



Ayuntamiento de Madrid
Secretaría General

Asunto: Regulación del derecho de superficie en la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid.

1.- OBJETO DEL INFORME

Con reiteración, se viene sometiendo a la aprobación del Pleno Municipal la constitución de derechos de superficie sobre parcelas integradas en el Patrimonio Municipal del Suelo.

La regulación de esta figura, contenida en la ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid, no contempla de manera expresa, a diferencia de lo que ocurría en la Legislación anterior, cuáles sean las formas de constitución de tales derechos, por lo que, en los últimos meses, han podido aplicarse distintos criterios interpretativos.

Por ello, ante la necesidad de sentar, al menos por parte de esta Secretaría General, una postura más afianzada legalmente, se formula el presente informe.

2.- CONSIDERACIONES JURÍDICAS

2.1.- El derecho de superficie: concepto y régimen jurídico

Doctrinalmente se ha venido definiendo el derecho de superficie como un derecho real sobre cosa ajena, que se otorga a favor de una persona y que faculta a ésta para llevar a cabo una construcción en suelo ajeno, mediante el pago o no de un canon al dueño del mismo, haciendo suyo lo edificado.

Nuestro Código Civil no tipifica este derecho de manera expresa, al que únicamente se alude, indirectamente, en el art. 1611. Ha sido la legislación urbanística, la que de forma decidida, ha venido a recoger esta institución, si bien el art. 16.1



Ayuntamiento de Madrid
Secretaría General

del Reglamento Hipotecario, sobre todo tras la redacción dada al mismo por la reforma introducida por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, también presta especial atención a esta figura.

Centrando el análisis en la normativa urbanística, que es la que ahora interesa, el derecho de superficie se configura como un instrumento de intervención en el mercado inmobiliario, junto con los patrimonios públicos del suelo y los derechos de tanteo y retracto, y su régimen jurídico se integra por: los artículos 287.2, 287.3, 288.2, 288.3 y 289 del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana; por la regulación que al efecto se contenga en las Leyes Urbanísticas de las Comunidades Autónomas y, en defecto de estas o con carácter supletorio a las mismas, por los preceptos del Texto Refundido de 1976 que no se opongan a los del Texto de 1992.

2.2.- El derecho de superficie en la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid

La Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid dedica el Capítulo V del Título IV a los “*Instrumentos de incidencia en el mercado inmobiliario*”. Entre estos instrumentos se recogen: Los Patrimonios Públicos de suelo, los derechos de tanteo y retracto y el derecho de superficie.

Concretamente, la Sección 2ª de este Capítulo V contiene tres artículos dedicados al derecho de superficie, cuyo tenor literal es el siguiente:

“Artículo 179. Derecho de superficie

La Administración de la Comunidad de Madrid y los municipios podrán constituir el derecho de superficie en terrenos de su propiedad o integrantes del patrimonio público del suelo con destino a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública o de integración social, equipamientos, así como a otros usos de interés social, cuyo derecho corresponderá al superficiario.



Ayuntamiento de Madrid
Secretaría General

Artículo 180. Plazo

El Plazo del derecho de superficie concedido por las Administraciones, no podrá exceder de 75 años.

Artículo 181. Beneficios

La concesión del derecho de superficie por la Administración y demás personas públicas y su constitución por los particulares gozará de los beneficios derivados de la legislación de viviendas de protección pública, siempre que se cumplan los requisitos en ella establecidos.”

2.3.- Constitución del derecho de superficie

El Texto Refundido de 1992 regulaba en el Capítulo II del Título VIII, art. 288.1, el procedimiento de constitución del derecho de superficie determinando que dicho procedimiento, así como el carácter oneroso o gratuito del mismo, se regiría *”por lo dispuesto en el capítulo anterior para los diversos supuestos”*, esto es, por lo establecido en el Capítulo I (arts. 276 a 286), referido al Patrimonio Municipal del Suelo y, en concreto, por lo relativo al régimen de cesiones de los terrenos integrantes de dicho patrimonio.

La Sentencia 61/1997 del Tribunal Constitucional, de 20 de marzo, declaró inconstitucional el citado apartado 1 del art. 288 al entender que el Estado carece de título competencial alguno para dictar normas de carácter supletorio, por lo que, en cuanto al procedimiento de constitución del derecho de superficie habrá que estar a lo que al respecto prevean las diferentes Comunidades Autónomas en sus normas urbanísticas.

