



*ASUNTO: EXTINCIÓN DERECHO SUPERFICIE*

**Posibilidad de extinción de derecho de superficie a favor de la  
compañía Telefónica Nacional de España**

**183/2014**

\*\*\*\*\*

**INFORME**

**I. HECHOS. ANTECEDENTES**

El Sr. Alcalde- Presidente del Ayuntamiento de XX solicita informe informando al efecto que con fecha x-x-1979 el Ayuntamiento de XX otorga un derecho de superficie a la Compañía Telefónica Nacional de España sobre un terreno propiedad municipal que ocupa parte del patio donde actualmente se ubica el Ayuntamiento. El plazo de concesión que se estableció fue de 50 años, fijando una renta anual de 30 Euros. En el expediente no consta procedimiento alguno, salvo acuerdo de pleno de fecha x de junio de 1978, por el que se aprueba dicha concesión. Por otra parte, no consta que en los últimos 25 años Telefónica haya efectuado ingreso alguno, como tampoco existe reclamación del Ayuntamiento del pago de la renta.

Se acompaña copia de la escritura pública de otorgamiento del derecho de superficie a favor de la Compañía Telefónica Nacional de España (C.T.N.E.), y documentación obrante en el Ayuntamiento sobre el particular.

## II. LEGISLACIÓN APLICABLE

- El RDLeg 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo -TRLS08-
- Ley 15/2001, de 14 de diciembre, del Suelo y Ordenación Territorial de Extremadura -LSOTEX-
- Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones -LLT-
- Código Civil -CC-

## III. FONDO DEL ASUNTO

**PRIMERO.-** Debemos comenzar definiendo el derecho de superficie como un derecho real de goce que, con carácter general, faculta al superficiario (titular del derecho) para construir, plantar o tener en suelo ajeno una edificación o plantación de su propiedad.

Se puede distinguir entre un derecho de superficie establecido dentro del marco de los planes de ordenación urbanística (superficie urbanística) y otro de carácter general (superficie civil) que, a su vez, puede recaer sobre suelo urbano o rústico.

El derecho de superficie urbana otorga al superficiario el poder de construir edificios o el de levantar nuevas construcciones sobre el vuelo o efectuarlas bajo el suelo de un terreno ajeno. En su modalidad rústica, permite al superficiario plantar en terreno ajeno.

El RDLeg 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo -TRLS08-, regula en sus arts. 40 y 41 el contenido, constitución, régimen, transmisión, gravamen y extinción del derecho de superficie, señalando que 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. Estos artículos tienen el carácter de disposiciones establecidas en ejercicio de la competencia reservada al legislador estatal.

Se define el derecho real de superficie como aquel que 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.

En el presente caso, la legislación urbanística de nuestra Comunidad Autónoma, viene constituida por la Ley 15/2001, de 14 de diciembre, del Suelo y Ordenación Territorial de

Extremadura -LSOTEX-, que regula en sus arts. 95 a 97 el derecho de superficie que debe destinarse a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública o con precio tasado, así como a otros usos de interés social, cuyo derecho corresponderá al superficiario, vinculándolo al régimen establecido para los patrimonios públicos de suelo.

La regulación en las leyes urbanísticas planteaba dos importantes cuestiones: La cuestión competencial y la existencia de una regulación unitaria o dualista del derecho de superficie.

Respecto al asunto de la competencia, la Sentencia del TC de 20 de marzo de 1997, al plantearse la constitucionalidad de los arts. 287-290 del TR92, distinguió, en primer lugar, la regulación del derecho real de superficie como instrumento de política urbanística, que no corresponde al Estado, sino a las CCAA, teniendo en cuenta que prácticamente todas las CCAA han regulado el derecho de superficie en sus instrumentos de ordenación territorial y urbanística; y en segundo lugar, la regulación civil, que entra dentro de la competencia del Estado (art.149 CE)

Y, por esta razón, la actual legislación del suelo, amparada en esta competencia estatal, hace una regulación bastante detallada de la institución, que pese a estar en una norma urbanística, es legislación civil.

En relación a la existencia de una regulación unitaria o dualista del derecho de superficie, hay que decir que antes de la promulgación de la nueva normativa del suelo, la doctrina se dividía y distinguía entre la tesis monista (concepción unitaria del derecho de superficie, que sometía a un mismo régimen el derecho de superficie constituido en la actuación urbanística de la Administración Pública y la constituida por los particulares) y la tesis dualista, según la cual a la primera clase se aplicaría la legislación urbanística, mientras que al derecho de superficie constituido por particulares se aplicaría el título constitutivo del derecho y la legislación civil.

