



Roj: **STS 7880/2002 - ECLI:ES:TS:2002:7880**

Id Cendoj: **28079110012002102525**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **26/11/2002**

Nº de Recurso: **1364/1997**

Nº de Resolución: **1110/2002**

Procedimiento: **RECURSO DE CASACIÓN**

Ponente: **ANTONIO ROMERO LORENZO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiséis de Noviembre de dos mil dos.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el presente recurso de casación, contra la sentencia dictada en grado de apelación, por la Sección Decimotercera de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número Uno de Alcobendas, sobre reclamación de cantidad; cuyo recurso ha sido interpuesto por ASOCIACION DE PROPIETARIOS DE CHALETS Y PARCELAS "EL FRESNO" DE FUENTE DEL FRESNO, representados por el Procurador de los Tribunales D. Federico José Olivares de Santiago; siendo parte recurrida DON Ángel Jesús , representado por el Procurador de los Tribunales D. Federico Pinilla Romeo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante el Juzgado de Primera Instancia Número Uno de Alcobendas, fueron vistos los autos de menor cuantía número 46/1994, a instancia de D. Ángel Jesús , representado por el Procurador de los Tribunales D. Andrés Figueroa y Espinosa de los Monteros, contra Asociación de Propietarios "El Fresno" de Fuente del Fresno, sobre reclamación de cantidad.

1.- Por la representación de la parte actora se formuló demanda, en base a cuantos hechos y fundamentos de derecho estimó de aplicación, para terminar suplicando al Juzgado dicte sentencia por la que se decreta: "A) Declare la nulidad del contrato de cesión de derecho de superficie concertado entre la "Asociación de Propietarios 'El Fresno' de Fuente del Fresno" y Don Ángel Jesús en escritura pública otorgada ante el Notario de San Sebastián de los Reyes Don Emilio López Mérida el día 29 de mayo de 1990 con el número 791 de protocolo.- B) Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad, condene a la "Asociación de Propietarios 'El Fresno' de Fuente del Fresno" a restituir a Don Ángel Jesús la cantidad de 15.752.823 pesetas con el interés legal que corresponda desde las respectivas fechas de pago de las cantidades que integran esta suma hasta su abono al demandante- C) Alternativamente, para el supuesto de que no se declarase la nulidad del contrato, se decrete su resolución por haber desaparecido la base del negocio que lo sustentaba, condenando a la demandada a restituir a Don Ángel Jesús la cantidad de 15.752.823 pesetas con sus intereses.- D) Condene a la "Asociación de Propietarios 'El Fresno' de Fuente del Fresno" a pagar las costas del presente procedimiento".

2.- Admitida la demanda y emplazada la demandada, se personó en autos el Procurador D. Francisco Pomares Ayala, en su representación, quien contestó a la demanda, oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, con las excepciones de falta de jurisdicción y de competencia de los Tribunales civiles ordinarios y la sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje, para terminar suplicando en su día se dicte sentencia por la que se estimen las excepciones previas y se desestime totalmente la demanda planteada por D. Ángel Jesús con expresa imposición de costas a la parte actora, declarando la validez con contrato de cesión de derecho de superficie y de la escritura pública correspondiente, con todos los pronunciamientos legales, así como del acta de subasta".



3.- Recibido el pleito a prueba, se practicó la que propuesta por las partes fue declarada pertinente y figura en las respectivas piezas separadas. Unidas a los autos las pruebas practicadas, se entregaron los mismos a las partes para conclusiones.

4.- Por el Juzgado de Primera Instancia se dictó sentencia en fecha veinticinco de Abril de mil novecientos noventa y cinco, cuyo fallo es como sigue: "FALLO.- Que debo desestimar y desestimo la demanda deducida por el Procurador de los tribunales D. Andrés Figueroa Espinosa de los Monteros en nombre y representación de D. Ángel Jesús contra la Asociación de Propietarios el Fresno S.A. absolviendo de los pedimentos contenidos en la misma, con expresa imposición de costas a la parte actora".