Del estudio de dichas normas autonómicas se observa que la mayoría de ellas han seguido lo que al efecto preveía el Texto estatal de 1992 y disponen expresamente que, sin perjuicio de la regulación del derecho de superficie establecido en la legislación del Estado, el procedimiento para su constitución y el carácter oneroso o gratuito del mismo se regirá, en función de la



Ayuntamiento de Madrid

Secretaría General

naturaleza del superficiario –ente público o privado- por las reglas establecidas en dichas leyes para las cesiones de terrenos integrados en sus patrimonios públicos de suelo. Así: Aragón, Asturias, Cantabria, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Cataluña, Extremadura, Murcia, Navarra y La Rioja.

Por su parte, la Ley del Suelo de Madrid, como se desprende de la lectura de los preceptos transcritos en el anterior apartado, no recoge expresamente la forma de constitución del derecho de superficie. Sin embargo, en un artículo previo, el 178, la Ley contempla las distintas formas de “*Disposición de los bienes de los patrimonios públicos de suelo*”, por lo que se hace necesario analizar si el régimen de disposición que la ley contempla para los bienes sobre los que puede constituirse derechos de superficie, resulta también de aplicación a la constitución misma de los derechos o, por el contrario, no resulta de aplicación y, por tanto, hay que acudir, con el carácter de norma supletoria, a la Ley del Suelo de 1976.

2.4.- Régimen de disposición de los bienes del Patrimonio Municipal del Suelo

Como ha quedado dicho, el art. 178, regula las distintas formas de disposición de los bienes de los patrimonios públicos del suelo.

El término “disposición”, con el que se rubrica el reiterado artículo, se define por el diccionario de la Real Academia de la Lengua como la acción y efecto de disponer, que a su vez se define como “*ejercitar en las cosas facultades de dominio, enajenarlas o gravarlas, en vez de atenerse a la posesión y disfrute*”.

En este mismo sentido, la jurisprudencia ha venido considerando como actos de disposición no sólo los que tienden a enajenar las cosas sino también aquellos a través de los cuales se constituyen derechos reales o gravámenes sobre ellas (entre otras las STS de 30 de mayo de 1987, 27 de marzo de 1989, 17 de febrero de 1995, etc.). Puede decirse, por tanto, que la



Ayuntamiento de Madrid

Secretaría General

constitución de un derecho de superficie, como derecho real que grava la propiedad de un bien, es un acto de disposición y como tal supuesto podría considerarse incluido en el citado artículo.

Este comprende cinco casos, el primero y el último se refieren específicamente a la enajenación y la permuta de dichos bienes, por lo que su finalidad es transmitir la titularidad del dominio. Los otros tres a la cesión onerosa o gratuita de aquellos, por lo que la cuestión se centra en determinar si la utilización del término *cesión* abarca la constitución de derechos de superficie o ha de interpretarse restrictivamente como *cesión de dominio*.

2.5.- La cesión de bienes y derechos

En nuestro ordenamiento jurídico se habla de cesión para supuestos que implican un desplazamiento posesorio con distintas finalidades que no tienen porque consistir en la transmisión del dominio. De hecho, la propiedad se adquiere y transmite, según el artículo 609 del Código Civil, entre otros supuestos, “*por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición*”, sin que se mencione la cesión como modo de adquirirla. Si se cita la cesión en el artículo 460.2 como causa de pérdida de la posesión.

En el mismo sentido, el artículo 1175 del Código contempla esta utilización del término en la regulación del “*pago por cesión de bienes*”, en el que tanto la doctrina (Albaladejo, Derecho de Obligaciones, Tomo II, página 150) como la jurisprudencia han manifestado reiteradamente que no se produce la transmisión del dominio sino la de la posesión y administración del bien con mandato para su enajenación (Sentencias del Tribunal Supremo de 13 de febrero y 15 de diciembre de 1989, 7 y 19 de octubre de 1992, 27 de febrero de 1993 entre otras).

También la normativa de régimen local hace referencia a la cesión en este mismo sentido. Así, el artículo 116 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, de 13 de junio



Ayuntamiento de Madrid
Secretaría General

de 1986, dispone que la cesión a favor de vecinos jornaleros de parcelas del patrimonio municipal no implica enajenación ni gravamen. Por su parte, el artículo 92.1 se ha referido previamente a “*cualquier otra forma de cesión de uso de bienes patrimoniales*”, para enunciar supuestos que no comprenden transmisión dominical. El artículo 93 se refiere también a la cesión por parte del Ayuntamiento, bajo cualquier título, de viviendas a su personal por razón de los servicios que presten, sin que tampoco exista transmisión alguna del dominio.

