

**ASUNTO: CONTRATACIÓN***Contrato de opción de derecho de superficie***274/10**

FC

\*\*\*\*\*

**INFORME****I. ANTECEDENTES**

Por el Ayuntamiento de \_\_\_\_\_ se nos remite borrador que determinada empresa le ha presentado sobre un contrato de opción de derecho de superficie para la construcción e instalación de un parque eólico de generación de energía eléctrica.

**II. LEGISLACIÓN APLICABLE**

- Ley 15/2001, del Suelo y Ordenación Territorial de Extremadura,
- Real Decreto legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo.
- Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público

**III. CONSIDERACIONES JURÍDICAS**

*No se nos indica en la solicitud de informe si los bienes sobre los que pretende el tercero la opción referenciada tienen la consideración de dominio público o patrimonial. Partiremos de la segunda opción, por cuanto la primera, salvo que se procediera a su desafectación entendemos que, en principio, no sería posible establecer sobre el mismo el derecho de superficie pretendido.*

Resulta especialmente interesante el fin pretendido sobre los bienes de



propiedad municipal, por cuanto, conocido que en principio se tratará de una instalación para la producción de energía renovable, y conocido así mismo el largo periodo necesario para la amortización del importe de la inversión económica, el plazo máximo de duración del contrato de arrendamiento de un bien patrimonial ejerce de elemento disuasorio a las empresas interesadas en este tipo de proyectos.

Así las cosas, sería preciso acudir a otra figura jurídica habilitante para la explotación de este bien patrimonial. En una primera búsqueda encontraríamos el **derecho de superficie**, instrumento/figura jurídica válida para la finalidad pretendida, como intentaremos razonar más adelante, si bien con una complicación final, que a la extinción del mismo lo plantado, edificado o instalado sobre el suelo pasaría a ser de propiedad municipal.

Participa el derecho de superficie, en su concepto moderno, de la doble condición de derecho real sobre suelo ajeno y de derecho de propiedad sobre lo edificado. No obstante, y en el ámbito de las Administraciones Públicas, tal derecho, en su doble condición, ha ido modulándose para adaptarse a las necesidades reales de los ciudadanos en cada momento a través de la función social de la propiedad pública, sin, por otra parte, olvidar la necesaria protección que los bienes de la Administraciones Públicas deben tener.

Ya en el ámbito específico de nuestra Comunidad Autónoma, la Ley **15/2001, del Suelo y Ordenación Territorial de Extremadura**, pendiente de adaptación al TRLS, dedica sus artículos 95 a 97 al derecho de superficie en el estricto campo de la ordenación urbanística.

Así, su artículo 95 establece

*“La Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura y los Municipios podrán constituir el derecho de superficie en terrenos de su propiedad o integrantes del patrimonio público del suelo con destino a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública o con precio tasado, así como a otros usos de interés social, cuyo derecho corresponderá al superficiario”.*

De la lectura de este precepto observamos cómo nuestro legislador autonómico ha querido reservar el uso de esta figura jurídica exclusivamente para dos fines:

- o uno concreto y específico como es la construcción de viviendas de protección pública o precio tasado
- o otro más genérico que ha dado en llamar “otros usos de interés social”.

Lo primero que nos sorprende de esta segunda finalidad, en su “amplio



espectro”, por cuanto en *otros usos de interés social* cabe prácticamente cualquier actuación municipal, bien sea porque fomentará en el municipio el empleo, el turismo, la integración social de determinados colectivos, etc, etc. Por tanto, dado este carácter genérico, debemos plantearnos si la instalación de una productora de energía renovable (solar, fotovoltaica, termosolar, **eólica**, etc) puede ser considerada de interés social. Si así lo fuera tendrá que conseguirse previamente su declaración como tal para constituir el pretendido derecho de superficie sobre los terrenos afectados y las construcciones e instalaciones realizadas sobre él.

