

Dictamen Núm. 16/2021

**V O C A L E S :**

*Sesma Sánchez, Begoña,*  
Presidenta  
*González Cachero, María Isabel*  
*Iglesias Fernández, Jesús Enrique*  
*Menéndez Sebastián, Eva María*  
*García García, Dorinda*

Secretario General:  
*Iriondo Colubi, Agustín*

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 4 de febrero de 2021, por medios electrónicos, con asistencia de las señoras y el señor que al margen se expresan, emitió por unanimidad el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de la Alcaldía del Ayuntamiento de Avilés de 10 de diciembre de 2020 -registrada de entrada el día 15 de ese mismo mes-, examina el expediente de resolución del contrato de constitución de un derecho de superficie en terrenos de propiedad municipal.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

**1.** Con fecha 7 de febrero de 2019, la Oficial Mayor del Ayuntamiento de Avilés emite un informe sobre el expediente relativo a la constitución de un derecho de superficie, a favor de la Fundación para la Formación, la Cualificación y el Empleo en el Sector del Metal de Asturias, sobre la parcela municipal L-3.3.

Señala que “el Pleno Corporativo, en sesión celebrada el 21 de febrero de 2008, acordó `constituir el derecho de superficie sobre la parcela de propiedad municipal sita en el Parque Empresarial Principado de Asturias a favor de la Fundación para la Formación, Cualificación y el Empleo en el Sector Metal de

Asturias' (...). Dicho acuerdo fue objeto de modificación en las siguientes ocasiones:/ a) Por acuerdo de Pleno de 19 de junio de 2008, autorizando la ampliación del plazo de duración del derecho de superficie de treinta a cincuenta años./ b) Por acuerdo de Pleno de 21 de octubre de 2010, autorizando a la Fundación a hipotecar el derecho de superficie constituido con las siguientes condiciones:/ El plazo de duración de la hipoteca a constituir será de 15 años y por un importe de 1.300.000 €./ El valor total del gravamen en ningún caso puede ser superior al valor del derecho de superficie constituido./ c) Por acuerdo de Pleno de 28 de febrero de 2014, por el que se autoriza modificar el apartado tercero punto n.º 1 del título constitutivo que regula el derecho de superficie constituido sobre la parcela de titularidad municipal sita en el Parque Empresarial Principado de Asturias a favor de la Fundación Metal Asturias y aprobado por el Pleno Municipal en sesión celebrada el 21 de febrero de 2008, sustituyendo la anterior redacción por la siguiente:/ `1. El superficiario tendrá derecho a la ocupación de la parcela y a ejecutar la obra, y urbanización en su caso, así como sus posibles ampliaciones, en los términos que permiten las condiciones urbanísticas de la parcela, utilizando y aprovechando el suelo y lo edificado durante toda la vigencia del mismo, para el uso de cualquiera de los fines de interés general que vienen establecidos en sus estatutos fundacionales actualmente vigentes y siempre en el marco de su finalidad de interés general de desarrollo de actividades socio-laborales dirigidas al fomento de la formación y de la cualificación profesional y a la mejora del empleo en el sector metal de Asturias'".

Refiere que "el apartado primero del título de constitución del derecho de superficie expresamente dispone que el Ayuntamiento de Avilés constituye a título gratuito, a favor de la Fundación para la Formación, la Cualificación y el Empleo en el Sector del Metal de Asturias, el derecho de superficie sobre la finca que se describe a continuación para destino exclusivo de centro de formación y cualificación profesional".

Indica que "con fecha (...) 24 de julio de 2017 se incorpora al expediente informe jurídico en el que se concluye que la escritura de modificación de crédito formalizada por la Fundación Metal con fecha de 26 de agosto de 2016, y

notificada al Ayuntamiento el 24 de febrero de 2017, fue otorgada sin previa autorización del Ayuntamiento, provocando la extinción del derecho de superficie, de conformidad con lo dispuesto en la cláusula novena, conforme a la cual dará lugar a la extinción del referido derecho de superficie la constitución de gravámenes o cargas no autorizados por la Administración municipal”.

Añade que el “27 de octubre de 2017 se incorpora al expediente contrato de arrendamiento suscrito el 28 de marzo de 2014 entre la entidad ..... y la ‘Fundación para la Formación, la Cualificación y el Empleo en el Sector del Metal de Asturias’ (Fundación Metal), siendo el objeto de dicho contrato de arrendamiento el inmueble que se identifica expresamente en el expositivo primero del contrato y en el que expresamente se constata que ‘la construcción citada se llevó a cabo por la arrendadora (Fundación) en su condición de titular de un derecho de superficie sobre la finca en la que aquella se enclava, (el) resto de parcela L-3.3. Este derecho le fue concedido por el propietario del terreno, el Ayuntamiento de Avilés, por acuerdo del Pleno Municipal en sesión celebrada el 21 de febrero de 2008, modificado por otro de 19 de junio del mismo año, ampliando su duración hasta la actual, que va desde el 21 de febrero de 2008 hasta el 21 de febrero de 2058 (...)’. En el referido contrato de arrendamiento se hace constar además lo siguiente:/ ‘3. Que de conformidad con el acuerdo alcanzado por el Ayuntamiento de Avilés en Pleno celebrado el 28 de febrero de 2014, la arrendadora está facultada para arrendar el inmueble descrito en el expositivo I, sin más restricción temporal que la duración de su derecho de superficie, para el uso de cualquiera de los fines de interés general establecidos en sus estatutos fundacionales’./ En dicho contrato se estipula una renta mensual de 5.833,00 € más IVA, y un plazo de duración de treinta años, que finaliza el 31 de marzo de 2044”.

