



Expediente 58/19

Materia: Sujeción a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, del contrato por el que se constituye un derecho de superficie sobre bienes municipales de naturaleza patrimonial.

ANTECEDENTES

La Diputación Provincial de Huesca ha dirigido consulta a esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado con el siguiente tenor:

“Desde esta institución provincial se ha detectado la inquietud de los municipios en promover y fomentar diferentes proyectos que contribuyan al desarrollo económico del territorio y reviertan el preocupante proceso de despoblación que se viene sufriendo en las zonas rurales. A su vez, es de resaltar que existe cierta iniciativa privada que está dispuesta a impulsar diferentes negocios dentro del sector turístico, tales como campings, deportes de aventura etc., pero que necesitan disponer del terreno necesario del que carecen.

Una fórmula que se está barajando es la posibilidad de constituir un derecho real de superficie sobre parcelas de titularidad municipal que tengan naturaleza patrimonial, teniendo en cuenta que esta figura viene regulada en el artículo 53 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana (TRLSyRU), en donde se establece que este derecho 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.

A su vez, es de observar que durante el tiempo que dure el derecho de superficie se mantiene separada la propiedad del suelo y de la plantación o edificación, sin perjuicio de que transcurrido el plazo se consolide en una misma persona (el propietario del suelo) la propiedad de ambos derechos; es decir, que, transcurrido el tiempo establecido, lo plantado o edificado en el terreno municipal pasará a ser propiedad del Ayuntamiento (propietario del suelo).

Si bien el derecho de superficie se rige por las disposiciones del TRLSyRU, por la legislación civil en lo no previsto por él y por el título constitutivo del derecho, regulándose su inscripción en el Registro de la Propiedad en el artículo 16 del Decreto de 14 de febrero de 1947, por el que se aprueba el Reglamento Hipotecario (RH), y el contrato a suscribir se entiende que no tiene la condición de contrato administrativo sino patrimonial, tal y como ya ha tenido ocasión de pronunciarse la propia Junta Consultiva de Contratación Administrativa (JCCA), a la que me dirijo, en su Informe 43/2007, de 29 de octubre, en donde se deja claro que no existe ni una Ley que declare la naturaleza administrativa del contrato por el que se constituye el derecho, ni está directamente vinculado al desenvolvimiento de un servicio público, ni, finalmente, reviste características intrínsecas que hagan precisa una especial tutela del interés público para el desarrollo del contrato, han surgido voces contrarias a raíz de lo previsto en el apartado segundo del artículo 9 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, en tanto en cuanto las inversiones o construcciones a levantar en el terreno sobre el que se constituye este derecho de superficie supere el 50 por 100 del valor del negocio.

Quienes defienden esta postura se plantean que la figura a utilizar en este caso sería la de un contrato de concesión de obra pública.



Desde los servicios jurídicos de esta Diputación se sostiene el carácter patrimonial de este contrato pese a la dicción literal del artículo 9 de la LCSP, y se cree que de acoger esta idea se vendría a excluir de cuajo la posibilidad de constituir un derecho real de superficie por parte de las Administraciones Públicas.

Ante las dudas que el nuevo marco jurídico ofrece, se formula la siguiente consulta: Sobre la naturaleza jurídica y sujeción, o no, a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, del contrato en cuya virtud se constituya un derecho real de superficie sobre un bien inmueble municipal de naturaleza patrimonial, en donde el superficiario pretenda realizar obras de adecuación cuyo coste supere el 50 por 100 del valor del negocio, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 9.2 de la citada Ley.”

CONSIDERACIONES JURIDICAS.

1. Sobre la naturaleza jurídica de los contratos por los que se constituye un derecho de superficie sobre bienes municipales de naturaleza patrimonial esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado ya ha dictaminado en varias ocasiones.

Cabe citar, en primer lugar, nuestro informe 43/2007, de 29 de octubre, en el que ante una duda idéntica concluimos que *“en el supuesto que contemplamos (constitución de un derecho de superficie sobre bienes municipales de carácter patrimonial, para la construcción de una cafetería) no existe ni una Ley que declare la naturaleza administrativa del contrato por el que se constituye el derecho, ni está directamente vinculado al desenvolvimiento de un servicio público, ni, finalmente, reviste características intrínsecas que hagan precisa una especial tutela del interés público para el desarrollo del contrato. Consiguientemente, y de acuerdo con la norma*



vigente en el momento de constituirlo, el contrato a que se refiere la consulta debe ser configurado con un contrato de naturaleza privada que debe regirse por sus propias normas (en el caso presente los correspondientes artículos de la Ley del Suelo) y, en defecto o insuficiencia de éstas por las normas del derecho privado.”

