

D. DERECHO ADMINISTRATIVO	BIENES PÚBLICOS. CONTRATO DE OBRAS. URBANISMO	Núm. 103/2001
--------------------------------------	--	--------------------------

Julio GALÁN CÁCERES
Profesor del CEF

• **ENUNCIADO:**

Una consejería de la comunidad autónoma X solicita al Ayuntamiento de R, con fecha 1 de septiembre, la cesión gratuita de un edificio para ubicar en él un centro de formación profesional. Dicho edificio se encontraba catalogado en el Inventario Municipal de Bienes como bien patrimonial perteneciente al Ayuntamiento.

En dicho edificio se había ubicado una escuela infantil municipal dedicada a la enseñanza infantil desde el año 1970, fecha en que el Ayuntamiento la había adquirido a su antiguo propietario. Dicha utilización se había mantenido hasta principios de 1998. Desde entonces, la corporación municipal no había destinado el mismo a ninguna finalidad.

Mediante Acuerdo Plenario de 8 de octubre se acordó iniciar el procedimiento para proceder a dicha cesión, haciéndose condicionar la misma a que por parte de la consejería solicitante se asumieran los costes de rehabilitación del edificio, muy deteriorado como consecuencia del paso del tiempo. Esta pretendida rehabilitación exigía, prácticamente, su total derribo y una nueva edificación. Igualmente el Ayuntamiento condicionó la citada cesión a que la referida Consejería realizara las obras de reforma del mercado municipal.

La comunidad autónoma X, debido al acuciante problema en relación con la formación profesional, desea llevar a cabo cuanto antes las obras citadas.

Para ello, a través del procedimiento negociado con publicidad, la mesa de contratación propone la adjudicación de las mismas a la empresa LLL, S.A., y el órgano de contratación adjudica el contrato a la misma. Ésta no había hecho declaración de no estar incurso en causa de prohibición para ser contratista y, además, presentó certificación de clasificación expedida por el órgano competente de otra comunidad autónoma.

Es de resaltar que con carácter previo a la constitución de la citada mesa, el órgano de contratación había venido abriendo las diversas ofertas a medida que se iban recibiendo.

Durante la ejecución de las obras se detecta que es preciso redactar un proyecto reformado que afecte, fundamentalmente, a los firmes, a los movimientos de tierra, a la necesidad de nuevas mediciones de desbrozamiento y traslados de tierra.

El precio de las obras había ascendido a la cantidad de 240.000.000 de pesetas. La modificación pretendida alcanzaba los 80.000.000 de pesetas.

Es de significar que parte de las obras ya se habían realizado, incluso algunas de las que se pretende contemplar en el proyecto modificado, y que tanto la comunidad autónoma como el contratista están de acuerdo en la modificación indicada.

Ejecutadas algo más de la mitad de las obras y aprobadas las correspondientes certificaciones por un importe superior al 50 por 100 del presupuesto, la empresa presenta un escrito por el que solicita la devolución del 50 por 10 del importe de la fianza, en consonancia con la parte de la obra ejecutada y certificada. El órgano de contratación resuelve denegando dicha solicitud.

Finalizadas las obras, el servicio de vigilancia urbanística del Ayuntamiento denuncia que las mismas se llevaron a cabo sin la preceptiva licencia municipal.

El día 9 de marzo se comunica a la empresa LLL la apertura de expediente sancionador iniciado el día 3 de enero del mismo año, y, en el mismo expediente se le requiere para que proceda a la legalización de las obras en cuestión.

Dicho expediente finaliza el día 7 de julio por resolución del alcalde en la que se acuerda:

- 1. La demolición de lo construido, y*
- 2. La imposición de una multa.*

El representante legal de la citada empresa se defiende indicando que era la comunidad autónoma la que estaba obligada a solicitar la oportuna licencia, como titular del edificio en cuestión.

Por su parte, en el referido expediente, y, en el trámite de alegaciones, el susodicho representante legal había afirmado que unos meses antes del inicio de las obras había presentado un escrito en el Ayuntamiento acerca de la posibilidad y viabilidad fáctica y jurídica de las mismas, e indicando su convencimiento de dicha viabilidad, y que el Ayuntamiento no contestó aquel escrito, por lo que estimó concedida la licencia por silencio administrativo positivo.