Sostiene la informante que “la normativa contractual vigente en el momento de constituir el referido derecho era la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (...), aplicable al supuesto concreto conforme a la disposición transitoria primera de la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (...). En definitiva, entendiendo que con la constitución del derecho de superficie se pretendía satisfacer el interés general

de crear y poner en funcionamiento un 'centro de formación y cualificación profesional', cuyos beneficios repercutirían en toda la población del concejo, considerando además que la parcela sobre la que se construyó el edificio forma parte del patrimonio municipal del suelo, y teniendo en cuenta que la normativa urbanística, garante del interés general, regula tanto a nivel estatal como autonómico el derecho de superficie, por aplicación de la referida jurisprudencia del Alto Tribunal debemos calificar el negocio jurídico celebrado como un contrato administrativo especial". Posteriormente, advierte que "en el título constitutivo del derecho de superficie, concretamente en la cláusula novena, se fijan como causas que dan lugar a la extinción del derecho las siguientes, que (...) se entienden incumplidas, por orden cronológico, por el beneficiario de dicho derecho, la Fundación Metal: / 1. El destino de la edificación a usos distintos a los que constituyen el objeto de la concesión. Este punto se entiende incumplido ya que el edificio no se destinó a centro de formación y cualificación profesional que era el objeto del derecho constituido, sino que ha sido objeto de arrendamiento a una entidad con ánimo de lucro a cambio de una renta. / 2. Constitución de gravámenes o cargas no autorizados por la Administración municipal. Dicha obligación se entiende incumplida con la modificación por la Fundación de las estipulaciones 3.<sup>a</sup> y 7.<sup>a</sup> de la escritura de hipoteca de máximo sin autorización plenaria".

Concluye que, "por lo que antecede y vistos los incumplimientos acaecidos por la Fundación Metal, procede iniciar el procedimiento para la resolución del contrato, de conformidad con el procedimiento legalmente establecido".

**2.** El día 15 de febrero de 2019 se recibe en el registro municipal un escrito del Presidente de la Fundación para la Formación, la Cualificación y el Empleo en el Sector del Metal de Asturias, en representación de esta. A través del mismo la citada Fundación "presenta su renuncia al derecho de superficie del que actualmente es titular" en la parcela L-3.3, sita en el Parque Empresarial Principado de Asturias, y "solicita al Ayuntamiento de Avilés que disponga todo lo necesario para la extinción de ese derecho y para que se lleve a cabo, de forma ordenada, el desalojo de las instalaciones".

**3.** Mediante escrito de 20 de febrero de 2019, el Concejal Responsable del Área de Promoción Económica y de Ciudad formula una propuesta al Pleno en orden a la eventual iniciación del procedimiento para la resolución del derecho de superficie por incumplimientos imputables a la “Fundación para la Formación, la Cualificación y el Empleo en el Sector del Metal de Asturias (Fundación Metal)”.

Reseña que “con fecha (...) 7 de febrero de 2019 se emite nuevo informe jurídico en que se concluye que procede el inicio de expediente para la resolución del derecho de superficie por incumplimiento imputable a la Fundación Metal (...). Tras la emisión del informe jurídico se registra de entrada por el Presidente de la Fundación Metal Asturias escrito de renuncia al derecho de superficie del que es titular, solicitando al Ayuntamiento de Avilés que disponga todo lo necesario para la extinción de este derecho y para que se lleve a cabo de forma ordenada el desalojo de las instalaciones./ En el escrito presentado la Fundación Metal justifica la renuncia al derecho de superficie en que “en la actualidad Fundación Metal Asturias no se halla en disposición de desarrollar en dicho edificio las tareas de formación y cualificación profesional que le son propias y de gestionar y aprovechar como hasta ahora el inmueble”.

Señala que “la normativa contractual vigente en el momento de constituir el referido derecho era la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (...), aplicable al supuesto concreto conforme a la disposición transitoria primera de la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (...). En definitiva, entendiendo que con la constitución del derecho de superficie se pretendía satisfacer el interés general de crear y poner en funcionamiento un “centro de formación y cualificación profesional, cuyos beneficios repercutirían en toda la población del concejo, considerando además que la parcela sobre la que se construyó el edificio forma parte del patrimonio municipal del suelo, y teniendo en cuenta que la normativa urbanística, garante del interés general, regula tanto a nivel estatal como autonómico el derecho de superficie, por aplicación de la referida jurisprudencia del Alto Tribunal, debemos calificar el negocio jurídico celebrado como un contrato administrativo especial”.

Advierte que "en el título constitutivo del derecho de superficie, concretamente en la cláusula novena, se fijan como causas que dan lugar a la extinción del derecho las siguientes, que (...) se entienden incumplidas, por orden cronológico, por el beneficiario de dicho derecho, la Fundación Metal:/ 1. El destino de la edificación a usos distintos a los que constituyen el objeto de la concesión. Este punto se entiende incumplido ya que el edificio no se destinó a centro de formación y cualificación profesional que era el objeto del derecho constituido, sino que ha sido objeto de arrendamiento a una entidad con ánimo de lucro a cambio de una renta./ 2. Constitución de gravámenes o cargas no autorizados por la Administración municipal. Dicha obligación se entiende incumplida con la modificación por la Fundación de las estipulaciones 3.<sup>a</sup> y 7.<sup>a</sup> de la escritura de hipoteca de máximo sin autorización plenaria".

Finalmente, propone al Pleno Corporativo "iniciar expediente para la resolución del derecho de superficie por incumplimientos imputables a la Fundación para la Formación, la Cualificación y el Empleo en el Sector del Metal de Asturias (Fundación Metal)".

**4.** Con fecha 25 de febrero de 2019 se incorpora al expediente un informe complementario de la Oficial Mayor del Ayuntamiento de Avilés. En él señala que "con fecha 7 de febrero de 2019 se incorpora al expediente informe jurídico en el que, tras analizar los antecedentes y fundamentos del derecho de superficie constituido a favor de la Fundación Metal Asturias, se concluye que "vistos los incumplimientos acaecidos por la Fundación Metal procede iniciar el procedimiento para la resolución del contrato, conforme a lo legalmente establecido"./ Con fecha posterior a dicho informe, el 15 de febrero de 2019 se registra oficio presentado" por el Presidente de la "Fundación para la Formación, la Cualificación y el Empleo en el Sector Metal de Asturias (...) en el que tras constatar que "en la actualidad Fundación Metal Asturias no se halla en disposición de desarrollar en dicho edificio las tareas de formación y cualificación profesional que le son propias y de gestionar y aprovechar como hasta ahora el inmueble", presenta su "renuncia al derecho de superficie del que actualmente es titular en relación con el inmueble referido y solicita al Ayuntamiento de Avilés

