Asunto : Informe sobre el carácter de Canon por derecho de superficie y posibilidad de cobro por la corporación municipal.

Solicitante : **Ilmo.Ayuntamiento de Pedro Abad**

Expte. : 314/2018

INFORME JURÍDICO

ANTECEDENTES

- La Alcaldesa del Ilmo. Ayuntamiento de Pedro Abad remite escrito por el que se solicita de estos servicios jurídicos la emisión de informe jurídico relativo al carácter que posee el Canon por Derecho de Superficie a satisfacer por el superficiario a favor de la Corporación municipal así como que, dado que éste no ha realizado el mismo desde tiempo atrás, ver las posibilidades de reclamación de su ingreso por la hacienda municipal.

NORMATIVA APLICABLE

- Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana. (TRLS).
- Código Civil. (CC)
- Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía (LOUA).
- Ley 7/1999, de 29 de septiembre, de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía.
- Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (TRLHL). Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas
- Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.
- Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria

En virtud de ello, se emite el presente

INFORME

PRIMERO.- El derecho de superficie es un derecho real que se instituye como la facultad que ostenta una persona para edificar en suelo ajeno, pudiendo disfrutar de lo construido durante un plazo determinado, surgiendo como excepción al principio general de accesión, y en cuya virtud cualquier elemento edificado sobre un terreno se considera propiedad de su dueño, independientemente de quién lo haya construido.

El Código Civil, se limita a citarlo en su artículo 1.611 in fine (*...Lo dispuesto en este artículo no será aplicable a los foros, subforos, derechos de superficie y cualesquiera otros gravámenes semejantes, en los cuales el principio de la redención de los dominios será regulado por una ley especia*l), prescindiendo de cualquier tipo de regulación.

Ante esta aparente falta de regulación a nivel estatal, el legislador ha introducido a lo largo de esta última década ciertas normas para configurar la estructura de este derecho real, tarea que ha desarrollado a través de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo, modificada por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo, que a su vez ha sido recientemente derogado por el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana (en adelante TRLS), cuyos arts. 53 y 54 disponen lo siguiente :

"Artículo 53. 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.

Artículo 54. Transmisión, gravamen y extinción.

1. El derecho de superficie es susceptible de transmisión y gravamen con las limitaciones fijadas al constituirlo.

2. Cuando las características de la construcción o edificación lo permitan, el superficiario podrá constituir la propiedad superficiaria en régimen de propiedad horizontal con separación del terreno correspondiente al propietario, y podrá transmitir y gravar como fincas independientes las viviendas, los locales y los elementos privativos de la propiedad horizontal, durante el plazo del derecho de superficie, sin necesidad del consentimiento del propietario del suelo.

3. En la constitución del derecho de superficie se podrán incluir cláusulas y pactos relativos a derechos de tanteo, retracto y retroventa a favor del propietario del suelo, para los casos de las transmisiones del derecho o de los elementos a que se refieren, respectivamente, los dos apartados anteriores.

4. El propietario del suelo podrá transmitir y gravar su derecho con separación del derecho del superficiario y sin necesidad de consentimiento de éste. El subsuelo corresponderá al propietario del suelo y será objeto de transmisión y gravamen juntamente con éste, salvo que haya sido incluido en el derecho de superficie.

5. El derecho de superficie se extingue si no se edifica de conformidad con la ordenación territorial y urbanística en el plazo previsto en el título de constitución y, en todo caso, por el transcurso del plazo de duración del derecho.

A la extinción del derecho de superficie por el transcurso de su plazo de duración, el propietario del suelo hace suya la propiedad de lo edificado, sin que deba satisfacer indemnización alguna cualquiera que sea el título en virtud del cual se hubiera constituido el derecho. No obstante, podrán pactarse normas sobre la liquidación del régimen del derecho de superficie.

La extinción del derecho de superficie por el transcurso de su plazo de duración determina la de toda clase de derechos reales o personales impuestos por el superficiario.

Si por cualquier otra causa se reunieran los derechos de propiedad del suelo y los del superficiario, las cargas que recayeren sobre uno y otro derecho continuarán gravándolos separadamente hasta el transcurso del plazo del derecho de superficie."

