

**INFORME JURÍDICO: CONCESIÓN ADMINISTRATIVA O DERECHO DE SUPERFICIE SOBRE FINCA DE TITULARIDAD MUNICIPAL**

**ANTECEDENTES**

**Primero.-** El Alcalde del Ayuntamiento de XXXX, con fecha de entrada en esta Diputación el día YYYY, RE nº XXXX, solicita informe jurídico sobre la posibilidad de realizar una concesión administrativa o de constituir un derecho de superficie sobre una finca de titularidad municipal para construir una Residencia de Ancianos en el municipio de XXXX.

**Segundo.-** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 14 del Reglamento del Servicio de Asistencia a Municipios, junto con dicha solicitud se remite informe emitido el día XXXX18 por la secretaria del Ayuntamiento.

Sobre los referidos antecedentes han de considerarse los siguientes

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Primero.-** El presente informe se emite en virtud de lo previsto en el Reglamento de Asistencia Jurídica, Económica y Técnica de los municipios de la provincia de Zamora, publicado en el BOP de Zamora nº 41 de 5 de abril de 2004, que regula el funcionamiento del Servicio de Asistencia a Municipios de la Diputación Provincial de Zamora, estableciendo los requisitos y procedimiento para dicha asistencia, dando cumplimiento de este modo a lo dispuesto en el artículo 36.1.b) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, que establece que es competencia de las Diputaciones Provinciales la asistencia y la cooperación jurídica, económica y técnica a los Municipios, especialmente los de menor capacidad económica y de gestión.

Se han cumplido los requisitos y procedimiento establecidos en dicho Reglamento; en concreto, la petición de informe está suscrita por el alcalde de la entidad local y dirigida al presidente de la Corporación Provincial (art. 13.1).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15.2 del citado Reglamento, el informe emitido no será vinculante para la entidad local solicitante.

**Segundo.-** En principio como se dice que la adquisición es de un edificio destinado a Residencia de Ancianos, debemos recordar que La Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local no atribuye a los Municipios en su artículo 25 como competencia propia la referida a la

prestación de servicios sociales y de promoción y reinserción social. Es esta una competencia que de acuerdo con el artículo 7.4 de la LRBRL no es ni propia ni atribuida por delegación, para su ejercicio la Entidad Local deberá acreditar que no se ponga en riesgo la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda Municipal, de acuerdo con los requerimientos de la Legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera y no se incurra en un supuesto de ejecución simultánea del mismo servicio público con otra Administración Pública. A estos efectos, serán necesarios y vinculantes los informes previos de la Administración competente por razón de materia, en el que se señale la inexistencia de duplicidades, y de la Administración que tenga atribuida la tutela financiera sobre la sostenibilidad financiera de las nuevas competencias. En todo caso, el ejercicio de estas competencias deberá realizarse en los términos previstos en la Legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas.

De lo que resulta que son necesarios y vinculantes dos informes uno de la administración competente en materia de servicios sociales que de acuerdo con el Artículo 45 de la Ley 16/2010, de 20 de diciembre, de servicios sociales de Castilla y León, es la Comunidad de Castilla y León, los Municipios con población superior a 20.000 habitantes y las Provincias, que ejercerán sus competencias en los Municipios con población igual o inferior a 20.000 habitantes, sin perjuicio de las competencias atribuidas al resto de las entidades locales por la legislación reguladora de régimen local o a las comarcas legalmente constituidas por la normativa correspondiente.

Y otro de la Administración que tenga atribuida la tutela financiera, que también es la Junta de Castilla y León.

En este sentido la Comunidad Autónoma, aprobó el DECRETO-LEY 1/2014, de 27 de marzo, de medidas urgentes para la garantía y continuidad de los servicios públicos en Castilla y León, derivado de la entrada en vigor de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local.

En el Artículo 2 regula el Informe para el ejercicio por parte de las Entidades Locales de competencias distintas de las propias y de las atribuidas por delegación. Cuando la Comunidad Autónoma deba emitir los informes de inexistencia de duplicidades y de riesgo para la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal a que se refiere el artículo 7.4 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local, para que las Entidades Locales de Castilla y León puedan ejercer competencias distintas de las atribuidas por la legislación del Estado y de la Comunidad Autónoma y de las delegadas, se procederá conforme a lo siguiente:

– El informe de inexistencia de duplicidades será emitido por la Consejería competente en materia de Administración Local, con consulta previa a la Consejería competente por razón de la materia.

– El informe sobre el riesgo para la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal será emitido por parte de la Consejería competente en materia de Hacienda.