Ante todo lo anterior, y toda vez que el edificio en cuestión no acaba de inaugurarse como centro de formación profesional, el Ayuntamiento solicita la devolución del mismo.

• **CUESTIONES PLANTEADAS:**

1. Calificación jurídica del edificio cuya cesión se pretende.
2. Viabilidad jurídica de la cesión.
3. ¿Resulta ajustado a derecho las condiciones impuestas por el Ayuntamiento a la comunidad autónoma para la cesión del edificio?
4. ¿Era obligatoria la constitución de la mesa de contratación en el presente caso?
5. ¿Resulta ajustado a derecho que el órgano de contratación fuera abriendo las ofertas a medida que se presentaban?
6. Analizar si resultó conforme a derecho la adjudicación realizada.
7. Analizar el ajuste a derecho de la modificación contractual llevada a cabo en el contrato, así como los diversos efectos de la misma.
8. ¿Actuó conforme al ordenamiento el órgano de contratación al denegar la devolución parcial de la fianza solicitada?
9. Comentar las incidencias urbanísticas que se plantean en el caso.
10. ¿Tiene derecho el Ayuntamiento a la devolución del edificio?

• **SOLUCIÓN:**

1. En relación con la primera cuestión respecto a la calificación jurídica del edificio que se pretende ceder a la comunidad autónoma, hemos de señalar que se trata de un bien de dominio público, propiedad del Ayuntamiento.

Esto es así porque el artículo 8.º 4 b) del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales permite la alteración automática de la calificación jurídica de los bienes de las entidades locales en el supuesto de adscripción de un bien patrimonial por más de 25 años a un uso o servicio público.

En este caso, este edificio, aunque catalogado en el Inventario de Bienes Municipal como patrimonial, es lo cierto que desde su adquisición por la Entidad Local en 1970, estuvo adscrito a un fin de servicio público como era el de la enseñanza infantil, y dicho uso se mantuvo hasta principios del año 1998.

Por todo ello, concurren los requisitos exigidos por el referido Reglamento de Bienes para que se produjera esa alteración automática de su calificación jurídica, pasando a ser de dominio público. El hecho de la inscripción como bien patrimonial en el Inventario no desvirtúa esta realidad incontestable, por otra parte. Lo que procede es que se lleve a cabo la oportuna rectificación en ese Inventario y se haga constar el verdadero carácter del edificio en cuestión.

2. Respecto a la viabilidad jurídica de la citada cesión, hay que significar que, con razón a lo que se ha apuntado en la respuesta anterior no es posible la misma, a menos que se vuelva alterar la calificación jurídica del bien.

El medio para llevar a cabo tal alteración será la desafectación del bien por los trámites que regula el artículo 8.º y siguientes del indicado Reglamento de Bienes de las Entidades Locales. En ese precepto se prevé un expediente en el que deberá acreditarse la oportunidad y legalidad de tal alteración, se contempla un trámite de información pública por plazo de un mes y, finalmente, acuerdo plenario adoptado por la mayoría absoluta del número legal de miembros de dicha corporación.

El artículo 5.º del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, en consonancia con lo dispuesto en la propia Constitución, establece el carácter de inalienables de los bienes de dominio público. Si la cesión se operara sin llevarse a cabo la indicada alteración de su calificación jurídica, esa cesión sería nula de pleno derecho, por prescindir total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido para ello [art. 62.1 e) LRJAP y PAC].

Una vez desafectado el edificio, esto es, adquirido nuevamente el carácter de bien patrimonial, sería posible la cesión del mismo con la finalidad indicada.

En este sentido, el artículo 109.2 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales permite la cesión para fines que redunden en beneficio del municipio, y es claro que si el deseo de la comunidad autónoma cesionaria es dedicar el mismo a centro de formación profesional, parece fuera de toda duda el carácter beneficioso que tendrá para la población.

El problema que pudiera concurrir en este caso es que el Ayuntamiento impone condiciones tales como rehabilitar el mismo, a través de una obra de gran envergadura o que la comunidad autónoma repare el mercado municipal, y esto podría desvirtuar el carácter, en principio gratuito de la referida cesión. Se podría tratar, en suma, de una enajenación en la que la contraprestación de la parte compradora no se concreta en el pago de un precio sino en prestaciones de otra naturaleza. Si tal fuera el supuesto, el artículo 112 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales exige la subasta como forma de enajenación de sus bienes patrimoniales. En cualquier caso, hay que señalar que el propio Código Civil (CC), al regular la donación, permite un tipo, como son las remuneratorias, en las que el donatario debe realizar una contraprestación a cambio de la cosa donada.

