

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 1686/2025, de 18 de diciembre de 2025

Sala de lo Contencioso administrativo

Rec. n.º 7577/2022

SUMARIO:

Contratación administrativa. Concesión de derecho superficie. Vivienda social. Naturaleza contrato y órgano jurisdiccional competente. Contratos privados y contratos administrativos. Jurisdicción competente.

El derecho real de superficie se define en la vigente Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana, texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, como aquel que "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", pudiendo constituirse también 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.

La diferente calificación de un contrato como administrativo o administrativo especial o como privado da lugar a un régimen jurídico diferente, singularmente, en lo que se refiere a sus efectos y extinción.

Tendrán carácter administrativo, los contratos que se celebren por una Administración Pública, consignándose, por un lado, los llamados contratos típicos (obra, concesión de obras públicas, gestión de servicios públicos -actualmente, concesión de servicios-, suministro, servicios y el ya desaparecido de colaboración entre el sector público y el sector privado) y, por otro lado, los contratos administrativos especiales, de objeto distinto a los anteriores, pero que cuentan con una vinculación al giro o tráfico específico de la Administración contratante o satisfacen de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla.

Hay que diferenciar dos modalidades en el contrato de constitución del derecho de superficie sobre bienes patrimoniales de la Administración -cabe recordar que no cabe constituir tal derecho sobre bienes demaniales. La diferencia entre una y otra modalidad estriba en la finalidad perseguida por la Administración al celebrar el contrato, de suerte que una relación jurídica concreta ofrece naturaleza administrativa cuando en su causa se advierte la presencia de un fin público como elemento esencial, no actuando como cualquier entidad privada, pues si así lo hace, el negocio tendrá carácter privado. El interés público concurrente no justifica que la Administración se despoje de sus prerrogativas ni que se prescinda de las garantías del procedimiento administrativo, lo que ocurre con aquellos contratos destinados a edificar viviendas de protección oficial.

En este caso el contrato de derecho de superficie constituido sobre bienes patrimoniales municipales, al ser su finalidad la satisfacción directa de un interés público de competencia municipal ("*Promoción y gestión de la vivienda de protección pública con criterios de sostenibilidad financiera*") estamos ante un contrato administrativo especial por lo que su resolución requiere seguir un procedimiento específico del que se ha prescindido, y la jurisdicción competente no será la civil sino la contencioso administrativa.

PONENTE: JOSE LUIS GIL IBAÑEZ

Magistrados:

JOSE MANUEL BANDRES SANCHEZ-CRUZAT

Síguenos en...



EDUARDO CALVO ROJAS
JOSE LUIS GIL IBAÑEZ
BERTA MARIA SANTILLAN PEDROSA
JUAN PEDRO QUINTANA CARRETERO
MARIA PILAR CANCER MINCHOT
MARGARITA DEL CARMEN BELADIEZ ROJO

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1.686/2025

Fecha de sentencia: 18/12/2025

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 7577/2022

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 09/12/2025

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Gil Ibáñez

Procedencia: T.S.J.MADRID CON/AD SEC.2

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 003

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: 7577/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Gil Ibáñez

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 003

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1686/2025

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat, presidente

D. Eduardo Calvo Rojas

D. José Luis Gil Ibáñez

D.^a Berta María Santillán Pedrosa

D. Juan Pedro Quintana Carretero

D.^a Pilar Cancer Minchot

D.^a Margarita Beladiez Rojo

En Madrid, a 18 de diciembre de 2025.

Esta Sala ha visto el recurso de casación número 7577/2022 interpuesto por el procurador de los tribunales D. José María Posada Fernández, en representación de Los Lagos del

Síguenos en...



Este, Sociedad Cooperativa Madrileña, con la asistencia letrada de D. José María Ayala de la Torre, contra la sentencia de 19 de julio de 2022, dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso de apelación número 517/2021, sobre resolución del contrato de derecho de superficie, en el que ha intervenido como parte recurrida la procuradora de los Tribunales D.ª María del Mar Gómez Rodríguez, en representación del Ayuntamiento de Parla (Madrid), con la asistencia letrada de D.ª Julia Valdivieso Ambrona.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José Luis Gil Ibáñez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-Por resolución de 23 de febrero de 2017, de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Parla (Madrid), se acordó:

"1.- La resolución del contrato del derecho de superficie constituido sobre las parcelas B1D, D-3-1 y K2A del sector 4bis «Residencial Este» (expte. 3/11), a favor de Edimed Gestión, S.L., Los Lagos del Este S. Coop. Mad., e Intercom Iberica Trade Consulting S.L., respectivamente, motivado por los incumplimientos del contrato de las citadas entidades puestos de manifiesto en los informes Técnicos adjuntos al expediente; en virtud de lo dispuesto en los Pliegos de Cláusulas Administrativas y de Prescripciones Técnicas que rigen el contrato, con el alcance previsto en el otorgando segundo de la escritura pública formalizada con fecha 28 de octubre de 2011, con número de protocolo 509, ante el notario de Madrid, Doña Carmen de Diego Agüero; y en consecuencia, la extinción del citado derecho de superficie, con reversión de las parcelas a favor del Ayuntamiento de Parla.

2.- La incautación de la garantía definitiva que se constituyó en metálico por importe de 610.169,29€, con fecha 21 de septiembre de 2011.

3.- La apertura de procedimiento de fijación y valoración de daños y perjuicios causados a la Administración.

4.- Notificar el presente acuerdo a las entidades adjudicatarias, así como a cualesquiera otros interesados en el procedimiento".

SEGUNDO.-Disconforme con dicha resolución, Los Lagos del Este, Sociedad Cooperativa Madrileña interpuso recurso contencioso-administrativo que, seguido por los trámites del procedimiento ordinario con el número 180/2017 en el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 8 de Madrid, terminó por sentencia de 3 de junio de 2021, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

"PRIMERO.- Desestimo el recurso interpuesto por la representación de Los Lagos del Este S.Coop.MaD., contra Resolución de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Parla, de fecha 23 de febrero de 2017, que acuerda la resolución de derecho de superficie sobre las parcelas b1d, d31 y k2a, Resolución que confirmo por considerarla adecuada a derecho.