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación, que fue admitido, y sustanciada la alzada, la Sección Decimotercera de la Iltma. Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia en fecha veintiuno de Enero de mil novecientos noventa y siete, cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLAMOS.- Que estimando el recurso de apelación formulado por el Procurador Don Federico Pinilla Romeo, en nombre y representación de Don Ángel Jesús , contra la sentencia dictada, en fecha 25 de abril de 1995, por la Sra. Juez de Primera Instancia nº 1 de Alcobendas (Madrid), en juicio de menor cuantía nº 46/94, promovido por la precitada persona contra la Asociación de Propietarios de Chalets y Parcelas el Fresno de Fuente del Fresno, sita en San Sebastián de los Reyes (Madrid), representada por el Procurador Don Federico José Olivares de Santiago, DEBEMOS REVOCAR Y REVOCAMOS la referida resolución, y en su consecuencia, estimando la demanda rectora del presente proceso, debemos declarar y declaramos la nulidad del contrato de cesión del derecho de superficie concertado sobre el local comercial número uno entre las partes litigantes, en escritura pública otorgada ante el Notario de San Sebastián de los Reyes, Don Emiliano López Melida, el día 29 de mayo de 1990, nº de protocolo 791, condenando a la parte demandada, hoy apelada, a estar y pasar por esta declaración y, previa restitución por el actor-apelante del local objeto del contrato a la Asociación demandada, ésta deberá devolver a aquél la suma de QUINCE MILLONES SETECIENTAS CINCUENTA Y DOS MIL OCHOCIENTAS VEINTITRES PESETAS (15.752.823 ptas.), más el interés legal desde la fecha de sus respectivas entregas, con expresa imposición a la parte demandada del pago de las costas de la primera instancia, sin hacer expreso pronunciamiento sobre las devengadas en este recurso".

TERCERO.- Por el Procurador D. Federico José Olivares de Santiago, en nombre y representación de Asociación de Propietarios de Chalets y Parcelas de Fuente del Fresno formalizó recurso de casación que fundó en los siguientes motivos:

Primero.- En virtud del párrafo cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fuere aplicables para resolver las cuestiones objeto del debate. Error de derecho en la apreciación de la prueba que resulta de la infracción por aplicación indebida de los artículos 1249 y 1253 del Código Civil en relación con la inaplicación del artículo 1218 del mismo Cuerpo legal.

Segundo.- En virtud del párrafo tercero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por quebrantamiento de las formas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales produciéndose indefensión para la parte. Por incongruencia omisiva de la sentencia, con referencia a las peticiones de esta parte, vulnerando el art. 24 de la C.E. referencia a la tutela judicial efectiva y el art. 359 de la L.E.C. creando indefensión, en relación a la inaplicación del art. 66 de la Ley Hipotecaria y 111 y 132 del Reglamento Hipotecario.

Tercero.- En virtud del párrafo cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fuere aplicables para resolver las cuestiones objeto del debate. Aplicación indebida de la Ley del Suelo de 1.992 e interpretación errónea de la doctrina aplicable al objeto del debate, en relación a la adquisición derivativa del derecho de superficie. Inaplicación de los artículos 350, 1611 y 1655 del C.C. y de la doctrina aplicable, de Constitución y Derecho de superficie entre particulares.

Cuarto.- En base al punto cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto del debate. Inaplicación de los artículos 1278, 1279 del Código Civil sobre la libertad de forma, legalidad y eficacia de los contratos al margen del registro. Interpretación errónea de la jurisprudencia del T.S. señalada en las sentencias de 1 de Febrero de 1979 y 15 de Junio de 1.984.

Quinto.- En base al punto cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto del debate. Inaplicación de los artículos 1.717 y 1.727 del Código Civil con referencia al mandato y de la jurisprudencia aplicable reflejada en la sentencia de 25 de Febrero de 1.994.



CUARTO.- Admitido el recurso y evacuado el traslado de instrucción. No habiéndose solicitado por todas las partes personadas la celebración de vista pública, se señaló para la votación y fallo del presente recurso, el día ocho de Noviembre del año en curso, a las 10,30 horas, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. ANTONIO ROMERO LORENZO

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D. Ángel Jesús interpuso demanda contra la Asociación de Propietarios de Chalets y Parcelas Fuente del Fresno, solicitando se declarase la nulidad del contrato de cesión de derecho de superficie que constaba en escritura pública de 29 de Mayo de 1990, ya que carecía de objeto (el derecho no se constituía sobre una parcela de la Asociación, sino sobre un local de la misma), de causa, ante la imposibilidad administrativa de destinar tal local a la finalidad prevista, y de forma, al no haberse logrado la inscripción en el Registro de la Propiedad que es requisito esencial para la existencia del derecho de que se trataba.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la pretensión del Sr. Ángel Jesús , con imposición al mismo de las costas causadas.