Al profundizar en su regulación, nos encontramos con una dualidad de regímenes en lo que se refiere al derecho de superficie, y es que desde varios sectores doctrinales se ha contemplado este derecho bien desde una perspectiva civilista (cuya competencia pertenecería al Estado) o bien desde una perspectiva de instrumento de política urbana (correspondiendo en este caso su regulación a las CCAA).

Esta dualidad ha desembocado en un régimen jurídico un tanto confuso, ya que esta cuestión se ha regulado por distintas Comunidades Autónomas dotando al derecho de superficie de un marco normativo propio, ya sea fundándose en su competencia de desarrollo de los derechos civiles forales (artículo 149.1.8º Constitución Española), o en ejercicio de la competencia que tienen las Comunidades Autónomas en materia de

urbanismo (artículo 148.1.3º Constitución Española). En la Comunidad Autónoma de Andalucía, la regulación de esta figura viene de la mano de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía que, en su artículo 77, viene a disponer lo siguiente :

"Artículo 77. Derecho de superficie.

*1. Las Administraciones y demás entidades públicas, así como los particulares, podrán constituir el derecho de superficie en **bienes de su propiedad** o integrantes del patrimonio público de suelo correspondiente con destino a cualquiera de los usos permitidos por la ordenación urbanística, cuyo derecho corresponderá al superficiario.*

2. La concesión del derecho de superficie por cualquier Administración y demás entidades públicas y su constitución por los particulares gozará de los beneficios derivados de la legislación de viviendas de protección pública, siempre que se cumplan los requisitos en ella establecidos.

3. En cuanto a su régimen jurídico, se estará a lo dispuesto en la legislación estatal.

4. El procedimiento de constitución del derecho de superficie sobre suelos pertenecientes a los patrimonios públicos de suelo, se regirá por lo dispuesto en el artículo anterior para los diversos supuestos."

La normativa estatal vigente acerca del derecho de superficie -en su modalidad urbana o común, que es la que nos ocupa-, toma forma a través de los artículos 53 y 54 del TRLS ya señalados con anterioridad, el cual pese a ser una norma urbanística, debe considerarse en el caso que nos ocupa de carácter civil.

De lo anterior podemos concluir que, a efectos civiles, a la hora de constituir el derecho de superficie se aplicarán en primer lugar las previsiones del Texto Refundido de la Ley del Suelo, en segundo lugar las escasas normas de derecho civil que regulan esta institución, y finalmente lo dispuesto por las partes en virtud de su propia autonomía negocial.

El derecho de superficie se configura así como aquél que faculta a una persona, superficiario, para construir en suelo ajeno.

El superficiario es propietario de lo edificado y tiene obligación de realizar la construcción comprometida en un plazo determinado; debe también, si así se ha establecido, pagar al dueño del terreno un canon o precio, aunque también el derecho de superficie puede constituirse a título gratuito. Este derecho es, salvo cuando en el título constitutivo se hubiese establecido otra cosa, libremente transmisible “inter vivos” y “mortis causa”, y puede ser sometido a gravamen (p.ej : hipoteca).

En cuanto a su naturaleza jurídica, resulta ser un tema controvertido, si bien en la actualidad se coincide mayoritariamente en que se trata de un derecho real limitado, de goce, en cosa ajena, con sustantividad propia, aunque algunos autores lo han configurado como un gravamen sobre la propiedad o supuesto de dominio dividido.

SEGUNDO.- Ahora bien, en el asunto de autos, existen unas determinadas puntualizaciones que, sin entrar por supuesto a enjuiciar la procedencia o no de que -en su momento- el Ayuntamiento optara por la fórmula de constituir un derecho de superficie sobre una parcela dotacional (equipamiento escolar) procedente de la Reparcelación resultante de una Unidad de Actuación y no por la de la concesión de obra pública como cupiera entenderse dado el carácter dominical demanial que se le presume a dicha parcela, en cierta manera redirigen las opciones en cuanto a la naturaleza de los derechos económicos dimanantes.