SEGUNDO.- Con imposición de las costas procesales a la parte recurrente en los términos y con la limitación prevista en el último de los fundamentos de derecho de esta resolución."

TERCERO.-Notificada dicha sentencia a las partes, por la entidad actora se interpuso recurso de apelación, que se siguió con el número 517/2021 en la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, terminando por sentencia de 19 de julio de 2022, cuya parte dispositiva dice:

"Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la entidad Los Lagos del Este, Sociedad Cooperativa Madrileña, contra la sentencia de fecha 3 de junio de 2021 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 8 de Madrid, en el Procedimiento Ordinario número 180/2017 .

Con condena en costas a la recurrente, si bien con la limitación señalada en el último FD de esta sentencia."

CUARTO.-Notificada la sentencia, se presentó escrito por la representación procesal de Los Lagos del Este, Sociedad Cooperativa Madrileña, manifestando su intención de interponer recurso de casación y la Sala, por auto de 10 de octubre de 2022, tuvo por preparado el recurso, con emplazamiento de las partes ante esta Sala del Tribunal Supremo.

QUINTO.-Recibidas las actuaciones en este Tribunal, por auto de 22 de noviembre de 2023, dictado por la Sección de Admisión se acordó:

"1.º) Admitir el recurso de casación n.º 7577/2022, preparado por la representación procesal de Los Lagos del Este, Sociedad Cooperativa Madrileña, contra la sentencia n.º 467/2022, de 19 de julio de 2022, dictada por Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda . en el recurso de apelación n.º 517/2021.

2.º) Declarar que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en:

Si el contrato de constitución de derecho de superficie sobre terrenos de propiedad municipal destinados directamente al servicio público de dotación de vivienda social a colectivos vulnerables (jóvenes y personas de la tercera edad) es un contrato administrativo especial o un contrato privado, a los efectos de poder determinar el orden jurisdiccional competente.

3.º) Identificar como normas jurídicas que, en principio, habrán de ser objeto de interpretación las contenidas en los artículos: 19.1 letra b) de la Ley 30/2007 [actual art. 25.1 letra b) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público , en relación con el art. 4.1 letra p) de la Ley 30/2020 (actual art. 9.2 de la Ley 9/2017) e infracción de la jurisprudencia aplicable y en los artículos: 9.2 y 4 de LOPJ : 2 b), 3.a), 69.a) y 70 de la LJCA ,; 465.3 de la LEC ; 21.2 de la Ley 30/2007 .

Ello sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, ex artículo 90.4 LJCA .

[...]"

SEXTO.-La parte recurrente presentó, con fecha 10 de enero de 2024, escrito de interposición del recurso de casación en el que solicitó:

"[...] fije doctrina que declare que independientemente de que el contrato adopte una forma jurídico privada típica, cuando dicho contrato esté dirigido de forma directa e inmediata a la satisfacción de una finalidad pública, servicio público o a servir de instrumento al ejercicio de una determinada competencia, ha de ser calificado de contrato administrativo especial, quedando sometido al régimen jurídico previsto en el artículo 25.2 de la Ley 9/2017 (artículo 19.2 de la Ley 30/2007) y a la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo conforme al artículo 27.1 a) de la Ley 9/2017 (artículo 21.1 de la Ley 30/2007).

En particular, que se declare que el contrato de constitución de derecho de superficie sobre terrenos de propiedad municipal destinados directamente al servicio público de dotación de vivienda social a colectivos vulnerables (jóvenes y personas de la tercera edad) es un contrato administrativo especial, quedando sometido al régimen jurídico previsto en el artículo 25.2 de la Ley 9/2017 (artículo 19.2 de la Ley 30/2007) y a la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo conforme al artículo 27.1 a) de la Ley 9/2017 (artículo 21.1 de la Ley 30/2007).

[...]

se declare que la sentencia de instancia ha infringido los artículos considerados vulnerados en el presente recurso de casación, procediendo a su anulación.

En particular, solicita de la Sala que, con estimación del recurso, case la sentencia recurrida y, en consecuencia, la anule, de manera que se reconozca el carácter administrativo especial del contrato de constitución de derecho de superficie objeto del presente procedimiento y, con previo reconocimiento de la competencia del orden contencioso-administrativo para conocer de la cuestión suscitada en relación con la resolución del contrato, acuerde que la nulidad de pleno derecho de la Resolución del derecho de superficie sobre las parcelas B1 D, D-3.1 y K2A acordada por la Resolución de la Junta de Gobierno Local de 23 de febrero de 2017 por haber prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido [artículo 47.1 e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre], con infracción de lo dispuesto en el artículo 195.2 y 3 a) de la Ley 30/2007, al no haberse solicitado informe del Servicio Jurídico de la entidad local ni del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, tal y como exige este precepto [actual artículo 191.2 y 3 a) de la Ley 9/2017].

Subsidiariamente, para el caso de que se considere que la calificación del contrato como privado es correcta, se solicita de la Sala a la que tenemos el honor de dirigirnos que, con estimación del recurso, case la sentencia recurrida y, en consecuencia, la anule, en tanto que acuerda la desestimación total del recurso de apelación, ordenando que se vuelva a dictar una sentencia de estimación parcial del recurso de apelación en la que se acuerde la anulación del pronunciamiento de la instancia acerca de la concurrencia de una causa de resolución del contrato, pronunciamiento judicial que en el caso de que el contrato fuera privado sería nulo de pleno derecho al haberse formulado con absoluta falta de competencia para ello ex artículo 225.1º de la LEC 1/2000 ."

SÉPTIMO.-Dado traslado a la parte recurrida para que manifestara su oposición al recurso de casación, así lo hizo por escrito de 4 de marzo de 2024, en el que solicitó se:

"dicte sentencia declarando no haber lugar al mismo y confirmando en todos sus extremos la sentencia de fecha 3 de junio de 2021 dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo Nº 8 de Madrid e imponiendo al recurrente las costas del presente proceso."

