

D. DERECHO ADMINISTRATIVO	URBANISMO. CONTRATO ADMINISTRATIVO	Núm. 37/2001
---------------------------	------------------------------------	-----------------

Julio GALÁN CÁCERES
Profesor del CEF

• ENUNCIADO:

Este supuesto fue planteado en el tercer ejercicio de la última oposición de Secretarios de Entrada de las Corporaciones Locales en la Comunidad de Madrid:

1. Don A. presenta escrito en el Ayuntamiento de B solicitando que se le otorgue concesión administrativa para el aprovechamiento privativo de terrenos de titularidad municipal, calificados por el planeamiento urbanístico como zona verde, sistema general e inscritos en el inventario de bienes municipales como bienes de dominio y uso público. En la solicitud se señala que se destinarán los terrenos a club privado de golf. También solicita que se le enajene el subsuelo de la zona verde para destinarlo a aparcamiento de vehículos, formalizándose la cesión mediante convenio urbanístico en que o bien se permute el subsuelo por otros terrenos propiedad de don A., o bien se le enajene el subsuelo mediante la obligación de urbanizar la zona verde.

2. A la vista de la primera de las solicitudes formuladas, el Ayuntamiento acuerda la conveniencia de destinar los terrenos a club de golf y otorgar la concesión del uso privativo mediante concurso público. En el pliego de cláusulas administrativas, rector del concurso, se establecen como criterios de adjudicación del mismo: el menor plazo de duración de la concesión, el mayor canon a abonar a la corporación, y el mayor número de plazas libres de acceso y gratuito para vecinos de la localidad. Fijándose la ponderación relativa de cada uno de estos criterios.

3. Don C., vecino de la localidad y concejal del Ayuntamiento, quien no acudió a la sesión en la que se acordó convocar el concurso, presenta escrito solicitando la anulación del acuerdo adoptado por estimar que el mismo contradice el ordenamiento jurídico.

4. La mesa de contratación, al calificar, previamente, la documentación presentada por los licitadores, acuerda:

A. No admitir la proposición presentada por uno de los licitadores, por tratarse de una sociedad anónima en constitución no inscrita en el Registro Mercantil. Ha de señalarse que la persona física que, en representación de la sociedad, firma esta proposición se hace personalmente responsable de la misma en los términos establecidos por el art. 15 LSA («Por los actos y contratos celebrados en nombre de la sociedad antes de su inscripción en el Registro Mercantil, responderán solidariamente quienes lo hubieran celebrado, a no ser que su eficacia hubiera quedado condicionada a la inscripción, y, en su caso, posterior asunción de los mismos por parte de la sociedad»).

B. No admitir la proposición formulada por otro licitador, sociedad anónima mercantil, porque su objeto social no guarda relación directa con la explotación de los campos de golf.

5. La mesa de contratación, en el acto público de apertura de las ofertas admitidas, da cuenta de las no admitidas y acuerda:

A. No admitir la propuesta de uno de los concursantes por tratarse de una oferta temeraria, al exceder en más de 10 unidades de la media de las restantes ofertas.

B. Elevar al órgano de contratación propuesta de adjudicación del concurso a favor de la proposición formulada por la sociedad D, por ser la misma la que, en conjunto, resulta la más ventajosa.

6. El Ayuntamiento acuerda declarar desierto el concurso.

• **CUESTIONES PLANTEADAS:**

1. Ajuste a derecho del acuerdo municipal de otorgar la concesión del dominio público, zona verde, sistema general, para explotación como club privado de golf.

2. Calificar el escrito presentado por el concejal C.; su admisibilidad y tramitación.

3. Ajuste a derecho de la decisión de la mesa de contratación de no admitir las proposiciones presentadas por la sociedad anónima en constitución, y por la sociedad cuyo objeto social no guarda relación directa con el objeto de la concesión.

4. Ajuste a derecho de la decisión de la mesa de contratación de no admitir la proposición incurrida en presunción de temeridad.

5. Ajuste a derecho de la decisión de la mesa de contratación de proponer la adjudicación del concurso a la sociedad D.

6. Posibilidad legal de que el órgano de contratación declare desierto el concurso.

7. Posibilidad legal de que el Ayuntamiento desafecte subsuelo del dominio público y lo califique como bien patrimonial; procedimiento a seguir. Posibilidad legal de enajenar el suelo mediante permuta con otros bienes o a cambio de urbanizar la zona verde. Posibilidad de formalizar esta operación mediante convenio urbanístico.