I.- Una de las cuestiones conducentes es precisamente la referente a la constitución de un derecho de superficie sobre un terreno que si bien en la cláusula 1ª “Objeto”, del Pliego de Cláusulas Administrativas y Técnicas utilizado para el procedimiento de adjudicación del contrato se define como de “carácter patrimonial” (sin que conste ningún otro dato al respecto de tal circunstancia), lo cierto es que se trata de una parcela dotacional con destino a un servicio público.

Esta cuestión -procedencia o no de la constitución de un derecho de superficie sobre un bien de dominio público- ha sido a lo largo del tiempo objeto de estudio y debate por la jurisprudencia, entendida ésta en sentido amplio.

Así, la Sentencia del TSJ C. Valenciana de 4 de octubre de 2013 es contundente a la hora de determinar que no procede la constitución de un derecho de superficie sobre un bien de dominio público municipal, por cuanto:

> *"El Derecho de superficie como todo el mundo sabe siempre fue regulado por la normativa urbanística, ya lo hacían los artículos 157 a 161 de la Ley del suelo de 1956 y hoy también lo hacen los artículos 40 y 41 del Texto refundido de 2008. Es desde luego un derecho real, fuertemente limitativo del dominio, pues autoriza al superficiario a levantar un edificio en suelo ajeno. Se trata de un derecho real que implica cesión de facultades determinantes del dominio y supone un notable gravamen que afecta a la disponibilidad del bien.*
> *De aquí que, por esta consideraciones, la jurisprudencia siempre entendió que, sobre un bien de dominio público, no era posible la constitución de un derecho de superficie , porque afectaba a la inalienabilidad del bien, salvo el supuesto de desafección.*
> *En este sentido, TS sentencia de 1 de octubre de 2003:*
>
> *PRIMERO.- Habiendo quedado reducido el presente recurso al motivo segundo, acogido al apartado d) del artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción, la cuestión se reduce a determinar si la sentencia recurrida, al considerar correcta la constitución de un derecho de superficie sobre una parcela de propiedad del Ayuntamiento de Zaragoza a favor de la sociedad regional « Casa de Andalucía » , ha infringido el artículo 132 de la Constitución, los artículos 79 a 81 de la Ley de Bases del Régimen Local y los del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales, 2, 3, 4, 8 y 74 que cita expresamente, transformando indebidamente en bien patrimonial dicha parcela, cuando su naturaleza era demanial al estar afecta a un servicio público.*
> *TERCERO.- Este Tribunal ha declarado en numerosas ocasiones que la consideración demanial de un bien no viene necesariamente fijada por su inclusión o exclusión en un inventario de bienes de las Entidades Locales, sino por su afección real a un uso o servicio público, siquiera la inclusión en el catálogo pueda en principio apuntar a favor de esa naturaleza. Así la Sentencia de 28 de marzo de 1989 declaró que la realidad del destino del bien ha de prevalecer sobre la apariencia formal, y las de 5 de abril de 1993 y 23 de mayo de 2001 se manifiestan en el mismo sentido.*

Sin embargo, la circunstancia de que la parcela urbana cedida al Ayuntamiento a cambio del otorgamiento de una licencia de obras, con la finalidad -un tanto genérica- de construir una biblioteca, haya permanecido durante un cuarto de siglo sin destinarse al objeto que se había especificado en su otorgamiento, no es circunstancia que implique « per se » su desafectación al servicio público, ya haya estado primitivamente adscrita, hablando en términos urbanísticos, a cubrir necesidades de naturaleza asistencial-religiosa, ya con posterioridad se haya adscrito a fines socio-culturales. El carácter de adscripción a un servicio público resulta patente desde ambos puntos de vista, y las declaraciones de la sentencia dictada en el recurso 434/95 en nada modifican esta conclusión.

Este Tribunal (Sentencia de 21 de junio de 2002) lo único que ha confirmado es la procedencia de la modificación puntual operada en el Plan General de Zaragoza al trasponer la adscripción del terreno cuestionado de la finalidad asistencial-religiosa a la socio- cultural; pero en absoluto ha ido más allá de la pertinencia de esa modificación de carácter urbanístico, ni menos todavía se puede deducir de dicha resolución que la modificación puntual de la planificación ya existente significase el equivalente a una desafectación del carácter demanial del bien inmueble inventariado como tal.