OCTAVO.-Conclusas las actuaciones, se señaló para votación y fallo el día 9 de diciembre de 2025, fecha en que tal diligencia ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto y planteamiento del recurso de casación

1. La sentencia impugnada

La sentencia de 19 de julio de 2022, dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, impugnada en este recurso de casación, desestima el recurso de apelación número 517/2021, dirigido contra la sentencia de 3 de junio de 2021, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 8 de Madrid, que había desestimado el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución de 23 de febrero de 2017, de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Parla (Madrid), que había acordado la resolución, por incumplimiento, de un contrato de derecho de superficie constituido sobre parcelas de titularidad municipal, además de la incautación de la garantía definitiva y la apertura de un procedimiento para la fijación y valoración de los daños y perjuicios causados a la Administración.

En la sentencia del Juzgado se reseñan los antecedentes fácticos de interés y se comienza el análisis de los tres principales motivos de impugnación formulados por la parte demandante, comenzando por el relativo a la naturaleza del contrato de concesión del derecho de superficie, considerando que es un contrato privado, no administrativo, habiendo concedido el Ayuntamiento a los concesionarios un plazo para alegaciones, tras el cual, y conforme a los informes técnicos pertinentes, se dispuso la resolución al amparo

de la cláusula 12 del Pliego de Cláusulas Administrativas, no siendo, en consecuencia, aplicables los trámites que se exigirían si se estuviera ante un contrato administrativo, comentando seguidamente las razones del retraso y constatando el incumplimiento apreciado en la resolución del Ayuntamiento, que declara adecuada a Derecho.

La sentencia en apelación, aquí recurrida en casación, tras delimitar el debate en la segunda instancia reseñando lo razonado por la Juez de lo Contencioso-Administrativo y las alegaciones de las partes, rechaza que el recurso de apelación no contenga una crítica de la sentencia impugnada, como sostenía el Ayuntamiento apelado, centrándose en la calificación del contrato de constitución de derecho de superficie, de la que derivarían los trámites para su resolución.

A este respecto, expone la regulación del derecho de superficie en las normas reguladoras del suelo, en concreto, en la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid, y en la Ley estatal del Suelo y Rehabilitación Urbana, texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, que sigue lo dispuesto en la anterior Ley del Suelo, texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio. Sin embargo, el examen de estos preceptos entiende que no arroja luz sobre la naturaleza jurídica del contrato, por lo que acude a pronunciamientos de órganos consultivos de la Administración, de los que reproduce algunos pasajes, enlazando con la regulación sobre contratos de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, aplicable por razones temporales al supuesto de autos, aunque el esquema se reproduce esencialmente en el texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, y en la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre. En esta tesitura, se expone que:

"Atendiendo a esta regulación, en el presente caso debemos concluir que nos encontramos ante un contrato privado sobre bienes patrimoniales del Ayuntamiento. No estamos ante una prestación principal propia de un contrato administrativo típico que determine su naturaleza administrativa, sino ante un contrato de constitución de un derecho de superficie que responde a la definición de contrato privado de los contemplados en el número 2 del artículo 9 de la Ley 9/2017, de CSP, pues su naturaleza es análoga a un contrato de compraventa o arrendamiento expresamente excluidos de la aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público.

Es significativo que el propio contrato esté calificado por las partes como contrato privado y también como contrato privado lo califica certeramente la sentencia apelada.

Esa naturaleza jurídica de contrato privado nos obliga a desestimar los motivos primero y tercero articulados en el recurso de apelación. Ya hemos dicho que el artículo 21 de la Ley de Contratos del Sector Público de 2007, aplicable por la fecha el contrato, establece que el orden jurisdiccional contencioso-administrativo será el competente para resolver las cuestiones litigiosas relativas a la preparación, adjudicación, efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos y que igualmente corresponderá a este orden jurisdiccional el conocimiento de las cuestiones que se susciten en relación con la preparación y adjudicación de los contratos privados de las Administraciones Públicas. Y que el orden jurisdiccional civil será el competente para resolver las controversias que surjan entre las partes en relación con los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos privados.

Por tanto, no quedando sujeto el contrato celebrado, en cuanto a su extinción, a las disposiciones contenidas en la Ley de Contratos del Sector Público de 2007, vigente en el momento de celebración del contrato, es evidente que a la extinción declarada por el Ayuntamiento no le resulta de aplicación los aspectos formales contemplados en la LCSP, entre los que se encontrarían recabar en oportuno dictamen del correspondiente órgano consultivo.

Lo anterior determina que esta jurisdicción contencioso-administrativa no deba pronunciarse sobre la extinción del contrato privado por el que se constituyó el derecho de superficie. Si bien, la sentencia apelada califica certeramente el contrato como privado, no obstante, dicha sentencia va más allá de lo que podía ser objeto del recurso dado que valida la corrección de la extinción del contrato declarada por el Ayuntamiento de Parla.

Recordemos que dicha sentencia dice que

«Lo cierto es que, en el Acuerdo de resolución del contrato de superficie, se constata la existencia de incumplimientos graves por parte de la recurrente, que no se combaten eficazmente y que justifican el Acuerdo de resolución del derecho de superficie»

Este pronunciamiento de la sentencia apelada no podemos compartirlo pues no debía ser analizada la procedencia o no de la extinción del derecho de superficie en este recurso contencioso administrativo, en el que basta para desestimar el mismo con establecer que estando ante un contrato privado, las cuestiones relativas a la extinción de dicho contrato deben residenciarse ante la jurisdicción civil y no ante la jurisdicción contencioso administrativa que es la que ha elegido erróneamente la mercantil recurrente.

Por ello debemos desestimar el recurso de apelación, si bien con la precisión de que no nos pronunciamos sobre la extinción del contrato celebrado para la constitución del derecho de superficie al ser competencia de la jurisdicción civil."

Reiterando a continuación que "debe ser la jurisdicción civil, a la que podrán acudir las partes si a su derecho conviniere, la que enjuicie los aspectos relativos a la extinción del contrato privado de superficie", si bien desestima el recurso de apelación.

2. El auto de admisión

El auto de admisión del recurso de casación se centra en el debate sobre la naturaleza jurídica del derecho de superficie e identifica como cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia la consistente en si el contrato de constitución del derecho de superficie sobre terrenos de propiedad municipal destinados directamente al servicio público de dotación de vivienda social a colectivos vulnerables (jóvenes y personas de la tercera edad) es un contrato administrativo especial o un contrato privado, con las consecuencias que de ello se derivan en orden a determinar el orden jurisdiccional competente.

