción de lo dispuesto en los artículos 79, 80 y 81 de la LBRL y 2, 3, 4, 8 y 74 del Reglamento de Bienes, desde el momento en que se ha constituido un derecho real de superficies sobre un bien de carácter demanial prescindiendo del expediente que regula el artículo 8 del Reglamento citado, lo que ha de determinar la casación de la sentencia recurrida por el motivo invocado.

También en este sentido, la ST de 5 de octubre de 1993. El TS desestima el recurso de apelación interpuesto contra sentencia que confirmó el acuerdo del Ayuntamiento de Castro Urdiales (Cantabria) que declaró la caducidad de una concesión administrativa para la explotación de un bar situado en parque público, ya que al tratarse de una instalación en dominio público -carácter inembargable e imprescriptible-, no es factible el establecimiento de derechos reales, como el censo enfitéutico, tal y como pretende el apelante.

QUINTA.- Por otra parte, los preceptos en que se funda el Ayuntamiento para deducir que la constitución de un derecho de superficie no contradice la inalienabilidad

del demanio, no van referidos a esa situación, ni la justifican.

Efectivamente el **Artº 40 del TR de 2008** única y exclusivamente establece el aspecto subjetivo del constituyente del derecho de superficie, nada dice sobre sus elementos objetivos, ni mucho menos si, ese derecho, puede constituirse sobre bienes de dominio público

El **Artº 97 de la Ley 33/2003**, de patrimonio de las administraciones públicas, solo autoriza a la constitución de hipotecas sobre las construcciones e instalaciones derivadas de una concesión, en determinados supuestos, pero esto no implica que pueda constituirse cualquier tipo de derecho real, sobre cualquier bien de dominio público. Es más para que esto sea posible, en el ámbito municipal en el que nos movemos, es absolutamente indispensable la desafección del bien.

En fin, es verdad que el Artº 267 de la LUV permite a las entidades locales la constitución del derecho de superficie, "con destino a la construcción de viviendas, servicios complementarios, instalaciones comerciales e industriales u otros usos determinados en los planes urbanísticos o de ordenación del territorio", pero esto no quiere decir que, pueda olvidarse la teleología, señalada por la norma, para justificar este tipo de operaciones o que, en la constitución de ese derecho, no deba respetarse el régimen de bienes que determina la ley y los principios que señala el Artº 132 de la CE, con lo que el carácter substancial de la inalienabilidad, tendrá un valor absolutamente limitativo de forma que, salvo en los supuestos que la propia ley determine, no podrán constituirse limitaciones al dominio público, que impliquen enajenación de facultades.

Por todo ello y contrariamente, a lo que postula el ayuntamiento, entendemos que no es posible la constitución de un derecho de superficie sobre un bien del dominio público municipal.

SEXTA. -Todo lo anterior determina la desestimación del recurso, con expresa imposición de las costas a la administración demandada, dado el contenido del párrafo 2º del artículo 139 de la vigente Ley Jurisdiccional.

F A L L A M O S

Que debemos DESESTIMAR el Recurso de Apelación nº 1753/11 interpuesto por el procurador de los tribunales D. María de los Ángeles Soler Gil, en nombre y representación del Ayuntamiento de Manuel, contra la Sentencia estimatoria nº 302/11, de de 27 de mayo, dictada en el Recurso Contencioso-Administrativo nº 913/2009, tramitado por el juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 4 de Valencia, sobre constitución y aprobación del expediente de adjudicación de un derecho de superficie, que CONFIRMAMOS, CON expresa imposición de las costas causadas en esta alzada, A LA ADMINISTRACIÓN DEMANDADA.

Y, para que esta sentencia se lleve a puro y debido efecto, devuélvanse los autos al juzgado de su procedencia con testimonio de la misma para su ejecución.

Así por nuestra Sentencia definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN: Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Magistrado ponente, que lo ha sido para la celebración del presente recurso, celebrando Audiencia Publica esta sala, de lo que, como Secretaria de la misma, certifico. Valencia fecha ut supra.

DILIGENCIA.- Siendo firme la anterior resolución Sentencia número 000979/2013 , se procede a comunicar al Órgano que hubiera realizado la actividad objeto del recurso a fin de que en el mismo plazo de 10 días la lleve a puro y debido efecto y practique lo que exija el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo, con archivo del presente rollo de apelación.

En VALENCIA, a diecisiete de octubre de dos mil trece.

**D^a. MARIA ANGELES MOMPALER CARRASCO
SECRETARIA JUDICIAL**



Mensaje LexNet - Notificación

Mensaje

IdLexNet	201310033726935
Asunto	Notificación via LexNET (múltiple)/LA SENTENCIA/979
Remitente	Órgano Judicial SECCION 1ª SALA CONT-ADVO DEL TSJ de Valencia, Valencia/València [4625033001]
Destinatarios	Tipo de órgano SOLER GIL, MARIA ANGELES [00583] Colegio de Procuradores Ilustre Colegio de Procuradores de Valencia
Fecha-hora envío	17/10/2013 09:43
Adjuntos	0064175_2013_001_46250330020110009249-3555695-1.rtf(Principal) 0064175_2013_002_46250330020110009249-3555735-1.rtf(Anexo) 0064175_2013_003_46250330020110009249-3555739-1.rtf(Anexo)
Datos del mensaje	Tipo procedimiento RAP Nº procedimiento 001753/2011 Detalle de acontecimiento LA SENTENCIA/97 NIG 4625033320110009127

Historia del mensaje

Fecha-hora	Emisor de acción	Acción	Destinatario de acción
17/10/2013 11:33	SOLER GIL, MARIA ANGELES [00583]-Ilustre Colegio de Procuradores de Valencia	LO RECOGE	
17/10/2013 10:04	Ilustre Colegio de Procuradores de Valencia (Valencia)	LO REPARTE A	SOLER GIL, MARIA ANGELES [00583]-Ilustre Colegio de Procuradores de Valencia

(*) Todas las horas referidas por LexNet son de ámbito Peninsular.