Ha de concluirse, por todo lo razonado, que asiste la razón a los recurrentes cuando denuncian la infracción de lo dispuesto en los artículos 79, 80 y 81 de la LBRL y 2, 3, 4, 8 y 74 del Reglamento de Bienes, desde el momento en que se ha constituido un derecho real de superficie sobre un bien de carácter demanial prescindiendo del expediente que regula el artículo 8 del Reglamento citado, lo que ha de determinar la casación de la sentencia recurrida por el motivo invocado.

También en este sentido, la ST de 5 de octubre de 1993. El TS desestima el recurso de apelación interpuesto contra sentencia que confirmó el acuerdo del Ayuntamiento de Castro Urdiales (Cantabria) que declaró la caducidad de una concesión administrativa para la explotación de un bar situado en parque público, ya que al tratarse de una instalación en dominio público -carácter inembargable e imprescriptible-, no es factible el establecimiento de derechos reales, como el censo enfitéutico, tal y como pretende el apelante.

QUINTA.- Por otra parte, los preceptos en que se funda el Ayuntamiento para deducir que la constitución de un derecho de superficie no contradice la inalienabilidad del demanio, no van referidos a esa situación, ni la justifican.

Efectivamente el art. 40 del TR de 2008 única y exclusivamente establece el aspecto subjetivo del constituyente del derecho de superficie , nada dice sobre sus elementos objetivos, ni mucho menos si, ese derecho, puede constituirse sobre bienes de dominio público

El art. 97 de la Ley 33/2003, de patrimonio de las administraciones públicas, sólo autoriza a la constitución de hipotecas sobre las construcciones e instalaciones derivadas de una concesión, en determinados supuestos, pero esto no implica que pueda constituirse cualquier tipo de derecho real, sobre cualquier bien de dominio público. Es más para que esto sea posible, en el ámbito municipal en el que nos movemos, es absolutamente indispensable la desafección del bien.

En fin, es verdad que el art. 267 de la LUV permite a las entidades locales la constitución del derecho de superficie , « con destino a la construcción de viviendas, servicios complementarios, instalaciones comerciales e industriales u otros usos determinados en los planes urbanísticos o de ordenación del territorio » , pero esto no quiere decir que, pueda olvidarse la teleología, señalada por la norma, para justificar este tipo de operaciones o que, en la constitución de ese derecho, no deba respetarse el régimen de bienes que determina la ley y los principios que señala el art. 132 de la CE, con lo que el carácter substancial de la inalienabilidad, tendrá un valor absolutamente limitativo de forma que, salvo en los supuestos que la propia ley determine, no podrán constituirse limitaciones al dominio público, que impliquen enajenación de facultades.

Por todo ello y contrariamente, a lo que postula el ayuntamiento, entendemos que no es posible la constitución de un derecho de superficie sobre un bien del dominio público municipal."

Conviene pararse en este asunto siquiera para señalar que a tenor de ello, en el caso que nos ocupa, estaríamos ante un bien demanial sobre la base no ya de lo que la jurisprudencia ha venido señalando de forma continua, sino porque el artículo 2.2 de la Ley 7/1999, de 29 de septiembre, de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía (en el texto que estuvo vigente hasta el 23 de Julio de 2010, pues este artículo fue derogado por el apartado 4º del número 1 de la Disposición Derogatoria Única de Ley 5/2010, 11 junio, de Autonomía Local de Andalucía, es decir, con posterioridad a la incoación del expediente municipal analizado), se disponía que : "*...2. Son bienes de dominio público los destinados a un uso o servicio público y los comunales. Tienen la consideración de comunales aquellos*

bienes cuyo aprovechamiento corresponde al común de los vecinos.", lo que unido a lo dispuesto en el artículo 72 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía (LOUA), respecto de los bienes que formarían parte de los patrimonios públicos de suelos -y por tanto susceptibles de constituir sobre los mismos derechos de superficie, a tenor de lo previsto en el artículo 77.1 de esta misma Ley-, nos conduciría irremisiblemente a la demanialidad del bien sobre el que se realizó en su día el negocio jurídico traído a colación.