Por otro lado, ya en ámbito de la legislación estatal, el **REAL DECRETO LEGISLATIVO 2/2008**, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo, regula esta figura jurídica en sus artículos 40 y 41. Así, el artículo 40 dispone:

*Artículo 40. Contenido, constitución y régimen.*

*1. El derecho real de superficie 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.*

*2. Para que el derecho de superficie quede válidamente constituido se requiere su formalización en escritura pública y la inscripción de ésta en el Registro de la Propiedad. En la escritura deberá fijarse necesariamente el plazo de duración del derecho de superficie, que no podrá exceder de noventa y nueve años.*

*El derecho de superficie sólo puede ser constituido por el propietario del suelo, sea público o privado.*

*3. El derecho de superficie puede constituirse a título oneroso o gratuito. En el primer caso, la contraprestación del superficiario podrá consistir en el pago de una suma alzada o de un canon periódico, o en la adjudicación de viviendas o locales o derechos de arrendamiento de unos u otros a favor del propietario del suelo, o en varias de estas modalidades a la vez, sin perjuicio de la reversión total de lo edificado al finalizar el plazo pactado al constituir el derecho de superficie.*

*4. El derecho de superficie se rige por las disposiciones de este Capítulo, por la legislación civil en lo no previsto por él y por el título constitutivo del derecho.*

Como se observa, la configuración del derecho de superficie en el TRLS responde a las siguientes determinaciones:



- Respetar la configuración del Código Civil como un derecho real.
- Se concreta en la posibilidad de realizar construcciones o edificaciones en rasante, vuelo y subsuelo sobre finca ajena.
- Durante la vigencia del derecho de superficie lo construido o edificado (debemos entender también lo instalado) es de propiedad del superficiario.
- Es preceptiva la elevación a escritura pública y la inscripción en el Registro de la Propiedad del derecho.
- Debe establecerse en la escritura pública el plazo de duración del derecho, que no podrá ser superior a noventa y nueve años.
- El derecho de superficie es admisible sobre suelo público y es preceptivo el consentimiento de la Administración titular del mismo manifestada por órgano competente.
- Si bien admite su constitución a título gratuito u oneroso, la normativa patrimonial prohíbe, en este caso, que sea gratuita cuando se trata de empresas o instituciones con ánimo de lucro.
- El pago de la contraprestación por la constitución y concesión de este derecho puede ser en metálico a través de un único pago o mediante el establecimiento de un canon periódico. Dada la finalidad pretendida, no vemos viable el pago en especie o mixto.
- Reversión al titular del derecho de propiedad de lo edificado, construido o instalado al finalizar el plazo establecido como duración del derecho de superficie.

Ya en este punto, y transcrita la normativa autonómica y estatal al respecto, restaría saber cómo el Ayuntamiento de \_\_\_\_\_ puede constituir este derecho sobre los terrenos de propios.

Para concretar esta posibilidad acudiremos al artículo 96.1 de la LSOTEx:

***"La concesión del derecho de superficie, así como su carácter oneroso, se regirán por las mismas reglas establecidas para los patrimonios públicos de suelo..."***

Tal remisión nos lleva directamente al artículo 93 de la propia LSOTEx:

***Artículo 93. Disposición sobre los bienes de los patrimonios públicos de suelo.***

*Los bienes de los patrimonios públicos de suelo podrán ser:*

- a. Enajenados mediante concurso por precio que no podrá ser nunca inferior al 90 % del valor máximo legalmente establecido para los usos sujetos a protección pública, ni superior en un 10 % al valor del aprovechamiento que tenga ya atribuido el terreno. El pliego de condiciones fijará plazos máximos*



*para la ejecución de las obras de urbanización y edificación pendientes, así como los precios máximos de venta o arrendamiento de las edificaciones.*

*b. Cedidos gratuitamente o por precio fijado para el fomento de viviendas u otros usos de interés social sujetos a cualquier régimen de protección pública, directamente o mediante convenio suscrito a tal fin, a cualquiera de las otras Administraciones Públicas territoriales o a entidades o empresas públicas de éstas, para la construcción de viviendas u otros usos de interés social sujetos a algún régimen de protección pública o el establecimiento de usos declarados de interés público, bien por disposición normativa previa o de los planes de ordenación urbanística, bien por decisión de la Junta de Extremadura o del Ayuntamiento Pleno. Cuando se trate de terrenos que no tengan aun la condición de solar, la cesión se hará con la condición de la previa o simultánea urbanización, incluido el cumplimiento de los deberes de cesión y equidistribución que correspondan. La cesión fijará plazos máximos para la ejecución de las obras de urbanización, en su caso, y de edificación.*

*c. Cedidos gratuitamente o por precio fijado para el fomento de viviendas sujetas a cualquier régimen de protección pública a entidades cooperativas o de carácter benéfico o social sin ánimo de lucro, mediante concurso u otros usos de interés social sometidos, por cualquier título, cuando menos a un régimen de precio tasado de venta o alquiler.*