que disponga todo lo necesario para la extinción de ese derecho y para que se lleve a cabo, de forma adecuada, el desalojo de las instalaciones´./ El informe suscrito el 7 de febrero de 2019 constataba los incumplimientos acaecidos por la Fundación Metal, concluyendo que procedía el inicio del expediente de resolución por causa imputable a la Fundación./ Con la solicitud de renuncia no se modifica el criterio de esta Oficialía, pues la solicitud de renuncia no podría suponer en ningún caso la extinción del contrato por mutuo acuerdo entre las partes, al disponer expresamente el artículo 207.4 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, aplicable al caso en concreto, que: `El mutuo acuerdo entre la administración y el contratista para la resolución de un contrato, sólo podrá tener lugar cuando no concorra otra causa de resolución que sea imputable al contratista, y siempre que razones de interés público hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato´./ Respecto al desalojo, entendiendo que por el mismo se refiere a la ocupación por contrato de arrendamiento del edificio por la entidad ....., la resolución de dicho contrato compete a las partes contratantes, esto es la Fundación Metal y ..../ De conformidad con la cláusula segunda del título constitutivo del derecho de superficie, a la extinción del derecho de superficie por transcurso del plazo señalado, y por aplicación de la cláusula novena, por cualquiera de los supuestos de extinción relacionados en la misma, `se extinguirá el derecho y revertirá al Ayuntamiento de Avilés la construcción que en la parcela se haya edificado, sin que deba satisfacer indemnización alguna, quedando resueltos todos los derechos reales o personales existentes sobre el derecho de superficie extinguido. Al término de dicho periodo de tiempo el superficiario deberá desalojar las instalaciones en un plazo de 10 días, dejando libres y expeditos los bienes objeto de utilización, sin cargas ni gravámenes ni ocupantes´./ En consecuencia la Fundación Metal, una vez resuelto por el procedimiento oportuno el derecho de superficie, deberá entregar al Ayuntamiento de Avilés, sin perjuicio de la liquidación que en su caso corresponda, el inmueble libre de cargas, gravámenes y ocupantes./ En su virtud, y existiendo, a juicio de esta Oficialía, incumplimientos previos de la Fundación, procede continuar con el procedimiento de resolución del contrato por causa imputable a la Fundación

Metal. En caso de que finalmente se acuerde dicha resolución el desalojo del inmueble correspondería a la Fundación Metal Asturias, debiendo entregarlo al Ayuntamiento libre de toda carga o gravamen, de forma que el Ayuntamiento pueda disponer del mismo de la forma más conveniente para el interés municipal”.

**5.** El día 25 de marzo de 2019 la Secretaria General del Ayuntamiento de Avilés emite certificación acreditativa de que el Pleno Municipal, en sesión celebrada el 21 de marzo de 2019, acordó -a propuesta del Concejales Responsable del Área de Promoción Económica y de Ciudad, dictaminada favorablemente por la Comisión Informativa de Promoción Económica, Hacienda y Recursos Humanos- “iniciar expediente para la resolución del derecho de superficie por incumplimientos imputables a la `Fundación para la Formación, la Cualificación y el Empleo en el Sector del Metal de Asturias´ (...). Otorgar a la `Fundación para la Formación, la Cualificación y el Empleo en el Sector del Metal de Asturias´, y a la entidad bancaria `.....´, como entidad autorizante del crédito por el que se constituye la hipoteca, un plazo de audiencia de diez días naturales, a contar desde el siguiente a la notificación del presente acuerdo (...). Iniciar expediente de liquidación del derecho de superficie, facultando a la Alcaldía a la solicitud de todos los documentos y actos de trámite precisos para este fin”.

**6.** Con fecha 2 de mayo de 2019 la entidad Banco ....., presenta un escrito de alegaciones en el que señala que la mercantil tiene interés en que se mantenga el derecho de superficie porque se constituyó una garantía hipotecaria, que figura inscrita en el Registro de la Propiedad, sobre el edificio que es propiedad de la Fundación y que ha sido construido con dinero prestado por el Banco .....

Indica que recibió la notificación el pasado 2 de abril de 2019 dando al banco un plazo de diez días naturales para realizar alegaciones, pero “estas deben ser tenidas en cuenta” por más que aquel haya transcurrido, “ya que dicho plazo se establece en el procedimiento de resolución de contratos administrativos, establecido en los artículos 109 a 113 del Reglamento General de la Ley de Contrato, aprobado por Real Decreto 1098/2001, y (...) no estamos

ante la resolución de un contrato administrativo, sino ante la resolución de un contrato excluido de los contratos del sector público y sometido a la jurisdicción civil, no a la contencioso-administrativa”.

**7.** El día 3 de septiembre de 2019, la Oficial Mayor del Ayuntamiento de Avilés emite un informe sobre las alegaciones formuladas por la entidad Banco ..... En él indica que “el artículo 109 del RD 1098/2001, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos del Sector Público, fija un plazo de diez días naturales para la presentación de alegaciones por parte del contratista y la entidad bancaria. De conformidad con los datos obrantes en el expediente (...) Banco ..... ha formulado las alegaciones excediendo ampliamente el plazo de diez días otorgado. Sin embargo, a los solos efectos de evitar la indefensión de la entidad, y aun tratándose de un plazo de carácter preclusivo, resulta conveniente, dada la entidad del negocio jurídico que se pretende extinguir, resolver sobre el fondo de las mismas”.

En cuanto a “la alegación relativa a que el derecho real de superficie no es un contrato administrativo y por lo tanto queda excluido de la normativa contractual, en el acuerdo plenario notificado quedaba debidamente justificado dicho extremo, haciendo referencia a la jurisprudencia del Tribunal Supremo en dicha materia en la que se constata que `lo importante para determinar su naturaleza administrativa especial es que el objeto del contrato está vinculado al giro o tráfico de la Administración contratante. Giro o tráfico que no tiene que identificarse necesariamente con las competencias obligatorias de los Ayuntamientos, como parece desprenderse de la argumentación del letrado del Ayuntamiento, sino que hace referencia a un concepto más amplio de interés público municipal´. Este interés público municipal queda debidamente acreditado en los informes emitidos, en el acuerdo notificado a la entidad bancaria y en el objeto del propio derecho de superficie. Este criterio ha sido avalado por el propio Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en dictamen emitido el 10 de mayo de 2012 (Dictamen n.º 143/2012), en el que expresamente dictamina sobre la resolución de un derecho de superficie, al entender que cuenta con la naturaleza de contrato administrativo especial, si bien en los pliegos se definía

como contrato privado, siendo de aplicación por tanto lo dispuesto en los artículos 109 a 113 del RD 1098/2001./ Por contra la entidad bancaria se limita a argumentar que no se trata de un contrato administrativo, sino privado, pero no motiva en modo alguno dicho criterio, añadiendo que debido a esta naturaleza el acuerdo notificado debe ser nulo de pleno derecho. Este criterio, en consonancia con lo anterior debe ser también desestimado, ya que las causas de nulidad de los actos administrativos son las expresamente tasadas en el artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y no se da ninguna causa para declarar la nulidad alegada./ En su virtud, de conformidad con la motivación recogida en el acuerdo plenario de fecha 21 de marzo de 2019 y notificado a la entidad bancaria, procede desestimar la alegación en este punto”.