A tenor de ello, resulta obvio que un negocio jurídico sobre una parcela de carácter dotacional adscrita a un servicio público habría sido en mejor forma o bien una concesión de obra pública o bien un contrato de gestión de servicio público con obra incluida, en función de si el coste de una prestación es superior a la otra, aunque todo indica que en el presente caso se trataría de lo primero.

II.- Los tribunales contractuales de carácter administrativo también han tenido ocasión de pronunciarse sobre el cuestionamiento a que nos estamos refiriendo, y así por ejemplo la Resolución de 20 de noviembre de 2014 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) resolvió anular pliego y procedimiento de licitación para la cesión del derecho de superficie sobre suelos de una entidad local para la instalación de un área de estacionamiento y servicio de vehículos. Y es que la cuestión no ha dejado de generar dudas. Así, existen diversos pronunciamientos de la Junta Consultiva de Contratación del Estado que afirman, bajo la vigencia de diferentes normas de contratación, el carácter privado del contrato para la constitución de un derecho de superficie para la construcción de una cafetería (Informe 43/2007) o un hotel privado (Informe 37/2010). Pero la propia Junta ha afirmado igualmente que pretender utilizar un derecho de superficie, contrato privado, junto a otros contratos de diferente naturaleza, para lograr la ejecución de una obra que satisfaga las necesidades de la propia Administración licitante trasladando el coste de construcción a un tercero, "es un claro subterfugio para eludir la aplicación de las normas reguladoras de los contratos tipo" que vulnera, además, la regulación de los contratos mixtos entonces vigentes (Informe 72/2004). El propio TACRC apunta otros precedentes en los que la constitución de derechos de superficie se ha considerado contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, contrato administrativo especial o, como se acaba de precisar, contrato estrictamente privado (FD 3º.B.b) -el TACRC conoce de un recurso especial en relación con un procedimiento para la adjudicación del derecho de

superficie sobre terreno municipal para la instalación de un área de estacionamiento y servicio de vehículos pesados. El adjudicatario había de abonar un canon anual al ayuntamiento durante los noventa y nueve años por los que se constituía el derecho de superficie, obligándose en lo esencial a acometer obras y poner en marcha un área de estacionamiento y servicios que habría de expropiar durante el citado plazo, transcurrido el cual toda la instalación revertiría al ayuntamiento. El TACRC admite que, potencialmente, tanto la legislación sectorial autonómica, especialmente urbanística, como la reguladora del patrimonio y la estatal de suelo permiten que la explotación de bienes patrimoniales tenga lugar mediando la constitución de derecho de superficie, pero advierte que "la adjudicación del derecho deberá ajustarse a las previsiones del TRLCSP en la medida en que la relación jurídica que se articula sea la propia de un contrato de concesión de obras" (FD 3º.C.b)-.

En el caso, y dejando al margen la posterior consideración del contrato como sujeto a regulación armonizada, el TACRC considera que nos encontramos ante un contrato típico de concesión de obra. El adjudicatario del derecho de superficie se compromete a ejecutar una obra para la instalación de un área de estacionamiento y servicio de vehículos pesados, a explotarla durante un plazo de noventa y nueve años o el inferior que fije en su oferta y, aun cuando el pliego no lo señale expresamente, a obtener su retribución de los usuarios en los términos que precise el estudio de viabilidad que los licitadores están obligados a presentar como un contenido más de la memoria técnica. Una vez más la aplicación de la normativa de contratación del sector público se impone, cuando concurran los presupuestos en ella establecidos, sobre la normativa patrimonial u otras normas sectoriales alterándose así sustancialmente el régimen anterior de los negocios jurídicos de que se trate

Entiéndase todo lo anterior no como una puesta en cuestión o entredicho de lo actuado por el Ayuntamiento a la hora de tratar y tramitar en su día el correspondiente expediente; en absoluto, pues ante todo cabe respetar la autonomía de la voluntad de la entidad local a la hora de emprender a su juicio la que entendió como fórmula más adecuada para los intereses generales; sino que por el contrario, lo que se pretende con tal argumentación jurídica no es otra cosa que razonar que, pese al carácter privado que a priori impregna la constitución del derecho de superficie, lo cierto es que subyace una naturaleza pública del negocio jurídico llevado a cabo por el Ayuntamiento que, junto a los argumentos que posteriormente se exponen, traen como consecuencia que los derechos

económicos dimanantes de tal acto adquieran el carácter de ingresos de derecho público no tributarios.