Es importante determinar si es o no un servicio asumido por el municipio, dado que ello es importante para la cuestión que se suscita concesión administrativa o derecho de superficie.

### **Tercero.- La Concesión Administrativa.**

De ser asumido por el Ayuntamiento como servicio público de acuerdo con el apartado anterior, estaría vinculada la concesión a la actividad prestacional de servicios públicos de las Administraciones, entendida en ese sentido el régimen de la concesión, queda vinculado a los contratos administrativos y como tal aparece regulada en la reciente y vigente ley 9/2017 de contratos del sector público. Que aporta como novedad en el ámbito de las concesiones, la desaparición de la figura del contrato de gestión de servicio público y, con ello, la regulación de los diferentes modos de gestión indirecta de los servicios públicos. Surge en su lugar, y en virtud de la nueva Directiva relativa a la adjudicación de contratos de concesión, la nueva figura de la concesión de servicios, que se añade dentro de la categoría de las concesiones a la ya existente figura de la concesión de obras.

En lo que respecta a los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios, merece destacarse que en ambas figuras necesariamente debe haber una transferencia del riesgo operacional de la Administración al concesionario, delimitándose en el artículo 14 de la Ley, en línea con lo establecido en la nueva Directiva de adjudicación de contratos de concesión, los casos en que se considerará que el concesionario asume dicho riesgo operacional

De acuerdo con la nueva LCSP para que estemos ante un contrato de concesión es necesario que exista explotación. Debe existir riesgo de demanda. No debe quedar garantizado que el concesionario vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes en que hubiera incurrido como consecuencia de la explotación de las obras.

Cabe apreciar otro ámbito en el que la concesión adquiere una especial relevancia, es en el ámbito del dominio público, en cuanto institución mediante la cual los particulares pueden acceder a su aprovechamiento. Utilizando la figura de la concesión demanial, pretende que la vinculación del Ayuntamiento con la actividad se limite a un control genérico del cumplimiento, por parte del concesionario, de las obligaciones que se le impongan en la concesión, por lo tanto, no tendrá que regular el régimen jurídico básico del servicio.

Si se opta por la figura de la concesión demanial, habrá que estar a lo dispuesto en los artículos 74.1, 78 y siguientes del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales. La remisión que hace este Reglamento a la normativa contractual se ha de entender derogada por lo dispuesto en el artículo 9.1 de la

LCSP siendo de aplicación, no obstante, esta Ley, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 20.2 en cuanto a preparación y adjudicación. Será de aplicación los artículos básicos de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, y supletoriamente el resto y su reglamento de desarrollo.

Conviene recordar que el plazo de duración de la concesión no podrá exceder de 75 años. Cuando el plazo sea menor de 75 años se podrán conceder prórrogas hasta el mencionado plazo, pero en ningún caso podrán otorgarse concesiones por tiempo indefinido.

#### **Cuarto.- El Derecho De Superficie**

El derecho de superficie se concibió como una institución de Derecho privado surgida espontáneamente por necesidad práctica de los particulares, consistente en el derecho real de levantar y conservar indefinida o temporalmente una construcción o plantación sobre o bajo el suelo o edificación ajenos. Aunque inicialmente esta figura no gozaba de una regulación específica, sino que se le aplicaba por analogía el Código Civil, con la aprobación de la primera Ley de Suelo en 1956 se le dio al derecho de superficie una regulación sustantiva, que fue modificada primero por la Ley sobre Régimen de Suelo y Ordenación Urbana de 1992 y posteriormente por la Ley de Suelo de 2008, actualmente el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana aprobado por Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre.

Actualmente el régimen jurídico del derecho de superficie se encuentra regulado en los arts. 53 y siguientes de la TRLS de 2015. El art. 53.1 del TRLLS establece una definición novedosa del derecho de superficie, estipulando que éste puede consistir, bien en realizar construcciones en la rasante y en el vuelo y el subsuelo de una finca ajena, manteniendo la propiedad temporal de las construcciones realizadas, o bien en atribuir al superficiario la propiedad temporal de construcciones ya realizadas. Con lo cual la característica que define el derecho de superficie ya no es tanto el derecho a construir sobre finca ajena, como el derecho a conservar temporalmente la propiedad de lo construido (haya sido la construcción ejecutada por el superficiario o no). En este sentido, la jurisprudencia entiende que el derecho de superficie crea, en puridad, dos relaciones jurídicas distintas (tal y como establece la STS 4 de febrero de 1993, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª): (i) una relación entre el superficiario y el dueño del suelo ajeno y (ii) otra relación entre el superficiario y la construcción. Según dicha sentencia, “la primera relación integra lo que puede llamarse el derecho de superficie en sentido estricto, (...) o sea el derecho de poder levantar en suelo ajeno una construcción propia”, mientras que la segunda relación consiste en conservar temporalmente la propiedad superficiaria sobre lo construido.