• **SOLUCIÓN:**

1. Previamente a responder a esta cuestión debe tenerse en cuenta el sistema vigente de fuentes en materia de urbanismo después de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de marzo de 1997 que declaró inconstitucional gran parte de los preceptos del Texto Refundido de la Ley del Suelo aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio. Igualmente es de tener en cuenta la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen de Suelo y Valoraciones. Bien, en lo que se refiere a las cuestiones urbanísticas que se plantean en el supuesto, tales como Plan General de Ordenación Urbana, ejecución del planeamiento y convenios urbanísticos, la legislación prioritaria sería la autonómica, si existiere, al ser materias de su competencia, y sólo, supletoriamente, habrá de acudir a la legislación estatal, conformada esencialmente por el texto legal antes citado, en lo no declarado inconstitucional o derogado, y por la Ley de Suelo de 1976 y legislación de desarrollo, que tras la sentencia reseñada ha vuelto a recobrar su vigencia con carácter supletorio.

En esta primera cuestión se plantea si el acuerdo municipal consistente en que destina unos terrenos calificados por el planeamiento como zona verde, sistema general inscrito en el inventario de bienes municipales como bienes de dominio y uso público, a club de golf, otorgando la concesión del uso privativo mediante concurso público resulta ajustado a derecho.

La respuesta debe ser negativa. El artículo 12.1 de la Ley del Suelo de 1976 establece en su número 1 que «los Planes Generales Municipales de Ordenación contendrán las siguientes determinaciones de carácter general: b) ... los espacios libres destinados a parque público y zonas verdes ...». Reiterándose tal determinación en su número 2.1, letra c), respecto al suelo urbano.

Resulta evidente que en el supuesto planteado aparece así calificado por el planeamiento. Luego el cambio de destino y de uso del mismo no puede hacerse, sin más, a través de un acuerdo municipal, sino que sería necesario la modificación del Plan General que, conforme al artículo 49.1 del referido texto legal se realizaría con arreglo «a las mismas disposiciones enunciadas para su formación». Es más, el artículo 50 exige para el caso de que la modificación tuviera por objeto -como es el caso que nos ocupa- una diferente zonificación o uso urbanístico de las zonas verdes o espacios libres previstos por el Plan, unos requisitos especiales (habrá que entender la actuación del Consejo de Ministros a que el precepto se refiere, referido en la actualidad al órgano competente de la Comunidad Autónoma). Se trataría, por tanto, de una modificación cualificada para la que la Ley exige mayores requisitos que para una modificación del planeamiento normal, a fin de proteger estos terrenos de una manera especial por su adscripción al uso público.

Por tanto, al adoptar el Ayuntamiento ese acuerdo está infringiendo una disposición con valor reglamentario como es un Plan General de Ordenación Urbana. Está asumiendo unas competencias que no le corresponden puesto que la aprobación final de este instrumento urbanístico corresponde a las Comunidades Autónomas así como su modificación.

Por todo ello, ese acuerdo municipal puede ser calificado como nulo de pleno derecho a tenor de lo dispuesto en el artículo 62.1 b) de la Ley 30/1992, de 26 de diciembre.

2. El artículo 63 de la Ley reguladora de las Bases de Régimen Local (LBRL), en su número 1 b), exige para que los miembros de las corporaciones locales puedan impugnar los acuerdos de aquéllas, que hubieren votado en contra de los mismos. Ahora bien, el artículo 304 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 establece que «la acción en materia urbanística es pública», por tanto, la existencia de legitimación del concejal parece fuera de toda duda, al tener, además, la condición de vecino de ese municipio. Por otra parte, en el relato de hechos no se especifican las razones de la no asistencia, podría deberse a que no fue convocado o a alguna causa ajena a su voluntad, en cuyo caso también estaría legitimado en su condición de concejal.

Respecto a la calificación del escrito presentado por aquél es preciso reseñar que no se indica la fecha del mismo ni siquiera donde lo presenta, por tanto, bien pudiera tratarse de un recurso potestativo de reposición (el acuerdo agota la vía administrativa), o bien, incluso, de una solicitud de revisión de oficio de un acto nulo de pleno derecho a tenor de lo previsto en el artículo 102 de la Ley 30/1992, en el caso de que hubiera pasado el plazo para la interposición de aquel recurso. Sea en uno o en otro caso, se pondría en marcha el oportuno procedimiento administrativo por los trámites previstos en la Ley antes citada que debería finalizar con una resolución plenaria decretando la nulidad del acuerdo, previo dictamen favorable en tal sentido del Consejo de Estado u Órgano Consultivo Superior de la Comunidad Autónoma, en el caso de que se hubiere seguido el procedimiento de revisión de oficio del artículo 102 de la Ley 30/1992.