Apelada esta sentencia, el recurso fué acogido por la Audiencia Provincial que estimó la demanda condenando a la parte demandada al pago de las costas de primera instancia y sin hacer declaración respecto a las de la alzada.

SEGUNDO.- Para una mejor comprensión de la cuestión que es objeto de controversia se considera conveniente hacer referencia a determinados datos fácticos que la Audiencia Provincial declara acreditados, así como a los argumentos por dicho Tribunal tenidos en cuenta para acoger la pretensión del demandante.

Entre los primeros, deben citarse: A) Que el 10 de Marzo de 1989, en documento privado suscrito por los litigantes se pactó: a) La cesión al Sr. Ángel Jesús del derecho de superficie sobre el local nº NUM000 de los nueve previstos para la ampliación de la zona comercial de la urbanización, por precio de 15.018.000 pts.- b) Su destino exclusivo sería el de oficina de Farmacia, comprometiéndose el Sr. Ángel Jesús a la obtención de los permisos necesarios.- c) El Sr. Ángel Jesús autorizaba a la Asociación a contratar las obras de construcción del local aludido.- B) Realizada la construcción de los locales comerciales, la Asociación, otorgó escritura de obra nueva, que fué inscrita en el Registro de la Propiedad.- C) En escritura Pública de 29 de Mayo de 1990, la Asociación cedió al Sr. Ángel Jesús el derecho de superficie sobre el local nº NUM000 , por el precio estipulado y plazo de 99 años.- D) Solicitada la inscripción registral correspondiente, fué la misma denegada porque los nueve locales construidos no costaban inscritos como fincas independientes y, además, porque conceptualmente no se consideraba posible constituir un derecho de superficie sobre algo que el concedente tiene ya construido, según se desprendía del artículo 16 del Reglamento Hipotecario y del 289-3 de la Ley del Suelo. Este segundo defecto fué declarado insubsanable, sin que las partes hubieran formulado recurso gubernativo contra dicha calificación.

En orden a la fundamentación jurídica de su decisión la Audiencia Provincial afirma: A) Que la Ley del Suelo, desde 1956, ha establecido una regulación específica y detallada sobre el derecho de superficie urbano, contenida actualmente en los artículos 287 a 290 del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de Junio, que publicó el Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, cuya normativa es aplicable a la constitución de derecho de superficie no solo por entes públicos, sino también por particulares; B) Que los preceptos aludidos son normas de obligado cumplimiento, aún cuando las relaciones controvertidas se diluciden entre sujetos privados ante la jurisdicción civil.- C) Que, por ello, el derecho de superficie urbano aún en supuestos como el de autos ha de constar en escritura pública y, como requisito constitutivo de su eficacia, ser inscrito en el Registro de la Propiedad, sin que quepa distinguir entre modalidad urbanística y urbana del referido derecho.

TERCERO.- Por razones de sistema debe procederse al estudio del motivo cuarto, con anterioridad a los demás articulados por la Asociación recurrente.

En él, con fundamento en el ordinal 4º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia la inaplicación de los artículos 1278 y 1279 del Código Civil sobre libertad de forma, así como la interpretación errónea de las sentencias de esta Sala de 1 de Febrero de 1979 y 15 de Junio de 1989, que admiten la existencia de un derecho de superficie entre particulares, al margen del Registro de la Propiedad, el cual no requiere para su constitución escritura pública, como requisito ad solemnitatem, salvo en aquellos supuestos en que así se establezca.

Para decidir acerca de esta impugnación se hace preciso tener en cuenta que, como recordaban las sentencias citadas por la recurrente y, asimismo, la más reciente de 27 de Marzo de 2001, ya se había declarado por este



Tribunal en otra anterior, de 4 de Julio de 1928, que el derecho de superficie, en cuanto significa desmembración o grave limitación del dominio y constituye una excepción al principio "aedificium solo cedit" consagrado en el artículo 358 del Código Civil, ha de ser objeto de categórica constitución, no pudiendo presumirse, por lo que para que se reconozca su existencia es menester que ésta se demuestre con la escritura de creación o con algún otro documento justificativo.