Por todo ello, nos inclinamos a pensar en la viabilidad jurídica de la cesión que comentamos.

3. Respecto a si resulta ajustado a derecho las condiciones impuestas por el Ayuntamiento a la comunidad autónoma ya han sido comentadas en la respuesta anterior.

Entendemos que es posible en base al principio de la autonomía de la voluntad de las partes en los contratos a que se refiere el artículo 1.255 del CC.

La cesión, en suma, es un negocio jurídico de naturaleza civil (arts. 5.º y 9.º TRLCAP), aunque adquiera naturaleza de contrato administrativo por redundar en beneficio de la colectividad.

4. Respecto a si era obligatoria la constitución de la mesa de contratación hay que señalar que no era obligatoria, sino facultativa.

Al utilizarse como procedimiento de adjudicación el negociado, cuestión distinta es si esto fue ajustado a derecho o no que ya analizaremos en otra respuesta, es lo cierto que el artículo 92.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP) establece ese carácter facultativo al señalar «cuando se hubiere constituido la mesa de contratación... en procedimiento negociado».

5. Con relación a la conducta desplegada por el órgano de contratación consistente en que fue abriendo las diversas ofertas según iban llegando y con carácter previo a la constitución de la mesa de contratación, hay que señalar que nada de reprochable hubo en ella.

No constituyendo las ofertas, en el procedimiento negociado verdaderas proposiciones, carece de sentido hablar de apertura de ofertas en un acto único y simultáneo para todas las recibidas, como sería preceptivo si se tratara de subasta o concurso, ya que nada impide que las ofertas se vayan examinando a medida que se presenten y sobre la base de este examen se inicie la negociación esencial del procedimiento negociado.

6. En relación a si resultó ajustada a derecho la adjudicación operada, debemos analizar las diversas circunstancias que concurrieron en la misma. Así:

A. Utilización del procedimiento negociado.

No fue ajustada a derecho, en principio, la utilización de esta modalidad de procedimiento. El supuesto nos indica que se hizo con publicidad. Pues bien, no encuentra cobertura en ninguno de los supuestos del artículo 140 ó 141 del TRLCAP en donde se contemplan los supuestos en que puede acudir a esta modalidad de adjudicación. Posiblemente hubiera podido utilizarse la tramitación urgente del expediente de contratación a que se refiere el artículo 71 del texto mencionado si se hubiera perseguido acelerar las obras por razones de interés público, y hubiera conllevado una reducción en los plazos, preferencia para informes..., pero nada tiene que ver con el procedimiento negociado.

Por tanto, y, en base a ello, sería suficiente para calificar la citada adjudicación como nula de pleno derecho, al amparo de lo previsto en el artículo 62.1 e) de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

B. No presentó declaración de no estar incurso en causa de prohibición para ser contratista.

Éste es un defecto perfectamente subsanable. No se trata de que esté incurso en alguna de esas causas que acarrearía la nulidad de la adjudicación, sino, simplemente, de que no lo ha acreditado con ese escrito. En este caso, el órgano de contratación debió darle un plazo para subsanar este defecto (art. 101

RCE de 1975). Si, en todo caso, no se le otorgó esa posibilidad por parte de la Administración, cuya es la culpa y, por tanto, en ningún caso puede ser causa para la invalidez de la adjudicación operada.

C. Clasificación acordada por otra comunidad autónoma distinta a la que celebra el contrato.

Esta posibilidad viene contemplada en el artículo 29.4 del TRLCAP, que admite las clasificaciones hechas por otras comunidades autónomas distintas a las que celebra el contrato si se ha practicado la inscripción de aquélla en el Registro Oficial de Empresas Clasificadas que se lleva en el Ministerio de Hacienda. En este caso, esa clasificación servirá para celebrar contratos con otra comunidad autónoma distinta.

7. Respecto a la modificación operada en el contrato de obras, realmente, causa perplejidad y sorpresa.

No parecen suficientemente motivadoras las razones alegadas, atendiendo al interés público que debe presidir tanto la contratación administrativa como cualquier alteración de la misma.