A estos efectos, identifica como normas que, en principio, debemos interpretar, el artículo 19.1.b), en relación con el artículo 4.1.p), así como el artículo 21.2 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, además de otros preceptos de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, y de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

3. Posiciones de las partes

A. El escrito de interposición del recurso de casación

El escrito de interposición del recurso de casación comienza delimitando los antecedentes del caso y la posición mantenida por la sentencia recurrida en casación, que consideró que estamos ante un contrato privado sobre bienes patrimoniales del Ayuntamiento, incumbiendo al orden jurisdiccional civil el conocimiento de la resolución del contrato, sin que resultara aplicable el procedimiento administrativo previsto para la resolución de los contratos administrativos, pero advirtiendo la parte que, siguiendo esa tesis, la sentencia no debió pronunciarse sobre el fondo del asunto, al carecer de competencia jurisdiccional para ello, no obstante lo cual, lo hizo.

Seguidamente, razona sobre la infracción del artículo 19.1.b) de la Ley de Contratos de 2007, destacando la finalidad perseguida con el contrato en cuestión, a saber, la construcción de viviendas sociales para grupos vulnerables de población, como resulta de

las cláusulas del Pliego de Condiciones Técnicas y reconoce la propia sentencia, siendo evidente que el contrato se dirigía a la satisfacción directa e inmediata de una finalidad pública de competencia del Ayuntamiento, de acuerdo con el artículo 25.2.a) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

De este modo, al estar ante un contrato vinculado al giro o tráfico específico de la Administración contratante o que satisface de forma directa o inmediata una finalidad pública, se está ante un contrato administrativo especial, según resulta de la aplicación de los artículos 19.1.b), 25.1.b) y 4.1.p), por este orden, de la Ley de Contratos de 2007, sin que la sentencia recurrida ofrezca razones consistentes en contrario, ni, en concreto, pueda prevalecer que el propio contrato se califique por las partes como privado, rechazando, igualmente, que la constitución de un derecho real de superficie sobre bienes patrimoniales del Ayuntamiento guarde relación de analogía con un contrato de compraventa o de arrendamiento, insistiendo en que se está ante un contrato administrativo especial que se inserta en la política pública de vivienda de la Corporación local, finalidad que, dice, bien podía haberse conseguido mediante un contrato de concesión de obra pública, figura típica de contrato administrativo, no bastando la configuración del contrato como un derecho de superficie para evitar la aplicación de la Ley de Contratos.

Tras ello, efectúa varias citas para insistir en el carácter administrativo del contrato, dada la finalidad que persigue, sin que pueda confundirse, como parece que hace la Sala de apelación, la naturaleza civil del derecho real de superficie que se constituye con la naturaleza del título jurídico que permite el nacimiento de este derecho real, es decir, que le constituye, y que, en el caso, es un contrato administrativo.

Subsidiariamente, imputa la infracción de los demás preceptos relacionados en el auto de admisión del recurso de casación, ya que, aun en el supuesto de que el contrato fuera privado, la sentencia de la primera instancia debió ser de inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo y la sentencia de apelación vulnera normas de orden público procesal al no revocarla por este motivo y disponer la íntegra desestimación del recurso de apelación.

Como consecuencia de sus alegaciones, postula que se reconozca el carácter de administrativo especial del contrato de constitución de derecho de superficie que está en la base de las actuaciones y, previo reconocimiento de la competencia del orden contencioso-administrativo para conocer de la cuestión suscitada en relación con la resolución del contrato, acuerde la nulidad de pleno derecho de la decisión del Ayuntamiento de Parla, al haberse dictado prescindiendo del procedimiento establecido; subsidiariamente, que se anule el pronunciamiento sobre la concurrencia de una causa de resolución del contrato, al faltar la competencia para efectuarlo.

B. La oposición al recurso de casación

El escrito de oposición al recurso de casación consigna los que considera antecedentes de interés, así como el fundamento de las sentencias dictadas en la primera y en la segunda instancia, para exponer, luego, en una forma que esta Sala no alcanza a comprender bien, unos razonamientos que no se sabe cuál son los de dicha parte y los de la parte contraria, hasta el punto de que, alterando su posición procesal, afirma que dicha parte recurrida no puede oponerse a lo razonado por la entidad recurrente, diciendo, incluso, que, *"Teniendo el contrato de constitución de derecho de superficie sobre terrenos de propiedad municipal destinados directamente al servicio público de dotación de vivienda social a colectivos vulnerables (jóvenes y personas de la tercera edad) la condición de contrato administrativo, conforme establece el artículo 19 1 b) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público"*, añadiendo que, en este caso, lo que existe es una cuestión incidental de la que había conocido la Juez de lo Contencioso-Administrativo, pese a lo que termina

suplicando que se declare no haber lugar al recurso de casación y que se confirme la sentencia de la primera instancia.

SEGUNDO.- Marco jurídico

En este recurso de casación han de tenerse presentes, con referencia a la fecha de celebración del contrato -2011- tres grupos de preceptos: por un lado, (1) los relativos al derecho de superficie; por otro lado, (2) los que delimitan el ámbito de aplicación y las clases de contratos del sector público; y, finalmente, (3) los de carácter estrictamente procesal.

1. El derecho de superficie

El Título V de la Ley del Suelo, texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, dedica el Capítulo III al "Derecho de superficie" en los siguientes términos:

"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."

"Artículo 41. 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.

Síguenos en...

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."

2. La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público

La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, contiene, en lo que ahora interesa, las siguientes reglas:

"Artículo 4. Negocios y contratos excluidos

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

[...]

p) 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. 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."

"Artículo 5. Calificación de los contratos.

Los contratos de obras, concesión de obras públicas, gestión de servicios públicos, suministro, servicios y de colaboración entre el sector público y el sector privado que celebren los entes, organismos y entidades pertenecientes al sector público se calificarán de acuerdo con las normas contenidas en la presente sección.

Los restantes contratos del sector público se calificarán según las normas de derecho administrativo o de derecho privado que les sean de aplicación."

