Informe 37/10, de 28 de octubre de 2011. "Posibilidad de modificar un contrato para incluir una cláusula que permita la resolución anticipada de un derecho de superficie en la cual se fijen los requisitos y condiciones en que la misma puede producirse y los efectos que la misma tendría lugar para las partes y la posibilidad de llevar a cabo una reversión parcial".

Clasificación de los informes. 2.3 Calificación y régimen jurídico de los contratos. Objeto de los contratos. Contratos o convenios excluidos. 17.2 Cumplimiento, modificación, extinción y resolución. Modificación. 27. Contratos privados.

ANTECEDENTES.

La Alcaldesa del Ayuntamiento de Vélez Málaga (Málaga) formula la consulta a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa que a continuación se expone:

"El Ayuntamiento de Vélez-Málaga otorgó el año 1999 un derecho de superficie para la construcción de un complejo social y deportivo en una parcela de equipamiento público por un plazo de 70 años y con la única obligación por parte del contratista (aparte de construir la edificación y de abonar un canon anual) de mantener vinculado dicho centro con la instalación hotelera que la misma empresa iba a construir (y construyó) en una parcela colindante y que la explotación de ambas instalaciones fuera conjunta.

Ni el Pliego de Condiciones regulador del contrato de referencia ni ningún otro documento contractual fijó la posibilidad de reversión anticipada (ni por tanto los requisitos y condiciones en las que dicha reversión podría tener lugar) ni tampoco la posibilidad de reversión parcial.

Se ha solicitado recientemente por el contratista se le informe sobre la posibilidad legal de reversión parcial anticipada de parte de la edificación (la zona deportiva) reservándose él la zona social y manteniendo la vinculación de esta última con la explotación hotelera.

A juicio de los técnicos municipales no existe inconveniente en proceder a la modificación del contrato de mutuo acuerdo y por razones de interés público con la única finalidad de incluir una cláusula en el contrato que permita la resolución anticipada del derecho de superficie y por tanto la reversión anticipada de lo construido a favor del Ayuntamiento, y en la que recoja además los requisitos y condiciones en que la misma pudiera producirse y los efectos que, para cada una de las partes, se derivarían por dicha actuación.

Sin embargo respecto de la posibilidad de reversión parcial (solo de la zona deportiva, no de la social) no se manifiestan con igual claridad pues señalan que la desvinculación de una parte de lo construido con la instalación hotelera colindante incumpliría la única condición que se fijó en el Pliego y en el correspondiente Contrato, que era la de mantener vinculado dicho Centro (social y deportivo) con la instalación hotelera que la misma empresa iba a construir (y construyó) en la parcela colindante y que la explotación de ambas instalaciones sería conjunta – lo que a juicio de los Técnicos desvirtuaría las bases de la convocatoria inicial de tal forma que, si otros licitadores hubieran conocido dicha posibilidad, quizás se hubieran presentado a la licitación que en su día se convocó y el resultado de la misma pudiera haber sido diferente.

Como aún así existen dudas jurídicas sobre dicha posibilidad se solicita de la Junta de Contratación Administrativa informe acerca de ambas cuestiones:

1º Sobre la posibilidad de modificar dicho contrato para incluir una cláusula que permita la resolución anticipada del derecho de superficie (y por tanto la reversión de lo construido) y en la cual se fijen los requisitos y condiciones en que la misma puede producirse y los efectos que la misma tendría lugar para las partes.

2º Y sobre posibilidad o no de llevar a cabo la reversión parcial (solo de la zona deportiva, no de la social) y aunque el propio contrato señale como única condición la de mantener el centro social y deportivo vinculado con la instalación hotelera colindante así como que la explotación de ambas instalaciones fuera conjunta".

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. La Alcaldesa de Vélez Málaga solicita conocer el criterio de esta Junta Consultiva respecto de si es posible establecer mediante una cláusula que le faculte para resolver de forma anticipada uno de los pactos

establecidos consistente en la reversión del derecho de superficie otorgado al contratista, regulando en la misma las condiciones y efectos consecuentes así como si puede procederse a aplicar tal reversión de forma parcial y no como se pactó.

2. Con carácter previo a analizar las cuestiones objeto de consulta, conviene determinar el régimen jurídico aplicable a este contrato de derecho de superficie atendiendo a la naturaleza del mismo.