Las causas que se expresan para justificar la modificación parece más bien que se deben a imprevisiones y deficiencias en la redacción del proyecto original que a nuevas necesidades modificadoras del interés público. Se habla de movimientos de tierras, desbroces, etc., cuestiones todas ellas existentes a la hora de redactar el primitivo proyecto de obras por parte de quien correspondiese, con arreglo a la normativa jurídica, así como a la hora de efectuar el acta de replanteo de las obras que exige la comprobación de la realidad física y geométrica y la disponibilidad de los terrenos.

Si además tenemos en cuenta que la modificación pretendida supera, en demasía, el 20 por 100 del presupuesto del contrato, parece, en suma, que se quiere evadir el trámite de concurrencia y participación en la licitación apoyándose en un deficiente proyecto técnico para ampliar la contratación a una empresa que, inicialmente, fue la adjudicataria de unas obras, parece que distintas, a las que ahora se van a ejecutar.

De cualquier modo, y, salvado el derecho de quien pudiera tener interés en este caso por las razones antes aludidas que pudiera ejercitar la acción de recurso pertinente, es lo cierto que existió acuerdo entre las partes del contrato para llevar a cabo esa modificación, así como que parte de las obras ya se han realizado (ignoramos cuáles, aunque se hace difícil de digerir si tenemos en cuenta las razones apuntadas para redactar un nuevo proyecto) devengando el contratista su derecho al cobro de lo realizado, por lo que podría admitirse la modificación proyectada. En este sentido se pronunció el Consejo de Estado en su Dictamen 1834/1995, de 11 de octubre.

8. En relación a los distintos efectos que pudiera provocar esa modificación, debemos distinguir:

A. En atención a lo dispuesto en el artículo 149 e) del TRLCAP, el contratista podría resolver el contrato al superar el 20 por 100 del presupuesto inicial. En este caso, la empresa aceptó la modificación. Como consecuencia de ello se ha de proceder, igualmente, a adoptar las medidas precisas para el mantenimiento del equilibrio económico financiero con respecto al contratista.

B. A tenor de lo preceptuado en el artículo 42 del citado texto legal, en el plazo de 15 días ha de procederse a un reajuste de la garantía definitiva, y, en su caso, de otras que pudieran existir.

C. Finalmente, según el artículo 101.2 se ha de proceder a la formalización en documento administrativo.

9. Respecto a la denegación por parte de la Administración al contratista sobre la devolución del 50 por 100 de la fianza definitiva, hay que señalar que habrá que estar a lo previsto en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares. Así lo señala el artículo 47.2 del TRLCAP cuando dice que «en el supuesto de recepción parcial podrá solicitar el contratista la devolución o cancelación en parte proporcional de la garantía definitiva cuando así lo autorice, expresamente, el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares».

Respecto a las circunstancias urbanísticas diferenciamos las siguientes cuestiones:

A. La alegación de que obtuvo por silencio administrativo la licencia.

Nada más lejos de la realidad. No obtuvo por silencio administrativo positivo ninguna licencia porque, entre otras razones, en ningún momento la solicitó.

Equiparar a que solicitó la licencia cuando se dirigió al Ayuntamiento tanteando sobre las posibilidades de llevar a cabo la obra es confundir las cosas. Lo que el representante legal de la empresa hizo vino a ser una consulta urbanística del artículo 6.º 2 de la Ley 6/1998, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones. Esto no puede equipararse a solicitar una licencia porque entre otras circunstancias con la solicitud hay que acompañar proyecto técnico, pagar tasa, etc., en resumen cumplir los requisitos exigidos por la legislación urbanística autonómica y por el Reglamento de Servicio de las Corporaciones Locales, aparte de las correspondientes ordenanzas municipales que pudieran existir al respecto.

B. Resolución adoptada en el expediente sancionador.

Parece que tiene vicios que la invalidan en derecho. Así:

a) Iniciado el expediente sancionador el día 3 de enero, no se le notificó al expedientado hasta el día 9 de marzo. De esta manera se había producido la caducidad del procedimiento, pues la Administración tenía el plazo de dos meses para realizar dicha notificación, a tenor de lo previsto en el artículo 6.º 2 del Real Decreto 1398/1993 que regula el Reglamento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora de la Administración.