Finalmente, considera que procede “desestimar la alegación presentada por la entidad Banco ....., frente al acuerdo de inicio del expediente para la resolución del derecho de superficie (...). Resolver el derecho de superficie por incumplimientos imputables a la `Fundación para la Formación, la Cualificación y el Empleo en el Sector del Metal de Asturias´ (...). Requerir a la Fundación para la Formación, la Cualificación y el Empleo en el Sector del Metal de Asturias la puesta a disposición del inmueble al Ayuntamiento de Avilés libre de cargas y gravámenes, con independencia del procedimiento de liquidación iniciado (...). Previa a la adopción de acuerdo plenario sobre la resolución definitiva del contrato y la liquidación del mismo, remitir el expediente para que por los servicios económicos se informe y fiscalice la propuesta de resolución, así como la propuesta de liquidación inicial del contrato de conformidad con el informe emitido por la Dirección del Área Económica-Financiera y Empresas Participadas”.

**8.** Con fecha 30 de septiembre de 2019 emite informe la Interventora en Funciones del Ayuntamiento de Avilés. En él indica que “el procedimiento para la resolución del contrato administrativo especial se ajusta a lo establecido en la normativa de aplicación, no siendo necesaria la remisión al Consejo Consultivo del Principado de Asturias al no haberse presentado alegaciones por parte del

adjudicatario, de acuerdo con lo establecido en el artículo 109 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos, y resto de normativa concordante, debiendo adoptarse el acuerdo de resolución por el Pleno Corporativo”.

**9.** El día 7 de octubre de 2019, el Concejales Responsable del Área de Desarrollo Urbano y Económico eleva propuesta al Pleno Corporativo, para su debate y votación, en el sentido de “desestimar la alegación presentada por la entidad Banco ....., frente al acuerdo de inicio del expediente para la resolución del derecho de superficie (...). Resolver el derecho de superficie por incumplimientos imputables a la `Fundación para la Formación, la Cualificación y el Empleo en el Sector del Metal de Asturias´ (...). Requerir a la Fundación para la Formación, la Cualificación y el Empleo en el Sector del Metal de Asturias la puesta a disposición del inmueble al Ayuntamiento de Avilés, con independencia del procedimiento de liquidación iniciado”.

**10.** Con fecha 1 de abril de 2020 el Director-Gerente de la Fundación para la Formación, la Cualificación y el Empleo en el Sector del Metal de Asturias, en nombre y representación de esta, presenta en el registro del Ayuntamiento de Avilés un escrito de alegaciones. En él señala que “según los informes de la Oficialía Mayor del Ayuntamiento de Avilés dicho contrato debe ser calificado como un contrato administrativo especial, pues, en su entender, con la constitución del derecho de superficie se pretendía satisfacer el interés general de crear y poner en funcionamiento un `centro de formación y cualificación profesional´ cuyos beneficios repercutirían en toda la población del concejo, considerando además que la parcela sobre la que se construyó el edificio forma parte del patrimonio municipal del suelo, y teniendo en cuenta que la normativa urbanística, garante del interés general, regula tanto a nivel estatal como autonómico el derecho de superficie./ La importancia de dicha consideración la encontramos en el diferente régimen de extinción de dicho derecho, pues, si se considera un contrato administrativo especial, su régimen de extinción y liquidación se tramitará a través de las normas administrativas de aplicación,

siendo el órgano decisorio correspondiente una administración pública, en este caso, el Ayuntamiento de Avilés, sin perjuicio del carácter revisor de sus decisiones residenciado en la jurisdicción contencioso-administrativa; por el contrario, si se considera un contrato privado se rige, en cuanto a sus efectos y extinción, por el derecho privado y, por lo tanto, siendo competencia de su conocimiento, en caso de falta de acuerdo, la jurisdicción civil./ Hay que tener en cuenta que la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, vigente hasta el 16 de diciembre de 2011, de aplicación al derecho de superficie analizado por razones temporales, excluye la aplicación de dicha Ley a 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 registrarán por la legislación patrimonial, categoría en la que, sin forzar razonamiento alguno, parece incluir el derecho de superficie que nos ocupa -art. 4.1.p) de la citada Ley- (...). Si se analiza el objeto del contrato de derecho de superficie, a la vista de los preceptos reseñados, y en contra del criterio de la Oficialía Mayor del Ayuntamiento de Avilés, 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 edificio para destino exclusivo de centro de formación y cualificación profesional no resulta subsumible en los criterios fijados en el artículo 19.b) de la citada Ley, 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, pues el Ayuntamiento no tiene ni entre su giro, ni entre sus competencias directas e inmediatas impartir formación y cualificación profesional, artículos 25 y 26 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local./ Antes al contrario, constituye un negocio jurídico sobre un bien inmueble de los previstos en el apartado p) del mismo artículo 5 de la Ley 30/2007. Ello queda confirmado por la regulación vigente a la fecha de constitución del derecho de superficie, Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo, cuyos artículos 35 y 36 (capítulo III) 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”.

Refiere que “con independencia de la anterior causa de oposición, incluso en la consideración, contraria al ordenamiento jurídico como hemos visto, de que el contrato del derecho de superficie es un contrato administrativo especial, y estableciendo como fecha de inicio del expediente la resolución dictada el día 21 de marzo de 2019, o incluso la propuesta de resolución de fecha 7 de octubre de 2019, por aplicación del artículo 106.5 de la Ley 39/2015, el procedimiento habría caducado, al establecer el precepto invocado que cuando el procedimiento se hubiera iniciado de oficio, como es el caso, el transcurso del plazo de seis meses desde su inicio sin dictarse resolución producirá la caducidad del mismo; no en vano el Tribunal Supremo (...) en la sentencia dictada con fecha 13 de marzo de 2008 (...) ya estableció que el procedimiento de resolución de un contrato se halla sometido a caducidad, por aplicación con carácter supletorio de la Ley de Procedimiento Administrativo y por no resultar dicha regulación incompatible con los principios generales que inspiran la materia de la contratación administrativa, infracción que se denuncia por la vía del artículo 48 de la Ley, antes citada, procediendo el archivo del expediente también por esta causa”.