"Artículo 18. Régimen aplicable a los contratos del sector público

Los contratos del sector público pueden tener carácter administrativo o carácter privado."

"Artículo 19. Contratos administrativos

Síguenos en...

1. Tendrán carácter administrativo los contratos siguientes, siempre que se celebren por una Administración Pública:

a) Los contratos de obra, concesión de obra pública, gestión de servicios públicos, suministro, y servicios, así como los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado. No obstante, los contratos de servicios comprendidos en la categoría 6 del Anexo II y los que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos comprendidos en la categoría 26 del mismo Anexo no tendrán carácter administrativo.

b) Los contratos de objeto distinto a los anteriormente expresados, pero que tengan naturaleza administrativa especial por estar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante o por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla, siempre que no tengan expresamente atribuido el carácter de contratos privados conforme al párrafo segundo del artículo 20.1, o por declararlo así una Ley.

2. Los contratos administrativos se regirán, en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción, por esta Ley y sus disposiciones de desarrollo; supletoriamente se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado. No obstante, a los contratos administrativos especiales a que se refiere la letra b) del apartado anterior les serán de aplicación, en primer término, sus normas específicas."

3. Normas procesales

- La Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, establece en los apartados 2, párrafo primero, y 4 de su artículo 9:

"Artículo 9

2. Los Tribunales y Juzgados del orden civil conocerán, además de las materias que les son propias, de todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional.

[...]

4. Los del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al derecho administrativo, con las disposiciones generales de rango inferior a la ley y con los reales decretos legislativos en los términos previstos en el artículo 82.6 de la Constitución, de conformidad con lo que establezca la Ley de esa jurisdicción. También conocerán de los recursos contra la inactividad de la Administración y contra sus actuaciones materiales que constituyan vía de hecho. Quedan excluidos de su conocimiento los recursos directos o indirectos que se interpongan contra las Normas Forales fiscales de las Juntas Generales de los Territorios Históricos de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya, que corresponderán, en exclusiva, al Tribunal Constitucional, en los términos establecidos por la disposición adicional quinta de su Ley Orgánica.

Conocerán, asimismo, de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive. Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional. Igualmente conocerán de las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración respectiva.

También será competente este orden jurisdiccional si las demandas de responsabilidad patrimonial se dirigen, además, contra las personas o entidades públicas o privadas indirectamente responsables de aquéllas."

- De la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, reseñaremos los artículos 2.b), 3.a), 69.a) y 70:

"Artículo 2

El orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con:

[...]

b) Los contratos administrativos y los actos de preparación y adjudicación de los demás contratos sujetos a la legislación de contratación de las Administraciones públicas."

"Artículo 3

No corresponden al orden jurisdiccional contencioso-administrativo:

a) Las cuestiones expresamente atribuidas a los órdenes jurisdiccionales civil, penal y social, aunque estén relacionadas con la actividad de la Administración pública.

[...]"

"Artículo 69

La sentencia declarará la inadmisibilidad del recurso o de alguna de las pretensiones en los casos siguientes:

a) Que el Juzgado o Tribunal Contencioso-administrativo carezca de jurisdicción.

[...]"

"Artículo 70

1. La sentencia desestimaré el recurso cuando se ajusten a Derecho la disposición, acto o actuación impugnados.

2. La sentencia estimará el recurso contencioso-administrativo cuando la disposición, la actuación o el acto incurrieran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder.

Se entiende por desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico."

- Por último, de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, reproduciremos el apartado 3 del artículo 465:

"Artículo 465. Resolución de la apelación

[...]

3. Si la infracción procesal alegada se hubiera cometido al dictar sentencia en la primera instancia, el Tribunal de apelación, tras revocar la sentencia apelada, resolverá sobre la cuestión o cuestiones que fueran objeto del proceso.

[...]"

TERCERO.- Las infracciones del ordenamiento jurídico en las que se fundamenta el recurso de casación: la naturaleza jurídica del contrato de constitución de derecho de superficie

El examen de las infracciones del ordenamiento jurídico en las que se fundamenta el recurso de casación, en concreto, de las de carácter sustantivo, debemos efectuarlo analizando (1) el derecho de superficie, así como (2) los contratos sujetos a la Ley de Contratos del Sector Público y sus tipos, para determinar (3) la naturaleza jurídica del

derecho de superficie, a fin de (4) aplicar todo ello al caso de autos y verificar aquellas infracciones.

1. El derecho de superficie

El derecho real de superficie se define en la vigente Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana, texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, como aquel que *"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"*, pudiendo constituirse también 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"* (artículo 53, y, en iguales términos, artículo 40 del anterior texto refundido de la Ley del Suelo, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio).

Su característica más significada es la separación entre el dominio de lo construido y el suelo en el que se efectúa.

A pesar de sus antecedentes históricos -en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 1992 se mencionan como origen remoto la *Lex Thoria Agraria* (año 624 a. de C.) y la *Lex Icilia de Aventino* (año 298 de la fundación de Roma-, en el Código Civil solo hay una mínima referencia, en el artículo 1.611, siendo escasas las menciones en el resto de normativa privada, pues se cita en el artículo 107.5º de la Ley Hipotecaria, para, dando por supuesta su existencia, permitir su hipoteca, y en el artículo 16 del Reglamento de la Ley Hipotecaria, que regula la inscripción del derecho de superficie urbana.

Ha sido en el ámbito urbanístico donde ha alcanzado mayor desarrollo, pues ya aparecía regulado en la primera Ley de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 12 de mayo de 1956, de donde pasó a la Ley 19/1975, de 2 de mayo, de reforma de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, cuya exposición de motivos explicaba que:

"VIII. El derecho de superficie como fórmula de disociación de la propiedad y uso del suelo es una figura que está mereciendo creciente atención en todos los países como instrumento de política del suelo. A cambio de una limitación temporal en el uso de los terrenos se obtienen éstos a un menor coste, con lo que se reduce el volumen inicial de recursos necesarios en el sector inmobiliario o en otras actividades productivas para atender a las necesidades de la demanda. Representa también un estímulo para la movilización del suelo por los propietarios privados, que pueden así poner en el mercado estos bienes a disposición de los promotores sin renunciar a su recuperación futura con la revalorización correspondiente. La promoción industrial y el fomento de las viviendas en alquiler pueden encontrar en el derecho de superficie un complemento de gran interés.