b) En el mismo procedimiento se acuerda, por un lado, la sanción, y, por otro, el restablecimiento de la legalidad urbanística vulnerada. Aunque nada, desde el punto de vista jurídico, obsta a que esto pueda hacerse así, es lo cierto que se trata de dos cuestiones diferentes que en la normativa se trata de distinta manera. En el primer caso es la investigación de si se ha cometido una presunta infracción urbanística, y en el segundo se trata de adoptar medidas concretas para el restablecimiento de la situación urbanística alterada. Las normas prevén trámites diferentes para uno y otro que nada tienen que ver entre sí. En defecto de legislación autonómica al respecto, se aplicarán, por un lado, el Reglamento de Disciplina Urbanística y, por otro, el artículo 185 y siguientes de la Ley del Suelo de 1976, respecto al referido restablecimiento de la legalidad urbanística alterada.

C. Demolición ordenada por el Ayuntamiento.

Por lo que se refiere a la demolición ordenada, no es posible pronunciamiento alguno concreto a la vista de los datos que aporta el relato de hechos.

Habría que examinar las normas del planeamiento urbanístico concreto (PGOU, especialmente) para poder calificar como ajustada a derecho o no la demolición ordenada.

Al amparo del artículo 185 citado, en principio habría que requerirle para que solicitara la licencia en el plazo de dos meses; si no lo hace así o haciéndolo se le deniega por ser contraria al planeamiento en vigor, la demolición será procedente.

D. Alegación del representante legal de la empresa en el sentido de que la responsabilidad para solicitar la licencia recaía en la comunidad autónoma que era el nuevo titular del edificio.

Creemos que no tiene razón en su argumento, al menos, en su responsabilidad frente al Ayuntamiento.

A efectos de disciplina urbanística, el artículo 57.1 del Real Decreto 2187/1987 (Rgto. de Disciplina Urbanística) señala como responsables al promotor, al empresario y al director técnico de las obras.

Por tanto, a los efectos de disciplina urbanística, todos pueden ser responsables frente a la Ley, y frente a todos ellos, en principio, se debe puede y debe dirigir el oportuno expediente.

Es cierto que a tenor de lo previsto en el artículo 185.1 de la Ley del Suelo de 1976, así como en el artículo 31 del Real Decreto 2187/1978 (Rgto. de Disciplina Urbanística) y en el 9.º de la Ley de Ordenación de la Edificación, Ley 38/1999, de 5 de noviembre, se establece la obligación para el promotor de las obras de gestionar y obtener las licencias y autorizaciones necesarias para aquéllas. Sin embargo, el cumplimiento o incumplimiento de esta obligación es algo que pertenece a la esfera de las relaciones contractuales internas entre todos ellos y que podrá originar las oportunas reclamaciones entre ellos. A efectos urbanísticos, y para evitar confusiones al respecto y para una mejor salvaguarda del interés general, la responsabilidad es conjunta.

10. Finalmente, respecto a la procedencia de la solicitud de devolución del bien cedido, hay que señalar que, suponiendo que no existiera infracción del ordenamiento jurídico alguna, cosa que, como hemos visto no es así, puesto que a lo largo de todo el proceso se han producido diversas actuaciones ilegales, hay que señalar que el artículo 111 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales permite la reversión de los bienes si deja de estar destinado al uso para el que se cedió, exigiéndose un mínimo de 30 años afecto a ese uso.

En el presente caso ignoramos las circunstancias de si se destinó al fin que motivó la cesión, habida cuenta de los problemas de toda índole originados, y si fue así cuánto tiempo se mantuvo en el mismo. Desde luego, si el uso no se inició se vulneraría el fundamento de la cesión y, por tanto, el bien debería revertir al Ayuntamiento.

• **SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:**

- **RDLeg. 2/2000 (TRLCAP), arts. 5.º, 9.º, 42, 47.2, 92, 101.2 y 149 e).**
- **RD 1372/1986 (Rgto. de Bienes de Entidades Locales), arts. 2.º, 5.º, 8.º, 109.2 y 111.**
- **RD 1346/1976 (TR Ley del Suelo), art. 185.**
- **Ley 6/1998 (Régimen del Suelo y Valoraciones), art. 6.º 2.**
- **RD 2187/1978 (Rgto. de Disciplina Urbanística), arts. 31 y 165.**
- **RD 1398/1993 (Potestad Sancionadora de la Administración), art. 6.º 2.**
- **Ley 38/1999 (Ordenación de la Edificación), art. 9.º.**