Actualmente, la doctrina mayoritaria considera que la legislación urbanística estatal es legislación civil y se aplica a todos los derechos de superficie.

Por su parte, el Código Civil -CC- no contiene una regulación expresa del derecho de superficie; sólo se limita a mencionarlo en el art. 1611 *in fine* CC.

Respecto a la extinción del derecho de superficie, el art 41.5 TRLS08 dice que:

*“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”.*

**SEGUNDO.-** En este caso, tenemos que decir que la norma última citada regula exclusivamente la extinción normal del derecho de superficie, pero para nada se refiere a la terminación anormal del mismo, que es la que ahora nos interesa, para aplicar al caso presente.

Es por ello que entendemos, que en el derecho de superficie al igual que en cualesquiera otros contratos atinentes a bienes inmuebles y que recaigan sobre la posesión de los mismos, nada obsta a que en base al principio de autonomía de la voluntad y de libertad de pactos que impera la determinación de su contenido contractual, la fijación de su duración, tal como ocurre en el contrato a que se refiere el presente, se determine de modo alternativo, a saber “El plazo de duración del derecho de superficie será de 50 años, o al menos por un plazo igual al que la Compañía Telefónica Nacional España, sea titular de la concesión del servicio telefónico”, lo que para el caso, supondría la extinción del derecho de superficie a favor de la Compañía superficiaria, desde el mismo momento en que expiró el título concesional a que alude la cláusula 2ª del contrato, es decir “... al menos por un plazo igual al que la Compañía Telefónica Nacional España, sea titular de la concesión del servicio telefónico”, al ser el transcurso del plazo de duración previsto en el contrato -primeramente cumplido de los dos acordados de modo alternativo- el modo típico de extinción de las relaciones jurídico-contractuales a tiempo determinado. Plazo este que en su consecuencia habría que considerar cumplido desde la fecha de entrada en vigor de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, y al no tenerlo por cumplido voluntariamente la compañía superficiaria, habría que acudir a lo dispuesto en el art. 1124 CC para la terminación anormal del contrato, acerca del cual nuestra jurisprudencia ha dejado claro la necesidad de que el incumplimiento se refiera a obligaciones esenciales del contrato y sea un incumplimiento grave, cual sucede en el presente caso y por incumplimiento de una sola de las partes, la superficiaria C.T.N.E, tanto por no tener por cumplido el requisito del plazo, así como el no haber cumplido durante más de 25 años con su obligación de abonar el precio o canon establecido como contraprestación al derecho cedido, y por ello, al tratarse de extinción del contrato por transcurso de plazo y por falta de pago, no entraría en juego la cláusula quinta del contrato, a propósito de la obligación a cargo del municipio por traslado de las instalaciones, en tanto que reiteramos se trata de extinción de un contrato y no de la modificación de su contenido, y por ser un contrato privado de la administración y por la fecha de su celebración, la legislación aplicable será la Ley de Contratos del Estado, texto articulado aprobado por Decreto 923/1965 de 8 de abril, ( Capitulo II del Título Preliminar. arts. 18 y 19) así como las disposiciones modificativas del mismo , de acuerdo con lo establecido en la D. Transitoria 1ª en relación con la D. Derogatoria única de la Ley 13/1995, de 18 de mayo de Contratos de las Administraciones Públicas.

En **CONCLUSION** y por lo que antecede, procede a juicio del funcionario informante el que por el Ayuntamiento se inicie expediente de resolución del meritado contrato de superficie, por las expresadas causas, adoptando al efecto el correspondiente acuerdo, e instando su declaración ante el Juzgado de 1ª Instancia de su partido, dada la naturaleza de bien patrimonial o de propios sobre el que se constituyó el derecho de superficie a que se refiere el presente y como así resulta de la escritura pública de su constitución y documentación complementaria.

Este es el informe de la Oficialía Mayor en relación con el asunto de referencia, con efectos meramente ilustrativos y no vinculantes para con lo solicitado por el Ayuntamiento de XX advirtiéndose expresamente que su contenido no pretende, en modo alguno, sustituir o suplir el contenido de aquellos otros Informes que se hayan podido solicitar o que preceptivamente, y en su caso, se deban emitir para la válida adopción de acuerdos, motivo por el cual se somete este informe a cualesquiera otro mejor fundado en Derecho.

En Badajoz, a 19 de noviembre de 2014