Desde la perspectiva de los patrimonios públicos de suelo, el derecho de superficie puede y debe ser un instrumento mediante el que, cada vez más, se procure que el derecho de propiedad sobre el suelo urbano, una vez que entre en la esfera patrimonial de la Administración, no salga de la titularidad pública; el incremento no sólo en el espacio, sino en el tiempo, de los patrimonios de suelo, debe seguir siendo pieza clave de la política urbanística.

[...]"

Los textos refundidos de las leyes del Suelo de 2008 y de 2015 siguen en esta línea, al prever, como se dice en la exposición de motivos del primero, *"una regulación del régimen del derecho de superficie dirigida a superar la deficiente situación normativa actual de este derecho y favorecer su operatividad para facilitar el acceso de los ciudadanos a la vivienda y, con carácter general, diversificar y dinamizar las ofertas en el mercado inmobiliario"*.

Precisamente, la Ley del Suelo de 2008 unificó el régimen jurídico del derecho de superficie común, constituido por los particulares sobre suelo privado, y del especial, utilizado por la Administración para intervenir en el mercado del suelo y regulado por las normas urbanísticas, ya que autoriza la constitución del derecho por el propietario del suelo, "sea público o privado"(artículo 40.2).

La vigente Ley del Suelo de 2015 establece que el derecho de superficie se regirá por las disposiciones de la propia Ley, por la legislación civil en lo allí no previsto -aunque ya hemos advertido de su insuficiencia- y por el título constitutivo del derecho (artículo 53.4). Cabe resaltar que la misma Ley del Suelo disciplina el contenido, la constitución, el régimen, la transmisión, el gravamen y la extinción de este derecho real de una manera bastante completa (artículos 53 y 54), sin perjuicio de que algunas Comunidades Autónomas han regulado, con mayor o menos exhaustividad, el régimen jurídico de este derecho.

2. Los contratos sujetos a la Ley de Contratos del Sector Público y sus tipos

Tomando como referencia la Ley de Contratos de 2007, que sería la aplicable al supuesto de autos por razones temporales, el Capítulo I del Título Preliminar delimita el objeto y ámbito de aplicación subjetivo y objetivo de la Ley.

El ámbito objetivo se precisa enunciando una serie de negocios y de contratos excluidos, entre los que figuran "*Los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles [...]*"[artículo 4.1.p)] -la misma exclusión se recoge en el artículo 9.2 de la Ley de Contratos de 2017, pero no aparecía en textos anteriores, como en el artículo 3 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, si bien su artículo 5 sí que contenía una enunciación similar para atribuir carácter administrativo o privado a los contratos celebrados por la Administración-.

A continuación, el Capítulo II del mismo Título Preliminar trata de los contratos del sector público, que pueden tener carácter administrativo o carácter privado (artículo 18), sin perjuicio de que es jurisprudencia reiterada la que mantiene que la calificación que las partes otorguen al contrato no tiene virtualidad para alterar su verdadera naturaleza jurídica (por todas, sentencia de 15 de febrero de 1999, casación 3470/1993).

Como es conocido, la diferente calificación de un contrato como administrativo o administrativo especial o como privado da lugar a un régimen jurídico diferente, singularmente, en lo que se refiere a sus efectos y extinción.

A estos efectos, la Ley de Contratos de 2007 especifica los contratos que tendrán carácter administrativo, siempre que se celebren por una Administración Pública, consignándose, por un lado, los llamados contratos típicos (obra, concesión de obras públicas, gestión de servicios públicos -actualmente, concesión de servicios-, suministro, servicios y el ya desaparecido de colaboración entre el sector público y el sector privado) y, por otro lado, los contratos administrativos especiales, de objeto distinto a los anteriores, pero que cuentan con una vinculación al giro o tráfico específico de la Administración contratante o satisfacen de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla -salvo que no tengan expresamente atribuido el carácter de contratos privados conforme al artículo 20.1, párrafo segundo, o por declararlo así una Ley- (artículo 19.1). Por tanto, la vinculación del objeto del contrato con el interés público se revela en estos últimos casos como el elemento fundamental para la calificación como contrato administrativo especial, pudiendo recordar la jurisprudencia recaída sobre esta vinculación, en el sentido de que la misma, según expuso la sentencia de esta Sala de 23 de mayo de 1988, debía alcanzar una entidad tal que dicho interés público no tolere que la Administración se despoje de sus prerrogativas exorbitantes, consagrando así el criterio finalista para discernir la naturaleza de los contratos.

Pues bien, de la lectura de los preceptos que regulan el ámbito de aplicación de la Ley de Contratos de 2007 y delimitan los tipos contractuales se pueden inferir que, para determinar si se está ante un contrato administrativo o ante un contrato privado, el legislador ha establecido un criterio principal y otro secundario: el criterio principal viene constituido por la propia calificación que se hace en la ley de unos contratos que son privados porque así se dispone en la misma, del mismo modo que otros son administrativos por venir específicamente calificados como tales en la ley; el criterio secundario es el determinado por la vinculación con el giro o tráfico administrativo y sirve para la calificación como contrato administrativo especial.

Es decir, la calificación de un contrato de una Administración Pública aplicando el criterio secundario no procede si ese contrato en virtud del criterio principal está excluido del ámbito de aplicación de la Ley de Contratos, que es lo que sucede con los contratos patrimoniales, entendiendo por tales los de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negociaciones jurídicas análogos sobre bienes inmuebles enunciados en el artículo 4.1.p) de la Ley de Contratos de 2007 -en sentido similar, artículo 9.2 de la Ley de Contratos de 2017-, al margen de la cautela en cuanto a su contenido prestacional, que no afecta a su naturaleza jurídica, que quedan sometidos a una normativa específica, la "*legislación patrimonial*", no a la Ley de Contratos del Sector Público.

Por tanto, los contratos patrimoniales son calificados por el legislador como contratos privados, sin que proceda acudir al criterio secundario o finalista para calificarlos como administrativos especiales, ya que para ello sería necesario que estuvieran incluidos en el ámbito objetivo de aplicación de la Ley de Contratos -de 2007 o de 2017-.