3.A) El artículo 15.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas exige para la capacidad de obrar de empresarios que fueran personas jurídicas la escritura de constitución o modificación inscrita en el Registro Mercantil. La Ley de Sociedades Anónimas exige idénticos requisitos. Por tanto, en principio, no puede ser contratista porque carece de capacidad de obrar y, por tanto, es correcta la actuación de la mesa de contratación.

Ahora bien, la aplicación del derecho privado, en el ámbito de la contratación administrativa es admitida, de forma supletoria, por el artículo 7.º del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las

Administraciones Públicas. Y en este sentido, el Código Civil regula las obligaciones sometidas a condición que podría ser de aplicación, en el presente caso, siempre que el interés público que debe presidir estos contratos no resultare perjudicado.

Realmente, en sentido estricto, no se es contratista con la Administración hasta que no media la adjudicación del contrato, hasta ese momento es un aspirante, por decirlo de alguna manera, a ser contratista, y ése será el momento de que se cumplan todos los requisitos exigidos por la Ley. Observamos cómo el mismo Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en su artículo 24, respecto a la unión de empresarios, les permite tomar parte en licitaciones sin exigirles la formalización de aquélla en escritura pública hasta que se le haya adjudicado el contrato a su favor. Es evidente que el supuesto no es el mismo; sin embargo, se pone de manifiesto cuál es el momento crucial para la Ley respecto al cumplimiento de ciertos requisitos.

En conclusión, en principio, esa sociedad anónima carece de capacidad de obrar, pero si se hubiera admitido aquella proposición condicionada a su inscripción en el registro, en un breve espacio de tiempo, y salvaguardado el interés público, al menos, sería discutible, desde el punto de vista jurídico, su posible admisión.

B) El artículo 86 establece que «en los pliegos de cláusulas administrativas particulares del concurso se establecerán los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación ...». Si observamos el supuesto de hecho respecto al contenido de dicho pliego, nada se dice respecto a este requisito. Por tanto, siendo éstos la *lex inter partes*, no parece ajustado a derecho que se rechace una proposición por este motivo. Por otra parte, en virtud del precepto citado, los únicos criterios que admite la Ley para la adjudicación en el concurso son los objetivos, y parece evidente que éste no lo es para el momento procedimental de la adjudicación, pudiendo serlo para alguno anterior como motivo de exclusión.

4. El criterio de presunción de temeridad en la oferta resulta, como es obvio, decisivo en el procedimiento de subasta donde el único factor de adjudicación va a ser el económico. En el concurso además de aquél se tienen en cuenta otros criterios, que se fijarán en los pliegos y que, a título enunciativo y no cerrado, se recogen en el referido artículo 86. Y, entre ellos, aparece el del precio. Pero si observamos lo que se estableció en los pliegos, en el presente supuesto, no aparece como primero el mismo. Por tanto, con carácter general, en principio, la mera presunción de temeridad no parece que, aisladamente y sin referencia al resto de criterios de adjudicación recogidos en los pliegos, sea motivo suficiente de exclusión, porque el mismo 86.2 dice que esos criterios se indicarán por orden decreciente de importancia y por la ponderación que se les atribuya.

De cualquier manera, el número 3 de dicho precepto, en sus dos párrafos, remite a los pliegos la valoración e importancia en una concreta adjudicación respecto a las ofertas desproporcionadas o temerarias.

5. Éste debe ser el factor determinante de la adjudicación en el concurso, a tenor de lo previsto en el artículo 88.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, debiendo motivarse la resolución.

6. El órgano de contratación no queda vinculado por la propuesta que haga la mesa de contratación. El artículo 82.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas

específica (aunque referido a la subasta, resulta de aplicación por remisión del art. 90) que «la propuesta no crea derecho alguno a favor del empresario propuesto frente a la Administración, mientras no se haya adjudicado el contrato por acuerdo del órgano de contratación». De manera que cabe entender que el órgano de contratación puede desistir del contrato celebrado siempre que, motivadamente, se justifique el interés público en el desistimiento.

7. A) Desafectar el subsuelo de dominio público y calificarlo como bien patrimonial. Procedimiento a seguir.

Antes de admitir o no la posibilidad jurídica planteada en la cuestión hay que señalar que habría que examinar el Plan General de Ordenación Urbana para ver si establece algún tipo de determinación o finalidad respecto al subsuelo en cuestión; de ser así sería vinculante para el Ayuntamiento, cuya actuación vendría delimitada por esa determinación.

Si en el Plan General de Ordenación Urbana nada se dice, la posibilidad de desafectación de los bienes de dominio público viene regulada en el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales aprobado por Real Decreto de 13 de junio de 1986.