Dicho sea esto en el sentido de que, si el canon establecido respecto del cumplimiento del negocio jurídico arbitrado por la corporación ha dimanado no de un contrato de derecho privado en sentido estricto sino de un contrato administrativo como cabría entender de la actuación puesta de manifiesto por el Ayuntamiento, resulta evidente que los derechos económicos consecuencia de éste lo son de carácter público, como veremos a continuación.

Junto a ello, en orden a la presumible demanialidad de los terrenos afectados por tal contrato administrativo, necesariamente tenemos que hacer mención igualmente de lo previsto por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (TRLHL), el cual en su artículo 3,3, dispone de forma específica y taxativa que : "*3. En ningún caso tendrán la consideración de ingresos de derecho privado los que procedan, **por cualquier concepto**, de los bienes de dominio público local.".* Circunstancia ésta que deviene del hecho que ya hemos analizado respecto de la naturaleza de los bienes que forman parte del contrato llevado a cabo.

En una clasificación más pertinente que la básica de público/privado, que distingue los ingresos locales en función de cuál es el régimen jurídico que permite a la entidad local obtener la financiación que soporte su suficiencia financiera, son ingresos de Derecho público todos aquellos en los que la entidad local aparece provista de sus potestades inherentes a su cualidad de Administración pública (ingresos tributarios, operaciones de endeudamiento, multas y sanciones, etc.), en tanto que son ingresos de Derecho privado aquellos cuya operativa depende de la sujeción a normas de Derecho privado, aun matizadas por la inevitable tramitación de los expedientes oportunos conforme al Derecho administrativo. Es por ello que, bajo ese prisma, se excluye expresamente por la Ley del concepto privado a los ingresos que puedan proceder de los bienes de dominio público, bajo cualquier fórmula que se haya utilizado para ello, entre ellas, obviamente, la de los contratos administrativos.

En este ámbito obviamente tenemos que acudir a lo dispuesto en el artículo 2.2. del TRLHL que viene a disponer que : "...*2. Para la cobranza de los tributos y de las cantidades*

que como ingresos de derecho público, tales como prestaciones patrimoniales de carácter público no tributarias, precios públicos, y multas y sanciones pecuniarias, debe percibir la hacienda de las entidades locales de conformidad con lo previsto en el apartado anterior, dicha Hacienda ostentará las prerrogativas establecidas legalmente para la hacienda del Estado, y actuará, en su caso, conforme a los procedimientos administrativos correspondientes.".

TERCERO.- Partiendo de la premisa de que la Administración está vinculada a un tercero en base a los Pliegos aprobados en su momento, debe ser tenido en cuenta pues que los mismos devienen ley del contrato, independientemente de la controversia sobre la fórmula escogida. Así, la Sentencia del TS de 12 de mayo de 1992 nos recuerda que el Pliego de condiciones por las que se rige un procedimiento de contratación administrativa constituye la ley del contrato, debiendo someterse a sus reglas tanto la Administración contratante como quienes soliciten tomar parte en el mismo, especialmente cuando no hubieran impugnado previamente sus bases.

Ahora bien, el contrato administrativo es un acto administrativo, y como tal acto administrativo le es aplicable lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que, en su artículo 98 dispone que :

1. Los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo serán inmediatamente ejecutivos, salvo que:

a) Se produzca la suspensión de la ejecución del acto
b) Se trate de una resolución de un procedimiento de naturaleza sancionadora contra la que quepa algún recurso en vía administrativa, incluido el potestativo de reposición.
c) Una disposición establezca lo contrario.
d) Se necesite aprobación o autorización superior.