3. La naturaleza jurídica del contrato de constitución del derecho de superficie sobre bienes patrimoniales de la Administración

Conjugando lo que acabamos de exponer en los dos apartados anteriores, entendemos que hay que diferenciar dos modalidades en el contrato de constitución del derecho de superficie sobre bienes patrimoniales de la Administración -cabe recordar que no cabe constituir tal derecho sobre bienes demaniales (así, sentencia de esta Sala de 30 de octubre de 2025, casación 7927/2021)-.

La diferencia entre una y otra modalidad estriba en la finalidad perseguida por la Administración al celebrar el contrato, de suerte que una relación jurídica concreta ofrece naturaleza administrativa cuando en su causa se advierte la presencia de un fin público como elemento esencial, no actuando como cualquier entidad privada, pues si así lo hace, el negocio tendrá carácter privado.

De este modo, en primer lugar, estarían aquellos derechos de superficie constituidos sobre bienes patrimoniales en los que el propósito de la Administración contratante es puramente privado, como sucede con todos aquellos en los que el interés público se sustituye por un mero interés económico o mercantil ajeno al desenvolvimiento regular de un servicio público o a la satisfacción de una necesidad pública de su competencia.

En segundo lugar, encontraríamos los derechos de superficie constituidos sobre bienes patrimoniales para conseguir alguno o algunos de los fines en los que tiene una competencia específica la Administración contratante, de tal modo que el interés público concurrente no justifica que la Administración se despoje de sus prerrogativas ni que se prescinda de las garantías del procedimiento administrativo, lo que ocurre con aquellos contratos destinados a edificar viviendas de protección oficial.

De este modo, solo los primeros contratos constitutivos de derechos de superficie entrarían en la exclusión prevista en el artículo 4.1.p) de la Ley de 2007, no así los segundos, que no serían contratos patrimoniales en los términos previstos en dicho precepto, ya que, dada su finalidad, no pueden reputarse negocios jurídicos análogos a los

expresamente en él mencionados: compraventa, donación, permuta y arrendamiento, en los que transferencia del bien inmueble obedece a otras motivaciones ajenas a las finalidades públicas a las que debe orientarse la actuación de las distintas Administraciones Públicas. Idea ésta que conecta con el ya tradicional criterio mantenido por la Jurisdicción civil consistente en atender a la denominada *"modulación del contrato por la Administración"*, a tenor de la cual, la naturaleza iusprivatística o administrativa de un negocio jurídico viene determinada por *"la intensidad de la actuación de la Administración"*, debiendo tenerse en cuenta si la finalidad del contrato afecta directa e inmediatamente al interés privado o al público, así como si la Administración actúa en un campo específico de su cometido conforme con lo dispuesto por la Ley (sentencias de la Sala Primera de este Tribunal Supremo de 11 de mayo de 1982 y de 11 de julio de 1984 y las que han seguido).

Estos mismos argumentos sirven para matizar la prevención contenida en el artículo 110 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, cuando establece el régimen jurídico de los negocios patrimoniales -refiriéndose a los contratos, convenios y demás negocios jurídicos sobre bienes y derechos patrimoniales-, en los que no se incluirían los celebrados por las Administraciones públicas en el ejercicio de las competencias atribuidas para la consecución de fines públicos, que, como hemos dicho, no son propiamente *"negocios patrimoniales"*.

Es cierto que puede ocurrir que la constitución de un contrato de derecho de superficie persiga distintos objetivos, públicos y privados, por lo que el encuadramiento en una o en otra modalidad requerirá estar a la finalidad más relevante a fin de aplicar la exclusión prevista en el artículo 4.1.p) de la Ley de Contratos de 2007 o considerar el contrato incluido en el ámbito de aplicación de esta Ley y calificarlo como contrato administrativo especial.

4. El contrato de constitución del derecho de superficie sobre bienes patrimoniales del Ayuntamiento de Parla para la construcción de viviendas sociales destinadas a colectivos vulnerables

En el supuesto de autos, el contrato de derecho de superficie se constituyó sobre varias parcelas patrimoniales del Ayuntamiento de Parla -B1D, D-3-1 y K2A del sector 4 bis *"Residencial Este"*-, con unos objetivos precisos, a saber, la construcción y la explotación de unidades de alojamiento temporal para jóvenes y mayores, un edificio de equipamiento multifuncional y usos pormenorizados permitidos, este último, con dos auditorios, salas de exposiciones, aulas de usos múltiples y biblioteca municipal, explicándose en las mismas actuaciones previas contractuales que, el programa de promoción de viviendas transitorias para jóvenes y mayores en parcelas de equipamiento público es una iniciativa del Ayuntamiento de Parla que comenzó en el año 2004 y que ha gozado de un éxito indiscutible, siendo el contrato de referencia una respuesta pública a una necesidad social mediante el uso de parcelas de equipamiento para la construcción de residencias transitorias para colectivos con dificultades para acceder a la vivienda. El mismo Arquitecto municipal reconoce que *"el interés social de la constitución del derecho de superficie se centra en la promoción de residencia transitorias para jóvenes y mayores en parcelas de equipamiento para dar respuesta pública a una necesidad social"*.

Tenemos que añadir que las obligaciones del superficiario se centraban en la construcción de los complejos residenciales y de equipamiento, en su explotación y en destinar las construcciones a dichas finalidades, hasta la extinción del derecho de superficie.

Esas finalidades perseguidas con la constitución del derecho de superficie encuentran pleno acomodo en las competencias propias del Municipio que enuncia el artículo 25 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local, en especial, con la de *"Promoción y gestión de la vivienda de protección pública con criterios de sostenibilidad financiera"* [apartado 2, letra a)].

Por tanto, el contrato del derecho de superficie constituido sobre determinadas parcelas municipales a favor de, entre otras sociedades, la recurrente, para satisfacer una finalidad pública de la específica competencia del Ayuntamiento, no puede calificarse de negocio jurídico sobre bienes inmuebles excluido del ámbito objetivo de aplicación de la Ley de Contratos ni, en su suma, de contrato privado, como erróneamente ha apreciado la sentencia de la Sala de apelación y, antes la de la primera instancia.

