

Informe 72/04, de 11 de marzo de 2005. "Naturaleza jurídica de una actuación compleja consistente en la cesión de un derecho de superficie, su posterior arrendamiento y un arrendamiento financiero de bienes inmuebles".

Clasificación de los informes: 2.1.5 Contratos de servicios. 2.2 Contratos privados. 18. Otras cuestiones de carácter general.

ANTECEDENTES

Por el Alcalde del Ayuntamiento de Santa Margalida (Illes Balears) se dirige consulta a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa mediante escrito redactado en los siguiente términos:

"Por parte de este ayuntamiento se plantea la viabilidad jurídica y económica de la actuación consistente en la construcción de un edificio de nueva planta para usos sociales y culturales en un solar municipal. Dentro del objeto del contrato se contemplan los servicios de mantenimiento, reparaciones, reformas necesarias, seguros, limpieza, y las demás obras de conservación y gastos de funcionamiento inherentes al edificio.

Tratándose de un solar municipal, se plantea la posibilidad de conceder la constitución sobre el mismo de un derecho de superficie para que el futuro superficiario y cesionario pueda realizar la construcción del edificio.

Dicha cesión del derecho de superficie (artículo 1611 del Código Civil y el 107 de la Ley Hipotecaria) se pretende que tenga carácter gratuito por un plazo determinado, con la obligación para el superficiario de construir el edificio de nueva planta, con todos los permisos que fueren necesarios para su funcionamiento, debiendo iniciarse las obras en el plazo de seis meses y concluirse veinticuatro meses, resolviéndose en otro caso automáticamente la cesión del derecho de superficie.

Transcurrido el período de concesión del derecho de superficie, la propiedad del edificio e instalaciones ejecutadas en el mismo deben revertir de forma automática y gratuita en favor del ayuntamiento.

Una vez que hayan sido ejecutadas la totalidad de las obras por el superficiario-cesionario, el ayuntamiento se obliga a formalizar con éste un contrato de arrendamiento del edificio, en su modalidad de renting, mediante el pago de una renta fija mensual y un canon fijo de mantenimiento del edificio.

Dicho contrato de arrendamiento, en su modalidad de renting, se pretende que tenga la misma vigencia que la concesión del derecho de superficie, finalizando ambos al mismo tiempo.

Para la adquisición de vehículos y bienes muebles es ilustrativo el informe núm. 18/2003, de 17 de noviembre, emitido por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Economía y Hacienda. No obstante, con relación al arrendamiento de edificios, ejecución de obras y al tema objeto de la consulta nada dice la Ley ni dicho informe al respecto.

En suma, lo que se plantea es la viabilidad jurídica y económica de constituir un derecho de superficie gratuito sobre un solar municipal para que el superficiario proceda a la construcción de un edificio de nueva planta para ser destinado a usos sociales y culturales municipales, para después ser objeto de arrendamiento por el ayuntamiento, en la modalidad de renting.

Por todo lo expuesto, se solicita de la Junta Consultiva de Contratación, que sea emitido Dictamen sobre los siguientes EXTREMOS:

a) Naturaleza jurídica, legislación y régimen jurídico aplicable a la operación proyectada y antes descrita.

b) Viabilidad de contratar por el ayuntamiento al superficiario el arrendamiento del edificio para usos sociales y culturales municipales, en la modalidad de renting, mediante el pago de una renta mensual y

un pago fijo para el mantenimiento del edificio.

c) Cual es la duración máxima del contrato de renting contemplado en la legislación vigente.

d) Si la operación proyectada debe o puede ser tratada como arrendamiento de cosa (renting) o, necesariamente, como arrendamiento financiero (leasing)."

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. Con carácter previo a la resolución de las cuestiones planteadas por el Ayuntamiento en su escrito de consulta ha de destacarse lo confuso de este último, que impide comprender cual sea la operación que pretende realizar el Ayuntamiento y, en consecuencia, impide también entender cumplido el artículo 82.2 del a Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común expresivo de que "en la petición de informe se concretará el extremo o extremos acerca de los que se solicita".

En efecto en el escrito de consulta se mezclan los conceptos de derecho de superficie, arrendamiento y arrendamiento financiero en términos sumamente confusos, pues después de hablar de la constitución de un derecho de superficie con plazo de construcción de veinticuatro meses para construir un edificio y que transcurrido el plazo de concesión del derecho de superficie la propiedad del edificio e instalaciones deben revertir de forma automática y gratuita al Ayuntamiento, se señala que el propio Ayuntamiento "se obliga a formalizar con éste (el superficiario cesionario) un contrato de arrendamiento del edificio en su modalidad de renting, mediante el pago de una renta fija mensual y un canon fijo de mantenimiento del edificio", Por otra parte lo confuso del planteamiento se complica cuando el escrito de consulta alude al arrendamiento financiero y cita el informe de esta Junta de 17 de noviembre de 2003 (Expediente 18/03) relativo al arrendamiento financiero o leasing de vehículos y bienes muebles, sin pronunciarse sobre el mismo supuesto aplicable a bienes inmuebles.