Concluye que teniendo por presentado este escrito “lo admita, tenga por hechas las alegaciones en el mismo contenidas y tomándolas en consideración dicte resolución por la que se acuerde archivar el expediente iniciado sobre extinción y liquidación del derecho real de superficie titularidad de la Fundación del Metal de Asturias por las razones reflejadas”.

**11.** El día 18 de mayo de 2020, la Oficial Mayor del Ayuntamiento de Avilés emite un informe en el que concluye que “procede que el Pleno Corporativo declare la caducidad del procedimiento, ordenando el archivo de sus actuaciones”.

Con idéntica fecha, el mentado órgano municipal elabora otro informe en el que considera que, “por lo que antecede y vistos los incumplimientos

acaecidos por la Fundación Metal, procede iniciar el procedimiento para la resolución del contrato, de conformidad con el procedimiento legalmente establecido./ Visto el alcance del incumplimiento de la Fundación Metal, en un momento posterior a la resolución del contrato procedería analizar la existencia, en su caso de posibles indemnizaciones, así como las penalidades que (...) se deriven del incumplimiento y consiguiente resolución del contrato”.

**12.** La Interventora municipal informa con fecha 2 de junio de 2020 que, “visto el expediente de referencia, y examinada la documentación obrante en el mismo, se concluye con que se respeta el cumplimiento de la legalidad y los principios de buena gestión que resultan de aplicación en los procedimientos de gestión, actos y operaciones de contenido económico”.

**13.** Mediante escrito de 6 de agosto de 2020, el Concejal Responsable del Área de Desarrollo Urbano y Económico propone al Pleno corporativo “declarar la caducidad del procedimiento incoado para la resolución y liquidación del derecho de superficie adjudicado a la Fundación Metal, ordenando el archivo de sus actuaciones”. En los fundamentos jurídicos señala que “el artículo 21 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, dispone un plazo general de tres meses para dictar resolución y notificarla a todos los interesados, salvo que la norma reguladora del correspondiente procedimiento disponga otro plazo, que en ningún caso podrá ser superior a seis meses./ En el caso concreto la normativa contractual no fija un plazo (...) para la finalización del procedimiento de resolución de contratos, por lo que el plazo aplicable sería de tres meses a contar desde el inicio del procedimiento./ Aplicando esta norma al caso concreto se observa que el procedimiento se inició con el acuerdo plenario de 21 de marzo, habiendo finalizado el plazo de tres meses el 21 de junio de 2019, por lo que procede declarar la caducidad del procedimiento, sin perjuicio de que el Pleno pueda acordar nuevamente la incoación del procedimiento de resolución, así como la conservación de los actos y trámites practicados en el procedimiento en lo que resulte procedente./ A tal fin, el artículo 95.3 de la Ley 39/2015 expresamente

dispone que `en los casos en que sea posible la iniciación de un nuevo procedimiento, por no haberse producido prescripción, podrán incorporarse a este los actos y tramites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse producido la caducidad. En todo caso, en el nuevo procedimiento deberán cumplimentarse los trámites de alegaciones, proposiciones de prueba y audiencia al interesado´./ Procediendo estimar (...) la (...) caducidad alegada por la Fundación Metal, no compete, en este preciso momento procedimental, entrar en el análisis del fondo del resto de las alegaciones formuladas, al proceder el archivo del procedimiento./ En todo caso, si se acuerda el inicio de nuevo procedimiento de resolución del derecho de superficie por causa imputable a la Fundación Metal, se deberá conceder nuevo plazo de audiencia a las partes, en el que podrán formular las alegaciones oportunas”.

El Concejal Responsable del Área de Desarrollo Urbano y Económico propone al Pleno Corporativo, el 6 de agosto de 2020, “iniciar expediente para la resolución del derecho de superficie por incumplimientos imputables a la `Fundación para la Formación, la Cualificación y el Empleo en el Sector del Metal de Asturias´ (...). Otorgar a la `Fundación para la Formación, la Cualificación y el Empleo en el Sector del Metal de Asturias´, y a la entidad bancaria `.....´, como entidad autorizante del crédito por el que se constituye la hipoteca, un plazo de audiencia de diez días naturales, a contar desde el siguiente a la notificación del presente acuerdo (...). Iniciar expediente de liquidación del derecho de superficie, facultando a la Alcaldía a la solicitud de todos los documentos y actos de trámite precisos para este fin”.

**14.** Obra en el expediente, a continuación, el acuerdo adoptado por la Comisión Informativa de Urbanismo y Promoción Económica en sesión celebrada el 20 de octubre de 2020, en relación con el expediente relativo a la “donación de ..... para la construcción de nuevo centro de formación profesional de la Fundación Metal Asturias en Avilés”, en el sentido de “declarar la caducidad del procedimiento incoado para la resolución de la liquidación del derecho”.

Con idéntica fecha, la Comisión Informativa de Urbanismo y Promoción Económica acuerda “iniciar expediente para la resolución del derecho de superficie e inicio de expte. para la liquidación del derecho de superficie”.

**15.** El día 23 de octubre de 2020, según consta en la certificación emitida por el Secretario General, el Pleno del Ayuntamiento de Avilés acuerda declarar la caducidad del procedimiento incoado para la resolución y liquidación del derecho de superficie adjudicado a la Fundación Metal, ordenando el archivo de las actuaciones.

Ese mismo día, el Pleno del Ayuntamiento de Avilés acuerda “iniciar expediente para la resolución del derecho de superficie por incumplimientos imputables a la `Fundación para la Formación, la Cualificación y el Empleo en el Sector del Metal de Asturias´”, otorgando a los interesados un plazo de audiencia de diez días naturales e iniciando expediente de liquidación del derecho de superficie, facultando a la Alcaldía a la solicitud de todos los documentos y actos de trámite precisos para este fin.

**16.** Con fecha 6 de noviembre de 2020 la Fundación para la Formación, la Cualificación y el Empleo en el Sector del Metal de Asturias presenta un escrito de alegaciones. En él indica que “en este trámite se dan por reproducidas y mantienen las alegaciones plasmadas en el escrito presentado por la Fundación con fecha 3 de abril de 2020; no obstante lo anterior, como quiera que podría ser beneficioso para los intereses de la misma proceder a la extinción y liquidación del controvertido derecho de superficie, quedará a la espera del contenido de las sucesivas resoluciones que el Ayuntamiento de Avilés vaya dictando para, en función de su contenido, actuar en defensa de aquellos intereses”.