*d. Enajenados mediante adjudicación directa dentro del año siguiente a la resolución de los procedimientos a que se refiere la letra a) o de la celebración de los concursos previstos en la letra c), cuando unos y otros hayan quedado desiertos, con sujeción en todo caso a los pliegos o bases por los que éstos se hayan regido.*

Cómo hemos afirmado más arriba, dada la finalidad pretendida con la constitución del derecho de superficie y los teóricos destinatarios (superficiarios) del mismo **resulta obligado acudir a la licitación pública para la concesión de este derecho.**

Así las cosas, y dentro del concepto y proceso licitatorio, consideramos conveniente recordar lo establecido en el artículo 4.1 o) de la LCSP:

#### *Artículo 4. Negocios y contratos excluidos.*

*1. Están excluidos del ámbito de la presente Ley los siguientes negocios y relaciones jurídicas:*

*../...*

*o) Las autorizaciones y concesiones sobre bienes de dominio público y los contratos de explotación de bienes patrimoniales distintos a los definidos en el artículo 7, que se regularán por su legislación específica salvo en los casos en que expresamente se declaren de aplicación las prescripciones de la presente Ley.*

Es por ello que, en nuestra opinión, y a salvo de la inconcebible regulación de la competencia del órgano sobre este tipo de negocios jurídicos, excluidos por



ella misma de su ámbito de aplicación, establecidos en la Disposición Adicional Segunda de la propia LCSP y derogando parcialmente el artículo 21 de la LRRL en esta materia, tanto el proceso licitatorio (preparación y adjudicación del contrato) como su ejecución deben regirse, como señala el propio TRLS, por el Texto Refundido de la Ley del Suelo (al que habrá que añadir a la LSOTEx) por la legislación civil en lo no previsto por él y por el título constitutivo del derecho. Evidentemente deberemos tener en cuenta las determinaciones establecidas en la legislación patrimonial compuesta, en este caso, tanto por el Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales como por la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas.

No obstante lo anterior, es preciso tener en cuenta lo establecido en el párrafo segundo del citado artículo 4 de la LCSP:

*2. Los contratos, negocios y relaciones jurídicas enumerados en el apartado anterior se regularán por sus normas especiales, aplicándose los principios de esta Ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse.*

Por consiguiente, en el proceso licitatorio resultará obligado aplicar los principios de la contratación pública: publicidad, libre concurrencia, igualdad, transparencia, libertad de acceso a las licitaciones,....

Trascripción de la Disposición Adicional Segunda de la LCSP en lo referente a la competencia del órgano:

*Asimismo corresponde a los Alcaldes y a los Presidentes de las Entidades locales la adjudicación de concesiones sobre los bienes de las mismas y la adquisición de bienes inmuebles y derechos sujetos a la legislación patrimonial cuando su valor no supere el 10 por ciento de los recursos ordinarios del presupuesto ni el importe de tres millones de euros, así como la enajenación del patrimonio, cuando su valor no supere el porcentaje ni la cuantía indicados.*

*Asimismo corresponde al Pleno la adjudicación de concesiones sobre los bienes de la Corporación y la adquisición de bienes inmuebles y derechos sujetos a la legislación patrimonial así como la enajenación del patrimonio cuando no estén atribuidas al Alcalde o al Presidente, y de los bienes declarados de valor histórico o artístico cualquiera que sea su valor.*

*Así pues, debemos concluir afirmando que un instrumento adecuado para la construcción e instalación de una planta de producción de energía renovable en los terrenos referenciados podrá ser la constitución de un derecho de superficie. Constitución que necesariamente deberá llevar aparejada la instrucción o tramitación de dos expedientes: Por un lado la declaración de interés social y por lado el de licitación pública para la adjudicación del derecho de superficie. Expedientes que, si así se solicita por el Ayuntamiento, podremos colaborar en su elaboración y/o tramitación.*



*Por consiguiente resultará inviable el negocio jurídico pretendido por el tercero a través de un contrato de opción de derecho de superficie, por cuanto estaríamos en presencia de una adjudicación directa que rompería los principios de la necesaria licitación pública .*

Este es el informe del Servicio de Asesoramiento y Asistencia Jurídica a las Entidades Locales-Oficialía Mayor en relación con el asunto de referencia, con efectos meramente ilustrativos y no vinculante para el Ayuntamiento de \_\_\_\_\_ que en uso de sus competencias y de la autonomía reconocida constitucionalmente resolverá lo pertinente.

Badajoz, SEPTIEMBRE de 2010