Del mismo modo, en nuestro informe 37/10, de 28 de octubre de 2011, indicamos lo siguiente:

“Analizado el objeto del contrato de derecho de superficie a la vista de los preceptos reseñados no cabe otra cosa que concluir la naturaleza privada del mismo toda vez que la constitución de un derecho de superficie sobre un inmueble de titularidad municipal para la construcción de un complejo social y deportivo vinculado a una instalación hotelera privada no resulta subsumible en los criterios fijados en el artículo 5.2.b) de vinculación al giro o tráfico específico de la Administración local contratante, o satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de competencia de la misma.

Antes al contrario, constituye un negocio jurídico sobre un bien inmueble de los previstos en el apartado 3 del mismo artículo 5 de la Ley 13/1995. Ello queda confirmado por la regulación vigente en 1999 en el ámbito urbanístico, Texto Refundido sobre la Ley del Suelo, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, cuyos artículos 287 a 290 contienen una mínima regulación del derecho de superficie, entre cuyos aspectos está la remisión, en defecto de las disposiciones contenidas en ese capítulo y de lo dispuesto en el título constitutivo del derecho, a las normas del Derecho privado (artículo 287.3).”

2. La anterior conclusión, el carácter de contrato privado sujeto a la legislación patrimonial de aquél por el que se constituye un derecho de superficie sobre bienes municipales de naturaleza patrimonial, no ha cambiado en la legislación actual. En efecto, el artículo 9.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector



Público (LCSP) trata de las relaciones jurídicas, negocios y contratos excluidos en el ámbito del dominio público y en el ámbito patrimonial y estatuye lo siguiente:

“Quedan, asimismo, excluidos de la presente Ley los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, valores negociables y propiedades incorpóreas, a no ser que recaigan sobre programas de ordenador y deban ser calificados como contratos de suministro o servicios, que tendrán siempre el carácter de contratos privados y se regirán por la legislación patrimonial. En estos contratos solo podrán incluirse prestaciones que sean propias de los contratos típicos regulados en la Sección 1.ª del Capítulo II del Título Preliminar, si el valor estimado de las mismas no es superior al 50 por 100 del importe total del negocio y, a su vez, mantienen con la prestación característica del contrato patrimonial relaciones de vinculación y complementariedad en los términos previstos en el artículo 34.2.”

Las dudas que se suscitan a la entidad consultante se refieren al inciso final de este apartado, donde se trata de la inclusión de otras prestaciones en este tipo de contratos. Sin embargo, esta última regla no altera en realidad la naturaleza privada y la aplicación de la legislación patrimonial al contrato conforme a las reglas aplicables a las Corporaciones Locales, sino que, antes al contrario, alude a un supuesto bien definido y dispar de la regla general que acabamos de mencionar cual es que en este tipo de contratos se incluyan prestaciones propias de los contratos administrativos típicos (obras, servicios, suministros y concesiones) de manera que tales prestaciones sean minoritarias en el conjunto del contrato o complementarias en los términos del artículo 34.2 LCSP.

Por lo tanto, si la prestación principal es la propia de un contrato sujeto a la legislación patrimonial, como la constitución de un derecho de superficie, tal contrato



debe ser calificado como un contrato privado, y quedar sujeto a la normativa patrimonial. Por el contrario, si nos encontramos ante un supuesto en que la prestación principal es la propia de un contrato administrativo típico, lo que ocurre es que esta debe ser la naturaleza propia del contrato, no tratándose entonces de un contrato patrimonial.

Lógicamente, corresponderá al órgano de contratación determinar cuál es el valor estimado de cada prestación si concurren varias en el mismo contrato (por ejemplo, la constitución de un derecho de superficie sobre un suelo sobre el que se va a ejecutar una obra) teniendo en cuenta que la regla contenida en el artículo 9.2 LCSP constituye una norma especial a estos efectos.

En mérito a las anteriores consideraciones jurídicas la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado alcanza las siguientes

CONCLUSIONES.

- El contrato por el que una entidad local constituye un derecho de superficie sobre bienes municipales de naturaleza patrimonial ostenta el carácter de contrato privado sujeto a la legislación patrimonial propia de las Corporaciones Locales.
- El inciso final del artículo 9.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, no altera esta naturaleza si la prestación propia del contrato patrimonial puede calificarse como principal conforme a la Ley.
- Si la prestación predominante es la propia de un contrato administrativo típico, esta será la naturaleza jurídica del contrato en cuestión.