Asimismo, a la hora de referirse a la cesión gratuita de bienes inmuebles, el artículo 110 del Reglamento de Bienes, de modo análogo a como hace la normativa estatal sobre patrimonio (Ley del Patrimonio del Estado de 15 de abril de 1964, artículo 79), supedita tales cesiones a los fines que redunden en beneficio de los vecinos del término municipal. Si para cumplimentar tales fines no es preciso transmitir el dominio, sino solo algún derecho como el de superficie o el de usufructo, se puede operar igualmente una cesión del bien que no implique transmisión de su propiedad, pues si tales fines se satisfacen cediendo sólo alguna o algunas de las facultades que corresponden a la Corporación, ésta puede mantener la titularidad dominical y con ello defiende más adecuadamente su patrimonio, en los términos que exige el artículo 9.2 del reiterado Reglamento.

Con arreglo a lo expuesto, es lógico que también existan supuestos en los que la cesión tenga por objeto negocios cuya finalidad sea la transmisión del dominio o titularidad del derecho. El propio Código Civil recoge en sus artículos 1528 y 1536 la “*cesión o venta de derechos*”, y el artículo 194 del Código de Comercio establece la transferencia por cesión de los resguardos de depósitos. En estos casos se observa que la cesión implica el desplazamiento posesorio del objeto o derecho con la finalidad de operar una transmisión del mismo.

De todo ello se deduce que la cesión puede tener por finalidad la transmisión del dominio cuando va acompañada del título adecuado, pero esta no es inherente a la cesión en sí, que puede tener por objeto solo la transmisión de parte de las facultades dominicales, como en el caso del derecho



Ayuntamiento de Madrid
Secretaría General

de superficie. Es decir, toda cesión afecta a la posesión del objeto, pero no necesariamente al dominio del mismo.

De lo expuesto puede concluirse que la referencia de la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid a la cesión de bienes también puede incluir la constitución de derechos de superficie, pues su regulación abarca cualquier negocio jurídico del que se derive el desplazamiento posesorio de un bien integrado en el Patrimonio Municipal del Suelo, tal como concurre en el derecho de superficie.

2.6.- El régimen supletorio del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976

Por otro lado, de no admitirse la aplicación de los modos de disposición prescritos en el art. 178 de la Ley 9/2001, tal como ha quedado expuesto, habría que acudir al Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976, toda vez que éste es hoy día el derecho estatal supletorio porque, si bien como ha dicho el Tribunal Constitucional, el Estado carece de competencia para dictar tal derecho, ello es compatible con la función de “supletoriedad” que corresponde, en todo caso, al derecho estatal preexistente, que el Estado no puede ya modificar, derogar, ni refundir, al quedar fuera de su disponibilidad, una vez asumidas las competencias en materia urbanística por las Comunidades Autónomas (José Manuel Merelo Abela, “*Contenido y Alcance de la Sentencia 61/97*”. Editorial Praxis, 1997, pag. 80).

La aplicación de los preceptos que dicho texto normativo dedica a la “*cesión de los derechos de superficie*” (arts. 171 a 174), conllevaría la aceptación de los modos de concesión que en ellos se contempla, esto es, la subasta y la adjudicación directa, lo cual no deja de resultar un tanto anacrónico con la novedad que la propia Ley de la Comunidad se encarga de destacar en su Exposición de Motivos en cuanto a la supresión de la subasta a favor del concurso, como procedimiento para la adjudicación de los terrenos de los patrimonios públicos del suelo, y cuyo propósito, según recoge José María Ortega Antón (Comentarios a la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid, Editorial Lex Nova, 2002, pag. 329) “*confesado públicamente por el*



Ayuntamiento de Madrid
Secretaría General

legislador, no es otro que coadyuvar a la bajada de los precios del suelo, a lo que la subasta no parece que contribuyese.....de forma que se minore apreciablemente el peso del precio en el resultado final y se primen factores como el menor plazo de ejecución, el destino a viviendas protegidas y otros que vayan en la línea de hacer más asequible el suelo y el acceso a la vivienda de todos los ciudadanos”.

En consideración a todo lo expuesto pueden formularse las siguientes:

3.- CONCLUSIONES

- 3.1.-** La Ley 9/2001, de 17 de julio de 2001, del Suelo de la Comunidad de Madrid, recoge la posibilidad que tienen los municipios de constituir derechos de superficie en terrenos integrantes de su patrimonio público del suelo (art. 179), sin que especifique cuáles sean las formas de constitución de tales derechos.
- 3.2.-** Al no recogerse expresamente en la Ley el régimen aplicable a la constitución de dicho derecho, parece oportuno que, conforme a las consideraciones vertidas en el presente informe, los derechos de superficie sobre bienes integrantes del patrimonio municipal del suelo se constituyan con arreglo a los supuestos y con los requisitos que la misma establece en su art. 178 para la disposición de aquellos bienes.

Madrid, 4 de diciembre de 2002