**17.** El día 12 de noviembre de 2020, la Oficial Mayor del Ayuntamiento de Avilés emite un informe en el que, tras ratificar que el negocio jurídico en cuestión es un contrato administrativo especial, propone “recabar el dictamen preceptivo del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, de conformidad con lo dispuesto

en el artículo 13.1.n) de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, del Consejo Consultivo, respecto a la resolución del contrato referido, teniendo en cuenta la oposición manifestada por el adjudicatario”, y “suspender el transcurso del plazo máximo legal de tres meses para resolver el procedimiento de resolución de este contrato por el tiempo que medie entre la petición al Consejo Consultivo del Principado de Asturias del dictamen preceptivo y la recepción del mismo, de conformidad con el artículo 22.1.d) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en relación con el artículo 19.2 de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, del Consejo Consultivo”.

**18.** El día 13 de noviembre de 2020, se reciben en el registro del Ayuntamiento de Avilés las alegaciones formuladas por la entidad Banco ....., en las que se sostiene, entre otras cuestiones, la naturaleza civil del negocio jurídico constitutivo del derecho de superficie cuya resolución se pretende.

**19.** Con fecha 18 de noviembre de 2020, la Oficial Mayor del Ayuntamiento de Avilés elabora un informe sobre las alegaciones planteadas. En cuanto a la consideración de que “se trata de un contrato privado y que por tanto la vía adecuada no es la administrativa, sino la presentación de demanda ante la jurisdicción civil (...), nos remitimos a lo dispuesto en el acuerdo plenario (...) notificado a la entidad (...), en el que se argumenta con jurisprudencia del Tribunal Supremo, sentencias (de) varios órganos jurisdiccionales, informes de Juntas Consultivas de Contratación y dictamen del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, que se trata de un contrato administrativo especial./ Por otro lado, el escrito presentado alega que es de aplicación la legislación civil e hipotecaria a la que hace referencia la escritura de formalización del derecho./ Lógicamente en la formalización de una escritura y su inscripción en el registro es aplicable la normativa civil y la normativa hipotecaria, pero ello no implica que sea un contrato privado./ Además la alegación alude a la normativa urbanística, haciendo referencia a la Ley del Suelo 8/2007, normativa que ya no es de aplicación al haber sido derogada por el RDLeg 7/2015, de 30 (de) octubre, por

el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana (...). En todo caso la normativa urbanística alegada, tanto estatal como autonómica, constituye un claro ejemplo de normativa pública no privada, vinculada a un interés público y general y a cuya aplicación ya se hacía referencia en la propuesta plenaria notificada a la entidad bancaria en el periodo de audiencia./ En consecuencia procede desestimar la alegación en este punto”.

**20.** En sesión celebrada el 27 de noviembre de 2020, el Pleno del Ayuntamiento de Avilés acuerda, entre otras cuestiones, “recabar el dictamen preceptivo del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1.n) de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, del Consejo Consultivo, respecto a la resolución del contrato referido, teniendo en cuenta la oposición manifestada por el adjudicatario”, y “suspender el transcurso del plazo máximo legal de tres meses para resolver el procedimiento de resolución de este contrato por el tiempo que medie entre la petición al Consejo Consultivo del Principado de Asturias del dictamen preceptivo y la recepción del mismo, de conformidad con el artículo 22.1.d) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en relación con el artículo 19.2 de la Ley del Principado 1/2004, de 21 de octubre, del Consejo Consultivo”.

**21.** En este estado de tramitación, mediante escrito de 10 de diciembre de 2020, esa Alcaldía solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa a la resolución del contrato de constitución de un derecho de superficie en terrenos de propiedad municipal, objeto del expediente núm. ...., adjuntando a tal fin copia del mismo en soporte digital.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho:

**ÚNICA.-** Se somete a nuestra consideración una consulta sobre la resolución de un contrato de constitución de un derecho de superficie en terrenos de propiedad del municipio de Avilés.

Con carácter previo, y desde un punto de vista formal, la solicitud de dictamen indica que “en cumplimiento de lo establecido en el artículo 106.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC), se remite el expediente de resolución de contrato, que está siendo tramitado por esta entidad local, a los efectos de que el Consejo Consultivo emita su preceptivo dictamen, en el que se pronuncie sobre la procedencia de la resolución del mismo”. En el texto transcrito se evidencia una clara incongruencia, pues mientras que el invocado artículo 106 de la LPAC se dedica a la revisión de disposiciones y actos nulos, la solicitud de dictamen se efectúa sobre la base de un expediente de resolución de un contrato que se califica como administrativo. Teniendo en cuenta lo antedicho y a la vista del objeto del expediente, debe entenderse que el Ayuntamiento de Avilés formula su solicitud de dictamen preceptivo a este Consejo al amparo de lo previsto en la letra n) del artículo 13.1 de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, del Consejo Consultivo -en relación con lo previsto en el artículo 18.1.n) del Decreto 75/2005, de 14 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo del Principado de Asturias-, en la que la consulta preceptiva se predica de la “Aprobación de pliegos de cláusulas administrativas generales, interpretación, nulidad y resolución de los contratos administrativos, cuando se formule oposición por parte del contratista, y las modificaciones de los mismos en los supuestos que proceda según lo dispuesto en la legislación de contratación administrativa”.

En relación con el contenido de la consulta efectuada, es preciso recordar que el Consejo Consultivo del Principado de Asturias es un órgano auxiliar del Principado de Asturias, creado directamente por el Estatuto de Autonomía como superior órgano de consulta de la Comunidad Autónoma (artículo 35 *quáter* de la Ley Orgánica 7/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias); en esta condición, el Consejo presta a los órganos de,

entre otras, las entidades locales radicadas en su territorio los asesoramientos que procedan con arreglo a la Ley, ya sea con carácter preceptivo o facultativo.

En materia de contratos, es conocido que las sucesivas leyes reguladoras de la contratación de la Administración -acogiendo una distinción ya sentada de antiguo por la jurisprudencia- distinguen entre el régimen aplicable a los conceptuados como "contratos administrativos" y a los denominados "contratos privados", y que se concretaría en que estos últimos se rigen en cuanto a sus efectos y extinción por el derecho privado y no por el derecho administrativo, cuyas reglas solamente resultan de aplicación en las cuestiones relativas a su preparación y adjudicación.