De lo expuesto parece desprenderse que lo que late en el fondo de la consulta es la dificultad del Ayuntamiento para financiar la construcción y el mantenimiento del edificio, por lo que esta Junta Consultiva debe limitarse a unas ideas muy generales y sencillas sobre las figuras a las que se alude en el escrito de consulta sin tratar de relacionar, como se hace en el mismo unas con otras.

2. Por lo que respecta al derecho de superficie hay que destacar la insuficiente regulación en el ordenamiento jurídico español, últimamente subsanada por la legislación del suelo y ordenación urbana (Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio). Su artículo 287.1 establece que las Entidades locales pueden constituir el derecho de superficie en terrenos de su propiedad o integrantes del patrimonio municipal del suelo con destino a la construcción de viviendas sujetas a un régimen de protección pública o a otros usos de interés social, cuyo derecho corresponderá al superficiario. El artículo 288.3 dispone que cuando el derecho de superficie se constituyere a título oneroso, la contraprestación del superficiario podrá consistir en el pago de una suma alzada por la concesión de un canon periódico o en la adjudicación de viviendas o locales o derechos de arrendamiento de unas y otros, o en varias de estas modalidades a la vez, sin perjuicio de la reversión total de lo edificado al finalizar el plazo que se hubiere pactado. Por último el artículo 289 señala que el derecho de superficie se extinguirá si no se edifica en el plazo previsto y que el plazo de duración del derecho de superficie no podrá exceder de setenta y cinco años en el concedido por los Ayuntamientos.

De los preceptos reseñados que constituyen el régimen jurídico del derecho de superficie se desprende la inviabilidad de su constitución, porque, al hablar el artículo 288.3, como forma de pago, de la adjudicación de viviendas o locales o derechos de arrendamiento de unos u otros, no parece comprender la totalidad del edificio.

3. En cuanto al arrendamiento en su doble versión de la Entidad Local como arrendadora y como arrendataria se contempla en el artículo 83 del Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, y en los artículos 11 y 92 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio y su régimen jurídico.

Es el resultante, directamente o por remisión, de los preceptos reseñados, rigiéndose en cuanto a su preparación y adjudicación por las normas de contratación y en cuanto a sus efectos y extinción por el derecho privado, en este caso, por la legislación de arrendamientos urbanos. Su duración, por tanto, extremo expresamente consultado, será la resultante de la citada legislación.

4. Por último, en cuanto al arrendamiento financiero, debe señalarse que es una modalidad del arrendamiento como expresamente lo califica el artículo 128.2 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, sin que exista ningún argumento para rechazar idéntica calificación respecto de las Entidades Locales.

Aunque es cierto que el informe de esta Junta de 17 de noviembre de 2003 (Expediente 18/03), que se cita en el escrito de consulta, se refiere fundamentalmente a arrendamiento financiero de bienes muebles, también lo es que en el citado informe y en el de 30 de enero de 1998 (Expediente 1/98) se contienen indicaciones y argumentos relativos a la admisibilidad y régimen jurídico del arrendamiento financiero o leasing de bienes inmuebles.

5. Lo expuesto no debe impedir que también se comenten aspectos básicos de la aplicación de las reglas que regulan la contratación administrativa, respecto del tema que se consulta.

En el supuesto que se plantea se pretende obtener un resultado de ejecución de obra mediante una opción que se aprecia contraria a tal sistema, toda vez que coincidiendo la existencia de la necesidad señalada se acude a una figura en la que se mezclan contratos administrativos, contrato de obras y contratos de servicios, con contratos privados, contrato de cesión de superficie y contrato de arrendamiento de un bien inmueble, que sin embargo no será utilizado por el arrendatario, para satisfacer sus propias necesidades sino para satisfacer necesidades o servicios del propio Ayuntamiento, que al parecer, después de construido el edificio a costa de un tercero ajeno a la Administración, pasa a ser arrendador.

Sin perjuicio de señalar que tal opción es un claro subterfugio para eludir la aplicación de las normas reguladoras de los contratos tipo, carece en todo caso de viabilidad por la dicción literal del artículo 6 que respecto de los contratos mixtos exige que los contratos que se contratan conjuntamente sean de la misma naturaleza administrativa, lo que impide la concurrencia de contratos administrativos y contratos privados