2. Cuando de una resolución administrativa, o de cualquier otra forma de finalización del procedimiento administrativo prevista en esta ley, nazca una obligación de pago derivada de una sanción pecuniaria, multa o cualquier otro derecho que haya de

abonarse a la Hacienda pública, éste se efectuará preferentemente, salvo que se justifique la imposibilidad de hacerlo, utilizando alguno de los medios electrónicos siguientes:

a) Tarjeta de crédito y débito
b) Transferencia bancaria
c) Domiciliación bancaria
d) Cualesquiera otros que se autoricen por el órgano competente en materia de Hacienda Pública.

Artículo este que hay que poner en relación con el 99 y ss. de la misma Ley en cuanto que regulan la ejecución forzosa de los actos administrativos y los medios para la misma, respetando siempre el principio de proporcionalidad.

Entre dicho medios se hace expresa referencia al apremio sobre el patrimonio, disponiendo el artículo 101.1 que : "*1. Si en virtud de acto administrativo hubiera de satisfacerse cantidad líquida se seguirá el procedimiento previsto en las normas reguladoras del procedimiento de apremio….*"

Es decir, si del contrato -como acto administrativo que es- se derivan derechos a favor de la administración actuante que, de alguna manera, son incumplidos por la otra parte, aquella, revestida de una serie de facultades legales para ello, puede actuar contra la parte incumplidora ejerciendo tales facultades coercitivas.

Es por ello que, a razón de lo expuesto en el punto anterior de este informe, cabe señalar que, aun teniendo en cuenta que ha habido discusiones doctrinales y que puede haber determinados argumentos para considerar que pudiera tratarse de un ingreso de derecho privado, lo cierto es que los tribunales, cuando hablamos de contratos administrativos o de ingresos provenientes de actos administrativo, se han manifestado en múltiples ocasiones a favor de la naturaleza pública del ingreso.

Así tenemos por ejemplo la STS Sala 3ª, 30-05-2000, (rec. 5746/1994), que en su fundamento de derecho cuarto manifiesta : "*CUARTO.- Ha de destacarse que este contrato ha de ser prioritariamente regido según lo que resulta del art. 112 del Real Decreto Legislativo 781/86, de 18 de Abril EDL 1986/10119 , por las disposiciones de éste, de la*

restante legislación sobre contratos del Estado , y por las demás normas del Derecho Administrativo, porque ostenta un carácter y una naturaleza administrativa, obviamente derivada de la evidente circunstancia del fin público a cuya satisfacción se orienta, la construcción de viviendas en los términos mencionados, y de todos los antecedentes expuestos, como recoge con acierto la sentencia de Instancia sobre la base de la jurisprudencia de esta Sala que cita, y sobre la base, después, añadimos, de otras sentencias de la misma como las de 11 de Junio de 1996 EDJ 1996/6866 y 23 de Enero de 1998 EDJ 1998/440 , a cuyo tenor, aunque se tratara de un contrato de compraventa, se sitúa en el orden administrativo como permite el art. 7 de la Ley de Contratos del Estado EDL 1965/63 , por razón de su finalidad expresada, del compromiso del Ayuntamiento de correr con los gastos de urbanización, de su cuantía y de las demás circunstancias y características de la compraventa, que parecen requerir, en su conjunto, la especial tutela del interés público para el desarrollo del contrato y porque, además, dicha finalidad de la compraventa se enmarca dentro de las competencias municipales, por lo que la indiscutible naturaleza administrativa del contrato en cuestión impone la consecuencia de que el conocimiento del litigio corresponde a esta Jurisdicción Contencioso Administrativa, lo que da lugar a la desestimación de ese primer motivo del recurso de casación….".

En cuanto al carácter administrativo intrínseco del contrato, el propio Pliego de Cláusulas Administrativas y Técnicas particulares de éste, en su cláusula 23ª "*Jurisdicción competente*", no deja lugar a dudas de ello, pues sin perjuicio de lo previsto en su cláusula 22ª precedente (Régimen Jurídico), se señala con meridiana claridad que : "*las cuestiones litigiosas surgidas de la interpretación, modificación, resolución y efectos de los contratos serán resueltas por los Organos de Contratación, cuyas resoluciones agotarán la vía administrativa y abrirán la vía Contencioso-Administrativa, a tenor de la Ley de dicha jurisdicción.". .* Resulta obvio pues que cualquier efecto resultante o dimanante del contrato a que nos estamos refiriendo es ajeno a cualquier otra jurisdicción que no sea la Contenciosa-Administrativa.