En este contexto debemos analizar, con carácter previo a cualquier otra consideración, cuál es la naturaleza jurídica del contrato en cuestión, pues, aun existiendo oposición del contratista a la resolución pretendida, de concluirse que aquella no se corresponde con la propia de un contrato administrativo este órgano carecería de competencia para evacuar la consulta formulada con el carácter invocado por la autoridad consultante.

Ante todo, procede subrayar que nuestro ordenamiento ha optado, tanto en la normativa vigente como en la aplicable al supuesto de hecho que aquí se analiza y la anterior, por un criterio principal y otro secundario en cuanto a la determinación de la naturaleza administrativa o privada de un contrato. Así, el primer criterio al que cabe aludir indefectiblemente es al de la propia calificación que hace el legislador, quien opta por enumerar una serie de contratos que son administrativos porque así lo preceptúa la Ley, de igual modo que otros son privados porque también el legislador los ha calificado específicamente como tales. En este sentido cabe mencionar algunos servicios que, aun encajando en la propia definición de contrato de servicios nominado que ofrece la ley de contratos, el legislador decidió que fueran privados, lo que, por otro lado, no siempre ha sido así, como es el caso de los enumerados en el actual artículo 25.1.a).1.º de la Ley de Contratos del Sector Público, y en su momento en el artículo 20.1 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, que se refiere a los contratos que tengan por objeto servicios comprendidos en la categoría 6 del anexo II, la creación e interpretación artística y literaria o espectáculos comprendidos en la

categoría 26 del mismo anexo, y la suscripción a revistas, publicaciones periódicas y bases de datos.

El segundo criterio es el de la vinculación con el giro o tráfico administrativo, que sirve para calificar, en su caso, un contrato como administrativo especial. Este criterio es secundario, y como hemos señalado solo cabe acudir a él cuando el legislador no se ha pronunciado ya sobre la calificación del contrato, sin que pueda recurrirse al mismo en primer lugar, pues ello supondría socavar la propia voluntad del legislador; es decir, no cabe calificar por esta vía como privado un tipo contractual que el legislador ya ha calificado expresamente como administrativo; ni a la inversa, entender que es administrativo en aplicación de este criterio en contra de la calificación como privado que el legislador le ha dado. Así, es evidente que no se puede calificar como administrativo un contrato de servicios de los recogidos en el artículo 20.1 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre -artículo 25.1.a).1.º de la vigente Ley de Contratos del Sector Público-, por mucho que puedan estar vinculados al giro o tráfico administrativo, que evidentemente lo estarán con carácter general. Y ello porque, se insiste, el primer criterio es el de la calificación legal del contrato.

Expuesta esta postura, procede examinar si la normativa aplicable al supuesto analizado calificaba de algún modo el contrato objeto de dictamen. En efecto, el mismo no solo se califica expresamente como privado en la propia normativa de contratos -entonces vigente y en la actualidad-, sino que la misma lo excluye expresamente de su propio ámbito de aplicación, puesto que -como se verá- la normativa aplicable es la de patrimonio.

Debemos detenernos, a este fin, en la ley aplicable al tiempo del negocio por el que se constituye el derecho de superficie. Ciertamente, el primer acuerdo plenario por el que se cede el derecho real a la Fundación data de febrero de 2008, pero la aceptación por la beneficiaria no se formaliza hasta la elevación a escritura pública, observándose además que uno de sus elementos esenciales -el plazo- se fija ya en junio de 2008, y en años sucesivos se asiste a una novación que afecta al contenido del derecho y las finalidades a las que se sujeta. En suma, debe estimarse aquí aplicable la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

El entonces artículo 4.1.p) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, recogía, dentro de los contratos excluidos, “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 no 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 es superior al 50 por ciento del importe total del negocio o si no mantienen con la prestación característica del contrato patrimonial relaciones de vinculación y complementariedad en los términos previstos en el artículo 25; en estos dos supuestos, dichas prestaciones deberán ser objeto de contratación independiente con arreglo a lo establecido en esta Ley”.

Es decir, dicho precepto no solo califica en todo caso estos contratos -dentro del que cabe incluir el referente al derecho de superficie- como privados, sino que además los excluye de la propia Ley remitiéndose a la legislación patrimonial, lo que por otro lado resulta lógico. De este modo, el legislador ha optado por calificarlos como contratos privados y someterlos a un sistema de fuentes distinto y concreto, de ahí que se excluyan de la ley de contratos.

Es más, dicha previsión permite incluso que en dichos contratos se prevean prestaciones propias de un contrato típico o nominado, si el valor estimado de las mismas no supera el 50 por ciento del importe total del negocio o si mantienen vinculación y complementariedad con la prestación característica del contrato patrimonial. Lo que ratifica que incluso conteniendo prestaciones propias de contratos nominados, salvo que se supere ese porcentaje o las prestaciones no cumplan esas condiciones, no pierde su carácter de contrato privado patrimonial. En caso de superar ese porcentaje o de tratarse de prestaciones no vinculadas o complementarias la calificación del contrato en cuanto al derecho de superficie tampoco variaría -es decir, no pasaría a ser administrativo-, sino que esas prestaciones deberían contratarse de forma independiente del contrato patrimonial. Y, sin perder de vista que en esos casos

la prestación debe contratarse independientemente, sería un contrato nominado, sin que tampoco fuese, por tanto, necesario acudir al criterio secundario del giro o tráfico administrativo. Dicho lo cual, del expediente no se deduce que estemos ante tal supuesto.

Por tanto, es evidente no solo que el legislador califica a estos contratos como privados, sino que además los excluye de la ley de contratos y los remite a la legislación de patrimonio, por lo que no procede aquí descender a otros criterios. Dicha previsión -que atañe al ámbito material de aplicación de la ley de contratos- es anterior o previa a los preceptos en los que se acude al giro o tráfico administrativo o a otros criterios para determinar si los contratos de la Administración -no excluidos del ámbito objetivo de la ley de contratos- se rigen por la misma en una u otra medida. Al respecto, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, representa un punto de inflexión en el criterio tradicional por el que se venían clasificando los contratos patrimoniales en atención a los fines a los que la Administración atendía con los mismos -calificación siempre generadora de un grado de inseguridad jurídica-. Desde la entrada en vigor del precepto que los excluye de la legislación contractual, los contratos patrimoniales tienen preceptivamente la calificación de contratos privados, sin que proceda ya -como venía ocurriendo bajo la normativa anterior- acudir al criterio de su finalidad o su vinculación al giro o tráfico propio del órgano de contratación para calificarlos como administrativos especiales, pues esa calificación presupone que se trate de negocios incluidos en el ámbito objetivo de la ley de contratos.