A este respecto, la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, aplicable al contrato objeto de consulta en atención a los datos suministrados por el Ayuntamiento, en su artículo 5 recoge los criterios diferenciadores de los contratos administrativos frente a los privados de las Administraciones Públicas. En particular, y al margen de los contratos administrativos regulados en la propia Ley (los que tienen por objeto la ejecución de obras, la gestión de servicios públicos y la realización de suministros, los de consultoría y asistencia o de servicios con determinadas excepciones) establece el criterio genérico según el cual tendrán carácter administrativo "*Los de objeto distinto a los anteriormente expresados, pero que tengan naturaleza administrativa especial por resultar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante, por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla o por declararlo así una ley* (artículo 5.2.b).

Por el contrario, "*los restantes contratos celebrados por la Administración tendrán la consideración de contratos privados y, en particular, los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, propiedades incorporales y valores negociables, así como los contratos comprendidos en la categoría 6 del artículo 207 referente a contratos de seguros y bancarios y de inversiones y, de los comprendidos en la categoría 26 del mismo artículo, los contratos que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos*."

3. Analizado el objeto del contrato de derecho de superficie a la vista de los preceptos reseñados no cabe otra cosa que concluir la naturaleza privada del mismo toda vez que la constitución de un derecho de superficie sobre un inmueble de titularidad municipal para la construcción de un complejo social y deportivo vinculado a una instalación hotelera privada no resulta subsumible en los criterios fijados en el artículo 5.2.b) de vinculación al giro o tráfico específico de la Administración local contratante, o satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de competencia de la misma.

Antes al contrario, constituye un negocio jurídico sobre un bien inmueble de los previstos en el apartado 3 del mismo artículo 5 de la Ley 13/1995. Ello queda confirmado por la regulación vigente en 1999 en el ámbito urbanístico, Texto Refundido sobre la Ley del Suelo, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, cuyos artículos 287 a 290 contienen una mínima regulación del derecho de superficie, entre cuyos aspectos está la remisión, en defecto de las disposiciones contenidas en ese capítulo y de lo dispuesto en el título constitutivo del derecho, a las normas del Derecho privado (artículo 287.3).

En consecuencia, y al margen de las disposiciones mencionadas de la legislación urbanística, en cuanto a sus efectos y extinción se regirá por el derecho privado, y en cuanto a su preparación y adjudicación, por las normas de la legislación patrimonial de las correspondientes Administraciones públicas, que, en el ámbito local, remiten a las correspondientes en materia de contratación administrativa (112.2.3ª del Texto Refundido de de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril y concordantes del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales aprobado por Real Decreto 1372/1986).

4. Con estas premisas, cabe analizar las dos cuestiones planteadas.

Las cuestiones que plantea la Alcaldesa de Vélez-Málaga se centran como hemos señalado y se expresa en el escrito recibido, en torno a la posibilidad de modificar el citado contrato en virtud del cual, entre sus pactos, se otorga un derecho de superficie, que hemos calificado como contrato de derecho privado.

Sobre la posibilidad de modificar los contratos privados cabe recordar el criterio de esta Junta Consultiva, respecto a los límites en que resulta admisible esta posibilidad al amparo de la legislación de contratos del

Estado. A este respecto, cabe recordar, por ejemplo, el informe 48/95, de 21 de diciembre de 1995, que señala lo siguiente:

2. En orden a la modificación de los contratos administrativos la legislación de contratos del Estado (artículo 48 a 50 de la Ley de Contratos del Estado y artículos 146 a 155 del Reglamento General de Contratación del Estado) contempla la modificación como una prerrogativa o facultad unilateral de la Administración (como hace también la cláusula novena, apartado 2 del pliego en cuanto a variaciones de detalle), imponiendo límites y garantizando los derechos del contratista, sin que se ocupe de la modificación del contrato por mutuo acuerdo de las partes contratantes, lo que no obsta para que esta modificación bilateral, ante el silencio del a legislación de contratos, deba ser admitida, aunque no sea más que como consecuencia del principio de libertad de pactos proclamado en el artículo 3 de la Ley de Contratos del Estado y actualmente en el artículo 4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Con mayores razones debe ser admitida la modificación de los contratos privados de la Administración, ya que rigiéndose en cuanto a sus efectos (en los que debe insertarse la modificación) y extinción por las normas del Derecho privado y basado éste en materia contractual en el principio de libertad de pactos, es obvio que, al amparo del mismo, resulta admisible una modificación por mutuo acuerdo del contrato celebrado, lo que, por otra parte, es la única posibilidad en este tipo de contratos, en los que no resulta concebible ni practicable una modificación unilateral.