Otra novedad que introdujo la Ley de Suelo de 2008 y continua en el actual TRLS es que “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” (art. 53.2 TRLS). Este precepto pone fin a la discusión doctrinal que se venía manteniendo sobre si la inscripción registral del derecho de superficie gozaba de carácter constitutivo o meramente declarativo, dejando claro y sin lugar a interpretaciones subjetivas que la inscripción registral es requisito constitutivo del derecho de superficie. El plazo de duración del derecho de superficie, no podrá exceder de noventa y nueve años.

A este respecto ha de tenerse en cuenta que según el art. 53.4 del TRLS, el derecho de superficie se va a regir:

1º Por los artículos 53 y 54 del TRLS de 2015

2º Por la legislación civil

3º Por el título constitutivo del derecho

En resumen y relacionándolo con el apartado anterior podemos concluir que son figuras afines y diferentes.

“La concesión (también denominada “concesión administrativa de obras públicas”) es una figura genuinamente administrativa toda vez que no ha sido objeto, como tantas otras, de importación y adaptación desde el Derecho privado, sino que se ha gestado directa e inicialmente en el Derecho administrativo.” La primera característica esencial de la concesión administrativa es, por tanto, su carácter público: a diferencia del derecho de superficie, que puede ser otorgado tanto por sujetos particulares como públicos (art. 53.2 TRLS in fine), solamente la Administración puede otorgar una concesión administrativa.

La segunda característica esencial de la concesión administrativa es el énfasis en la explotación. A diferencia del derecho de superficie, que viene definido por el otorgamiento de la propiedad temporal sobre una construcción, dejando a la libertad de las partes el uso que se haga de esa construcción, la concesión administrativa se caracteriza por tener una finalidad de uso muy concreta y regulada por un pliego de condiciones administrativas. La concesión administrativa “supone la transferencia a favor de (un) particular de una función que ha de ejercitar en interés general”, pero la titularidad tanto de la función pública como del bien sobre la que recae siguen siendo de la Administración concedente. Esto es, la concesión no implica una cesión plena del dominio público, sino únicamente la cesión del derecho a utilizar o explotar los bienes. En contraposición, el derecho de superficie otorga al superficiario un derecho de propiedad limitado en el tiempo, esto es, una titularidad temporal sobre la construcción o edificación realizada en virtud del derecho de superficie.

Como mantiene Gutiérrez Colomina, Venancio, respecto a este punto <el derecho de superficie solo se puede constituir sobre bienes patrimoniales y no sobre bienes de dominio público. Son las autorizaciones y concesiones las

figuras que habilitan para la ocupación de los bienes de dominio público. No obstante, conviene destacar que hay un acercamiento conceptual cada vez mayor entre la concesión y el derecho de superficie. Así el art. 97 de la LPAP señala que el titular de una concesión dispone de un derecho real sobre las obras, construcciones e instalaciones fijas que haya construido, y además que la concesión otorga a su titular durante el plazo de validez de la concesión los derechos y obligaciones del propietario.

Por todo ello, y en base a la exposición jurídica aquí enumerada, pueden formularse las siguientes

### CONCLUSIONES

**Primero.-** Si la residencia de ancianos es asumida como servicio público municipal deberá acudir a un contrato administrativo, normalmente de concesión de obras. Tendrá un plazo de duración limitado, el cual se calculará en función de las obras y de los servicios que constituyan su objeto, la duración máxima de la misma no podrá exceder del tiempo que se calcule razonable para que el concesionario recupere las inversiones realizadas para la explotación de las obras o servicios.

**Segundo.-** Si se trata de un bien de dominio público, pero no se ha asumido como tal el servicio público, podrá instrumentarse a través de una concesión demanial, contrato excluido de la LCSP, y regulado básicamente en la Ley 33/2003 de patrimonio de las administraciones públicas y en el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales. Por un plazo máximo de 75 años.

**Tercero.-** Finalmente el derecho de superficie puede consistir, bien en realizar construcciones en la rasante y en el vuelo y el subsuelo de una finca ajena, manteniendo la propiedad temporal de las construcciones realizadas, o bien en atribuir al superficiario la propiedad temporal de construcciones ya realizadas. Sólo se puede constituir sobre bienes patrimoniales, por un plazo máximo de 99 años.