Ciertamente, tal como recogimos en el Dictamen Núm. 385/2011, el Consejo de Estado, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 30/2007, de 30 de octubre (por todos, Dictamen 1348/2007, de 26 de julio), venía reiterando que los "contratos administrativos y privados tienen `una común plataforma sustentadora constituida por la elaboración iuscivilística del contrato´ (...), configurándose como `administrativos´ aquellos contratos en que su modulación respecto del Derecho común alcanza cierta intensidad (...), pudiéndose otorgar a un contrato -no típico- la calificación de `administrativo´ cuando se dirija a la satisfacción de un fin público que se erige en causa y, consecuentemente, en elemento esencial del mismo". No obstante, la doctrina consultiva ha acogido

después el criterio derivado de la aplicación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre. Así, en los Acuerdos 8/14 y 34/14 del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid se razona que, al tratarse de la constitución de un derecho de superficie sobre un bien inmueble, dicho contrato estaría excluido de la aplicación de la LCSP; interpretación ya acogida por diversas juntas consultivas de contratación que se citan (del Estado en su informe 25/2008, de 29 de enero; de Aragón en su informe 4/2009, de 15 de abril, o de Canarias, informe 5/2013, de 13 de junio) y por el Consejo Consultivo de la Comunidad Valenciana en su Dictamen 481/2008, de 3 de julio. Singularmente, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado se ocupa en su expte. 58/19 de la "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", concluyéndose que "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".

Por su parte, la jurisprudencia recaída sobre el derecho de superficie ha puesto de relieve (Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 2002 -ECLI:ES:TS:2002:7880- (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) la modulación del régimen jurídico de aquella institución en atención 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", teniendo en consideración que "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 qué 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 principios imperativos de la Ley del Suelo". Ahora bien, de conformidad con lo antes razonado, desde la entrada en vigor de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, los negocios transmisivos relativos a los patrimonios públicos del suelo se califican de ordinario como contratos privados de las Administraciones públicas, lo que es también congruente con la naturaleza patrimonial de los bienes que los integran y con la necesaria igualdad de posiciones de parte en los negocios patrimoniales. De este modo, los fines a los que la legislación urbanística somete a los patrimonios públicos del suelo quedan protegidos por la propia normativa urbanística (artículo 52 del Texto Refundido de la Ley de Suelo), sin que nada legitime para recalificar un negocio que se tipifica y concibe como patrimonial.

Esa sujeción primaria a la legislación urbanística podría eventualmente conducir a un reenvío a la legislación contractual. Pero la normativa urbanística asturiana, a la que se refiere el propio acuerdo municipal en que se decidió constituir el derecho de superficie en cuestión -como ya se ha adelantado-, y en concreto el artículo 226 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en Materia de Ordenación del Territorio y Urbanismo, aprobado por Decreto Legislativo 1/2004, de 22 de abril, se remite en cuanto al derecho de superficie a la normativa de patrimonio y no a la contractual. Asimismo, de la legislación aplicable al patrimonio de las Administraciones públicas (Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas; artículos 79-83 de la Ley de Bases de Régimen Local; artículos 74-87 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en Materia de Régimen Local; Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, o incluso la Ley 1/1991, de 21 de febrero, de Patrimonio del Principado de Asturias) no se deduce nada que altere la calificación y régimen de estos negocios como contratos privados patrimoniales. Es más, las remisiones que en la legislación patrimonial se hacen a la contractual solo afectan al procedimiento de adjudicación y preparación, sin incidencia sobre la

naturaleza jurídica de los contratos, que en este caso viene configurada como privada en la propia normativa contractual.

Ciertamente, en un supuesto anterior que se cita por los preinformantes (Dictámenes Núm. 385/2011 y 143/2012) este Consejo siguió el criterio teleológico o finalista al calificar como contrato público el negocio celebrado con un superficiario, pero en aquel caso los pliegos se remitían expresamente a la normativa contractual para interpretar, modificar y resolver el contrato, y específicamente incorporaban la prerrogativa de la Administración para resolver el contrato, que se integraba así en el régimen de garantías para el cumplimiento de los fines a los que se afectaba el suelo municipal. Sin embargo, en el asunto ahora examinado, y vista la consolidación del novedoso criterio deducido de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, se advierte que la modulación del derecho de superficie respecto de su concepción iuscivilista no es aquí singularmente intensa ni alcanza a desfigurar el derecho real que se constituye, objeto principal del contrato. En hipótesis, la cesión de un derecho de superficie puede encerrar una concesión administrativa de naturaleza contractual, en cuyo caso habría de aplicarse la normativa correspondiente al fondo de lo convenido, pero no se estima así en el supuesto analizado, bastando observar que el derecho cedido no se sujeta al cumplimiento de ninguna competencia o finalidad propia de la esfera local.

A la luz de lo expuesto, cabe concluir que el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Avilés para constituir un derecho de superficie a favor de la Fundación para la Formación, la Cualificación y el Empleo en el Sector del Metal de Asturias sobre una parcela de propiedad municipal sita en el Parque Empresarial Principado de Asturias, en las condiciones previstas en el título constitutivo, debe calificarse, porque así lo hace el propio legislador, como un contrato patrimonial privado, que se rige en primer término por la legislación patrimonial, quedando excluido de la ley de contratos.

Por tanto, sentado que la calificación que corresponde al contrato es la de privado, resulta también evidente que este órgano no puede, sin infringir su propia Ley reguladora, evacuar la consulta formulada con el carácter invocado por la autoridad consultante.

Formulada esta consulta como preceptiva en el seno de un procedimiento administrativo de resolución contractual, tampoco puede este Consejo pronunciarse sobre los cauces o alternativas a disposición del Ayuntamiento para la resolución y liquidación del contrato privado suscrito.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no procede evacuar la consulta que con el carácter de preceptiva ha sido formulada en orden a la resolución del contrato de constitución de un derecho de superficie en terrenos de propiedad del municipio de Avilés.”

V. I., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Gijón, a .....

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

LA PRESIDENTA,

ILMA. SRA. ALCALDESA DEL AYUNTAMIENTO DE AVILÉS.