Esta conclusión, que se sigue de lo que hemos venido exponiendo, se compadece, igualmente, con las previsiones de la cláusula 13ª del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato de referencia, que otorga al Ayuntamiento *"la prerrogativa de interpretar el contrato y resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento. Igualmente, podrá modificar el contrato por razones de interés público, acordar su resolución y determinar los efectos de ésta, dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la normativa aplicable"*, y dispone que *"Los acuerdos que dicte la Administración en el ejercicio de sus prerrogativas de interpretación, modificación y resolución serán inmediatamente ejecutivos"*.

CUARTO.- Doctrina jurisprudencial que se establece en respuesta a la cuestión planteada en el auto de admisión del recurso de casación

De cuanto antecede resulta que la respuesta a la cuestión en la que el auto de admisión del presente recurso residenció el interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia ha de ser la siguiente:

La apreciación de que un contrato de derecho de superficie constituido sobre bienes inmuebles patrimoniales de un Ayuntamiento es un negocio jurídico que, conforme al artículo 4.1.p) de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público (actual artículo 9.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público), está excluido del ámbito objetivo de aplicación de dicha Ley, requiere tener en cuenta todos los elementos concurrentes y, en especial, la finalidad perseguida con el contrato, de manera que si dicha finalidad o, en el caso, de ser varias, la más relevante, es la de satisfacer un interés público de la específica competencia del Ayuntamiento, se deberá rechazar la exclusión y considerar que se está ante un contrato administrativo de los previstos en el artículo 19 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, citada (actual artículo 25 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, también citada).

QUINTO.- Resolución del recurso de casación

A la vista de cuanto antecede, el recurso de casación ha de ser acogido, pues la sentencia recurrida se aparta de la doctrina jurisprudencial señalada, ya que, al igual que la sentencia apelada, considera que el contrato de superficie sobre bienes patrimoniales del Ayuntamiento de Parla cuya resolución se discute está excluido del ámbito de aplicación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, al tener una naturaleza análoga a las de un contrato de compraventa o arrendamiento mencionados en el artículo 4.1.p) de aquella Ley, prescindiendo de que la finalidad de dicho contrato es la satisfacción de intereses públicos de la específica competencia de dicho Ayuntamiento, cual es la promoción de residencias transitorias para jóvenes y mayores en parcelas municipales dando así respuesta pública a una necesidad social, y ello al margen de cuál haya podido ser la calificación jurídica que las partes hayan dado al contrato.

Una vez casada la sentencia de 19 de julio de 2022, dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el recurso de apelación número 517/2021, procede que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 93.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, resolvamos la controversia planteada.

Para ello, teniendo en cuenta la sujeción a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, del contrato de derecho de superficie constituido sobre las parcelas

B1D, D-3-1 y K2A del sector 4bis "Residencial Este", su resolución requiere seguir un procedimiento específico del que se ha prescindido, como denuncia la parte recurrente, pues los únicos trámites realizados han sido la evacuación de algunos informes municipales internos y la audiencia del superficiario, que no bastan para suplir la omisiones de otros que, con carácter esencial, debieron practicarse, como, ante la oposición del contratista, el preceptivo informe del órgano consultivo correspondiente [artículo 195.3.a) de la Ley 30/2007, citada], que no es una simple omisión formal intrascendente sino que da lugar a que concurra la causa de nulidad de pleno derecho prevista en la Ley de Procedimiento Administrativo [tanto en el artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, como en el artículo 47.1.e) de la vigente Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas].

En consecuencia, con revocación de la sentencia de 3 de junio de 2021, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 8 de Madrid, en el procedimiento ordinario número 180/2017, ha de estimarse el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución de 23 de febrero de 2017, de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Parla, anulándose la misma.

Señalar, finalmente, que si el contrato se calificara de privado -como hizo la sentencia en primera instancia y admitió la de la segunda- la jurisdicción contencioso-administrativa no sería la competente para analizar la procedencia o no de su resolución, sin que, en un proceso contencioso-administrativo dirigido indebidamente contra la decisión municipal de resolver el contrato, sea admisible declarar la conformidad a Derecho de esta decisión, por corresponder a la Jurisdicción civil, como acertadamente apuntó la sentencia recurrida en casación que, sin embargo, al desestimar de una forma un tanto incomprensible el recurso de apelación, deja incólume el pronunciamiento de la sentencia dictada en la primera instancia que expresamente confirmó la actuación del Ayuntamiento resolviendo el que había calificado de contrato privado, *"por considerarla adecuada a Derecho"*.

SEXTO- Costas procesales

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 93.4 y 139 de la Ley de esta Jurisdicción, no procede hacer expresa imposición de costas en este recurso de casación; tampoco de las causadas en el recurso de apelación y en el recurso contencioso-administrativo, dadas las dudas de Derecho concurrentes, según resulta de los fundamentos anteriores.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

PRIMERO.-Declarar haber lugar al presente recurso de casación número 7577/2022 interpuesto por la representación procesal de Los Lagos del Este, Sociedad Cooperativa Madrileña, contra la sentencia de 19 de julio de 2022, dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso de apelación número 517/2021, que casamos.

SEGUNDO.-Estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Los Lagos del Este, Sociedad Cooperativa Madrileña, contra la sentencia de 3 de junio de 2021, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 8 de Madrid, en el procedimiento ordinario número 180/2017, que anulamos.

TERCERO.-Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de Los Lagos del Este, Sociedad Cooperativa Madrileña, contra la resolución de 23 de febrero de 2017, de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Parla (Madrid), que acordó la resolución del contrato del derecho de superficie constituido sobre las parcelas B1D, D-3-1 y K2A del sector 4bis "Residencial Este"(expte. 3/11), la incautación de

la garantía definitiva y la apertura de procedimiento de fijación y valoración de daños y perjuicios causados a la Administración, acto que ANULAMOS, por no ser conforme a Derecho.

CUARTO.-No hacer expresa imposición de las costas procesales de este recurso de casación, de las del recurso de apelación ni de las del recurso contencioso-administrativo.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ).

Síguenos en...