A tenor de cuanto antecede cabe pues, a juicio del que suscribe, considerar que estamos ante un canon concesional exigido contractualmente por el Ayuntamiento, el cual tiene el carácter de ingreso de derecho público, en orden a que deriva del ejercicio de sus potestades públicas que emanan de un contrato administrativo como fué el contrato suscrito

en su día que en esencia -como hemos tenido ocasión de analizar- fué un negocio jurídico de carácter público.

Esta naturaleza de ingreso de derecho público es distinta de la de los ingresos de naturaleza tributaria, ya que el canon previsto en el contrato suscrito no se corresponde, a nuestro juicio ni con el concepto de tasa o precio público, ni con un impuesto ni con una contribución especial, puesto que deriva del contrato administrativo celebrado entre las partes

En virtud de ello, para la satisfacción de tal ingresos de derecho público la Hacienda Local, de conformidad con el artículo 2.2 del TRLHL, ostentaría las prerrogativas establecidas legalmente para la hacienda del Estado, y actuará, en su caso, conforme a los procedimientos administrativos correspondientes. Este precepto nos remite, en cuanto al cobro, procedimientos y régimen jurídico aplicable, a la legislación presupuestaria estatal, hoy Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, la cual, en su artículo 25, regula la prescripción de las obligaciones en los siguientes términos:

"1. Salvo lo establecido por leyes especiales, prescribirán a los cuatro años:

a) El derecho al reconocimiento o liquidación por la Hacienda Pública estatal de toda obligación que no se hubiese solicitado con la presentación de los documentos justificativos. El plazo se contará desde la fecha en que se concluyó el servicio o la prestación determinante de la obligación o desde el día en que el derecho pudo ejercitarse.
b) El derecho a exigir el pago de las obligaciones ya reconocidas o liquidadas, si no fuese reclamado por los acreedores legítimos o sus derechohabientes. El plazo se contará desde la fecha de notificación, del reconocimiento o liquidación de la respectiva obligación.

2. Con la expresada salvedad en favor de leyes especiales, la prescripción se interrumpirá conforme a las disposiciones del Código Civil.

3. Las obligaciones a cargo de la Hacienda Pública estatal que hayan prescrito, serán baja en las respectivas cuentas, previa tramitación del oportuno expediente."

Igualmente, en buena lógica, cabría pronunciarse en orden a que, ya que la acción de cobro emana de un contrato administrativo, y el plazo de cuatro años es el que unánimemente se considera como plazo de prescripción para exigir el cobro de cantidades por parte de los contratistas, se entiende no resultaría de recibo que para exigir el cobro de cantidades por parte de la administración el plazo de prescripción fuera otro distinto con mayor amplitud de tiempo.

Así pues, y de acuerdo con el apartado a) del art. 25.1 transcrito, el Ayuntamiento disponía de un plazo de cuatro años para liquidar a su favor la obligación de pago de canon del concesionario (superficiario, en términos del propio contrato), plazo a contar desde la fecha en que su derecho pudo ejercitarse. Tomando en consideración este plazo, a salvo de actuaciones interruptivas, la prescripción habrá operado para aquellos cánones que correspondieran a liquidaciones que tenga una antigüedad superior a dicho periodo.

Por tanto, a juicio del que suscribe, la conclusión de todo cuanto se ha expuesto es que, respecto del canon establecido en el documento contractual de referencia, estamos ante un ingreso de derecho público, y como tal podría haber sido exigido por el Ayuntamiento por la vía de apremio con aplicación de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria y el Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación, siéndole de aplicación al mismo los plazos prescriptivos para su exigencia y recaudación que se disponen en dichas normas.

Es cuanto tengo que informar, señalando que la opinión jurídica que se recoge en el presente informe se somete a la de cualquiera otra mejor fundada en derecho.

Córdoba, a 10 de diciembre de 2018.

El Consultor Técnico adscrito al Servicio de Asesoría Jurídica. Diputación de Córdoba. **José Antonio Del Solar Caballero.**