Por tanto, no ha llegado a exigirse por esta Sala, para la creación entre particulares de un derecho de superficie, la inscripción registral del mismo con carácter constitutivo, precisamente en atención al principio espiritualista de libertad de contratación que proclama el artículo 1278 del Código Civil, según el cual -como recuerda la sentencia de 15 de Junio de 1984- la eficacia de los contratos no depende de sus formas externas, sino de la concurrencia de las condiciones necesarias que para la validez de los mismos establece el artículo 1261 del mismo Cuerpo legal salvo que se trate de contratos estrictamente formales, en los que el requisito de forma es exigible "ad substantiam" y no solamente "ad probationem".

En cuanto se refiere a la institución que nos ocupa, aún cuando el Código Civil carece de una regulación concreta de la misma su mención expresa en el artículo 1611.3º, la aplicación del principio de autonomía de la voluntad privada y la admisión del sistema de "numerus apertus" en materia de creación de derechos reales, han venido permitiendo sin la menor dificultad la constitución de derechos de superficie cuando así convenía a los sujetos interesados.

Es a partir de 1956 cuando el legislador concede un especial relieve a esta figura al considerarla de utilidad para promover la edificación sobre terrenos pertenecientes a la Administración, incluyéndole en el texto de la Ley del Suelo, si bien tanto en la redacción originaria de la misma, como en las posteriores siempre se aludió a la posibilidad de que tal derecho fuese constituido también por simples particulares, sin necesidad de que éstos actuaran animados por la intención de conseguir fines de utilidad pública o de interés general, como expresamente recuerda el texto actual de aquella Ley.

Ante la duplicidad normativa de esta forma existente, un importante sector de la doctrina entiende que al presente el derecho de superficie puede revestir dos modalidades: la urbana común o clásica, que por dar satisfacción a intereses puramente particulares y recaer, sobre suelos de esta naturaleza, no tiene por que verse afectada por una regulación distinta de la que establece el Derecho Civil, y la urbanística que al constituir uno de los instrumentos de que la Administración desea valerse para intervenir en el mercado del suelo y promover la construcción de viviendas o de otras edificaciones determinadas en los Planes de Ordenación, ha de someterse a los preceptos imperativos de la Ley del Suelo.

Esta Sala no comparte la tesis de la sentencia recurrida, contraria a la admisión de la existencia de esa dualidad de posibilidades o versiones del derecho de superficie, cada una de ellas con su propio régimen jurídico.

Ha de concederse especial relevancia a la diversa naturaleza de los sujetos que en cada caso intervienen, de la actuación que los mismos desarrollan y de las finalidades que por ellos se persiguen. Tal diversidad explica la subsistencia de una diferente normativa, debiendo resaltarse en cuanto se refiere a la contenida en la Ley del Suelo, las siguientes circunstancias: A) El dato, ya apuntado, de que tanto en su primitivo texto, como en los sucesivos, se mencione la posibilidad de que los particulares constituyan derechos de superficie, si bien en el de 1992 añada expresamente que sin limitación de destino, es decir, sin que obligatoriamente deban aquellos perseguir finalidades de interés social.- B) Que los preceptos imperativos de la normativa mencionada, al constituir una importante excepción de principio espiritualista de libertad de contratación y de autonomía de la voluntad privada, solamente pueden 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, careciendo en cambio del menor fundamento para ser impuestos en las relaciones contractuales de particulares que no tienden a conseguir finalidades sociales, sino auténticamente privadas.- C) Que el artículo 1 de la Ley de 1992 (declarado inconstitucional por sentencia de 20 de Marzo de 1997, del Tribunal Constitucional) señalaba como objetivo de dicha norma el establecimiento del régimen urbanístico de la propiedad del suelo y la ordenación de la actividad administrativa en materia de urbanismo. Por ello, aún cuando -quizá innecesariamente- aluda a la facultad de los particulares de constituir derechos de superficie para finalidades de interés exclusivamente privado, parece lógico entender que con esta mención no está pretendiendo derogar al Código Civil, ni sustraer al mismo -y desvincular del principio espiritualista que preside la contratación- aquellos actos y negocios que lleven a cabo los ciudadanos para su propio y particular provecho y sin incidencia o interferencia alguna en finalidades u objetivos que por su trascendencia social han de ser tutelados o controlados por la acción de la Administración.