Puede afirmarse, como conclusión, que la modificación por mutuo consenso o bilateral del contrato resulta admisible, por aplicación del principio de libertad de pactos, tanto en los contratos administrativos, como en los privados, siendo contrario a la esencia de este último la modificación unilateral por uno de los contratantes.

3. La conclusión sentada en el apartado anterior no constituye obstáculo para que deban fijarse límites a las posibilidades de modificación bilateral de los contratos, en el sentido de que, mediante las mismas no puedan ser alteradas las bases y criterios a los que responde la adjudicación de los contratos, mediante el sistema de licitación pública.

Celebrada mediante licitación pública la adjudicación de un contrato, tanto administrativo como privado, dado que su adjudicación se rige por las mismas normas, la solución que presenta la adjudicación para el adjudicatario, en cuanto a precio y demás condiciones, no puede ser alterada sustancialmente por vía de modificación consensuada, ya que ello supone un obstáculo a los principios de libre concurrencia y buena fe que deben presidir la contratación de las Administraciones Públicas, teniendo en cuenta que los licitadores distintos del adjudicatario podían haber modificado sus proposiciones si hubieran sido conocedores de la modificación que posteriormente se produce.

En definitiva, resulta admisible la modificación por mutuo consenso o bilateral del contrato en los contratos privados, por aplicación del principio de libertad de pactos, pero con ciertos límites que consisten, de acuerdo con la doctrina expuesta (reproducida igualmente en los informes de 17 de marzo de 1999, dos de 5 de marzo de 2001 y 12 de marzo de 2004, expedientes 48/95, 47/98, 52/00, 59/00 y 50/03) en que no se vean alteradas sustancialmente las condiciones del contrato que determinaron la adjudicación del mismo al contratista.

5. De acuerdo con lo que antecede, la modificación del contrato consistente en la inclusión de una cláusula que permita la resolución anticipada del derecho de superficie en su conjunto (y por tanto la reversión a favor del Ayuntamiento de lo construido), no prevista en el contrato inicial, y en la cual se fijen los requisitos y condiciones en que la misma puede producirse y los efectos que la misma tendría lugar para las partes, en principio resultaría admisible ya que no altera sustancialmente las condiciones del contrato. En cualquier caso, el contenido de la misma deberá acomodarse a los criterios generales de actuación de la Administración fijados en el artículo 4 de la Ley 13/1995, y a los límites establecidos en el Código Civil.

Por el contrario, la modificación consistente en acordar la reversión parcial de las instalaciones objeto del derecho de superficie (solo de la zona deportiva, no de la social) altera sustancialmente el objeto del contrato, ya que el mismo incluía como única condición la de mantener el centro social y deportivo vinculado con la instalación hotelera colindante así como que la explotación de ambas instalaciones fuera conjunta. En su virtud, y como acertadamente se señala en el escrito de consulta dicha modificación *"desvirtuaría las bases de la convocatoria inicial de tal forma que, si otros licitadores hubieran conocido dicha posibilidad, quizás se hubieran presentado a la*

licitación que en su día se convocó y el resultado de la misma pudiera haber sido diferente", por lo que no resulta admisible acordar una modificación del contrato con este contenido de acuerdo con la doctrina expuesta.

CONCLUSIONES

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

1. Que resulta posible, en el contrato de derecho de superficie objeto de consulta la modificación bilateral o por mutuo consenso basada en el principio de libertad de pactos.
2. Que tal posibilidad debe ajustarse a los límites resultantes de los criterios y bases que motivaron la adjudicación de forma que no se vean alteradas sustancialmente las condiciones del contrato, en evitación de posibles perjuicios al resto de licitadores.
3. Que, en este sentido resultaría posible la inclusión de una cláusula que permita la resolución anticipada del derecho de superficie y en la cual se fijen los requisitos y condiciones en que la misma puede producirse y los efectos que la misma tendría lugar para las partes.
4. Que, por alterar las condiciones del contrato no resultaría admisible la reversión parcial de las instalaciones objeto del derecho de superficie ya que el mismo incluía, como única condición, la de mantener el centro social y deportivo vinculado con la instalación hotelera colindante así como la explotación conjunta de ambas instalaciones.