De cualquier manera la cuestión sobre esta desafectación no es pacífica, porque todos los bienes de las Administraciones Públicas están afectados al cumplimiento de sus funciones. Pero también es cierto que la aplicación indiscriminada de la nota de afectación para calificar el dominio público puede llevar al absurdo de que cualquier bien empleado por las Administraciones, por simple que sea (un bolígrafo, un tintero ...) puede convertirse en bien de dominio público. Como ha indicado la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 27 de noviembre de 1985 «el criterio básico determinante de la afectación ... será la necesidad de que exista una relación de inmediatidad entre el bien afectado y el servicio público».

Respecto al procedimiento a seguir para esa desafectación se regula en el artículo 8.º (al que nos remitimos) del referido Reglamento de Bienes. Siendo preciso un expediente en el que se acredite su legalidad y oportunidad, información pública por el plazo de un mes y aprobación por el pleno municipal por la mayoría absoluta del número legal de sus miembros.

Otra posibilidad de desafectación sería la alteración automática de la calificación jurídica del bien por la aprobación definitiva de una modificación del Plan General de Ordenación Urbana, o por la aprobación de un proyecto de obras o servicios [art. 8.º 4 a) Rgto. de Bienes de las Entidades Locales].

B) Permuta con otros bienes.

La permuta es una figura jurídica prevista en el artículo 112.2 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales. Dicho precepto establece que «no es necesaria subasta en los casos de enajenación mediante permuta con otros bienes inmobiliarios, previo expediente que acredite la necesidad de efectuarla y la diferencia de valor no sea superior al cuarenta por ciento del que lo tenga mayor». En todo caso la permuta supone el cumplimiento de las reglas generales de las enajenaciones (arts. 113 y 118 Rgto. de Bienes de las Entidades Locales) y compensarse a metálico la diferencia de valor.

Habría, asimismo, de tenerse en cuenta las prescripciones de los artículos 79.1 del Texto Refundido de la LBRL y 109 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, respecto a la intervención de

la Comunidad Autónoma en la enajenación, debiendo autorizarla si el valor excede del 25 por 100 de los recursos ordinarios del presupuesto municipal; en otro caso la corporación debe comunicarle la enajenación.

C) Permuta a cambio de urbanizar la zona verde. Posibilidad de formalizar esta operación mediante convenio urbanístico.

Entendida la permuta como enajenación en sentido amplio, sería posible esta operación donde el Ayuntamiento entrega el subsuelo, una vez desafectado, y la otra parte contratante se compromete a urbanizar la zona verde.

Ahora bien, la admisibilidad de esta operación exige que se tenga en cuenta el Plan General de Ordenación Urbana y demás instrumentos de planeamiento urbanístico porque se trata de ejecución del mismo. Por tanto, su viabilidad o, al menos, su no prohibición debe deducirse de aquéllos.

Los convenios urbanísticos, como una expresión más de participación ciudadana en materia urbanística, son objeto de regulación detallada en ciertas legislaciones autonómicas, así por ejemplo en las Comunidades Autónomas, entre otras de Madrid o Navarra. La Ley 9/1995, de 28 de marzo, de Medidas de Política Territorial, Suelo y Urbanismo de la Comunidad de Madrid, los regula en su Título VII (Gestión Urbanística), en su Capítulo 2.º como un medio más eficaz de desarrollo de la actividad urbanística. De ahí que un campo propicio de los mismos sea el de la ejecución del planeamiento, en este caso urbanización de zona verde. Estos convenios pueden realizarse con entidades urbanísticas de conservación de derecho público o con entidades o sociedades de derecho privado.

Por tanto, nada impediría (vinculado a la ejecución del planeamiento urbanístico y respetando las determinaciones señaladas en los instrumentos de aquella naturaleza) la celebración de un convenio urbanístico donde se plasmará la operación acordada entre el Ayuntamiento y el contratista.

• SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- RD 1346/1976 (TR Ley del Suelo), arts. 12.1, 49.1 y 50.
- RDLeg. 1/1992 (TR Ley del Suelo), art. 304.
- Ley 30/1992 (LRJAP y PAC), arts. 62.1 b) y 102.
- Ley 7/1985 (LBRL), art. 63.1 b).
- Ley 13/1995 (Contratos de las Administraciones Públicas), arts. 7.º, 15.2, 83, 86, 88 y 90.
- RD 1372/1986 (Rgto. de Bienes de las Entidades Locales), arts. 8.º, 109, 112, 113 y 118.
- Texto Refundido de la LBRL, art. 79.
- STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 27 de noviembre de 1985.
- Ley 9/1995 de la Comunidad de Madrid (Política territorial, suelo y urbanismo), Título VII, Capítulo 2.º.