Cabe añadir a cuanto acaba de exponerse que el legislador estatal, no puede -como ha declarado el Tribunal Constitucional- establecer una legislación básica general e indiferenciada sobre la propiedad urbana, bajo



el perfil de Derecho Público, sino solamente dictar aquellas normas que garanticen la igualdad básica en el ejercicio del derecho y en el cumplimiento de la función social que le es inherente, dado que en el reparto competencial efectuado por la Constitución es a las Comunidades Autónomas a las que se ha atribuido la competencia exclusiva sobre urbanismo (Fundamentos de Derecho Décimo y Sexto de la sentencia citada).

De ahí, que en la Ley 428 del Fuero Nuevo de Navarra se permita la constitución inter vivos o mortis causa del derecho de superficie y simplemente se afirme que el mismo es increíble e hipotecable, sin sujetarlo al régimen de inscripción registral constitutiva. A su vez, en el artículo 3 de la Ley 22/2001, de Cataluña se establece que tal derecho habrá de constar por escrito, si bien cuando se atribuya al superficiario legitimación para la realización de construcciones o plantaciones futuras será preciso el otorgamiento de escritura pública.

En atención a cuanto queda expuesto ha de llegarse a la conclusión de que la operación concertada por la Asociación de Propietarios recurrente y el actor, al no rebasar la esfera de los intereses particulares de una y otro, no se hallaba sujeta a la exigencia de inscripción registral constitutiva que para que el derecho de superficie alcance existencia y eficacia jurídica, establece la Ley del suelo, pues ésta no es aplicable al supuesto aquí debatido, ya que los intervinientes en el mismo no son los destinatarios de dicha norma.

Debe añadirse, por último, que en la escritura pública de 29 de Mayo de 1990 se han omitido dos extremos realmente relevantes del documento privado suscrito por las partes el 10 de Marzo de 1989, el cual forma parte del iter negocial iniciado con la adjudicación al Sr. Ángel Jesús de un determinado derecho de superficie en la subasta al efecto celebrada el 31 de Enero de 1989 (folio 14 vuelto y siguientes) y del que la mencionada escritura no es sino un paso o etapa más. Dichos particulares son: a) que lo que era objeto de cesión era el derecho de superficie sobre el suelo de la parte de parcela sobre la que habría de edificarse cada uno de los nueve locales previstos por la recurrente (cláusula segunda).- b) que aunque el Sr. Ángel Jesús, como los demás superficiarios, no realizó la construcción de los locales, expresamente había autorizado a la Asociación para que contratase la ejecución de las obras correspondientes (cláusula cuarta).

Debe, en consecuencia, ser acogido el motivo del recurso objeto de estudio, haciéndose innecesaria la consideración de los demás.

CUARTO.- En atención a lo prevenido en los artículos 896 y 1715.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede imponer a D. Ángel Jesús las costas correspondientes al recurso de apelación por el mismo interpuesto, no haciéndose especial declaración respecto a las devengadas en casación.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

FALLAMOS

Se declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la "Asociación de Propietarios de Chalets y Parcelas Fuente del Fresno" contra la sentencia dictada el veintiuno de Enero de mil novecientos noventa y siete por la Sección Decimotercera de la Audiencia Provincial de Madrid, conociendo, en grado de apelación, de los autos de juicio de menor cuantía número 46/94, procedentes del Juzgado de Primera Instancia número Uno de Alcobendas, resolución que se casa y anula.

Se confirma la sentencia dictada por dicho Juzgado el veinticinco de Abril de mil novecientos noventa y cinco.

Se condena a D. Ángel Jesús al pago de las costas de segunda instancia y no se hace especial pronunciamiento respecto a las de casación.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente de esta sentencia, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos : Teófilo Ortega Torres.- Jesús Corbal Fernández.- Antonio Romero Lorenzo. Rubricados. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Antonio Romero Lorenzo, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.