

D. DERECHO ADMINISTRATIVO	PATRIMONIO. CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA	Núm. 36/2004
--------------------------------------	--	-------------------------

Javier FERNÁNDEZ-CORREDOR SÁNCHEZ-DIEZMA

Letrado del Tribunal Supremo

• **ENUNCIADO:**

La Comunidad de Madrid es titular de un terreno destinado, según el Plan General de Ordenación Urbana (PGOU), a parque público, encontrándose enclavado entre varias sedes de distintas Consejerías de la Comunidad de la ciudad de Madrid, pero sin adscripción a ninguna de ellas. Como consecuencia del poco espacio existente en ese lugar para aparcamiento de vehículos que originaba continuos atascos con el consiguiente perjuicio para el tráfico rodado y la tranquilidad de los vecinos allí residentes que, en diversas ocasiones, han dirigido escrito al titular de la Consejería más próxima al parque que, en concreto, era el de Obras Públicas, Vivienda y Urbanismo solicitando se adopten las medidas precisas para solucionar el problema existente y, especialmente, el del estacionamiento de sus vehículos ya que carecen de sitio para ello, el titular de la citada Consejería dicta una resolución por la se decide construir un aparcamiento subterráneo que se extenderá sobre el subsuelo del referido parque, ignorando en ese momento si una vez construido se enajenará a los propietarios de viviendas allí existentes o si se optará por acudir a alguna de las modalidades de explotación y gestión contempladas en la normativa actual.

Ante tal decisión, una asociación, cuyo objeto social es la defensa de los parques públicos y espacios libres de la ciudad de Madrid a fin de que, por las oportunas decisiones administrativas y, en concreto, la técnica de la clasificación o calificación del suelo, se vayan perdiendo, paulatinamente, dichos espacios, presenta un escrito dirigido al titular de la Consejería oponiéndose a tal tipo de construcción pues, en su opinión, es, en todo caso, jurídicamente imposible ubicar el aparcamiento en el lugar indicado.

Sin que por parte de la Consejería se dé contestación a dicho escrito se procede, sin más trámites, a poner en marcha el oportuno expediente de contratación administrativo a fin de seleccionar por procedimiento restringido y concurso al contratista que se encargue de la construcción del mismo.

Al procedimiento ofertado, entre otras, se presentan las siguientes ofertas:

A) Una oferta de una sociedad anónima en la que indicaba que, de resultar adjudicatario, estaba pendiente de una subvención solicitada a la Administración Autonómica cuyas noticias eran muy positivas en el sentido de que se la iban a conceder y, además, en poco tiempo, para poder afrontar la obra.

B) Otra oferta presentada por una sociedad anónima que era deudor del Ayuntamiento de Madrid, en concreto por diversas tasas, estando ya abierta la vía de apremio contra la misma.

C) Otra oferta de una sociedad anónima que, de acuerdo con el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, aportaba, con el fin de que fuera puntuado en los términos previstos en los citados Pliegos, el grado de cumplimiento en la ejecución de otros contratos análogos celebrados con la Administración.

Finalizado el plazo para la presentación de ofertas, sin que el Presidente de la Mesa de Contratación ordenara la citación de sus diversos miembros y sin que, por tanto, constara orden del día para sesión alguna, aprovechando que coincidieron todos sus componentes menos uno, que no era el letrado ni el interventor, se reunieron a fin de realizar la oportuna propuesta de adjudicación, extremo que llegaron a realizar.

El órgano de contratación, aceptando la propuesta de la Mesa, adjudica el contrato.

El adjudicatario, solicitada y obtenida, exclusivamente, la licencia de obras municipal, da inicio a las mismas finalizando a los dos años tal y como estaba previsto en el contrato.

La Comunidad de Madrid decide, una vez construido el aparcamiento, convocar el oportuno concurso para su gestión y explotación.

Las proposiciones de ese concurso fueron abiertas el día 9 de marzo. Como se llegara al día 30 de junio del mismo año sin que se hubiera resuelto, la Administración decide, ante el transcurso del tiempo marcado en la Ley para haberlo resuelto, declarar desierto el mismo haciendo constar en su motivación lo acabado de exponer.

Para evitar más pérdidas de tiempo, acaba celebrándose, finalmente, un Convenio entre la Comunidad de Madrid y una empresa municipal (sociedad mercantil) del Ayuntamiento de Madrid para que ésta se encargue de la gestión y explotación del aparcamiento subterráneo.

• **CUESTIONES PLANTEADAS:**

1. La decisión acordando la construcción del aparcamiento subterráneo ¿fue adoptada por el órgano competente?
2. ¿Cuál es la naturaleza jurídica del escrito de la asociación presentado a la Consejería?, ¿tienen razón en su afirmación de que es imposible jurídicamente y, en todo caso, construir el aparcamiento en ese lugar?
3. ¿Qué ocurrirá ante la no contestación, por parte del consejero, a dicho escrito?
4. ¿Resulta ajustado a derecho que, directamente y sin el cumplimiento de ningún requisito más, la Administración ponga en marcha el expediente de contratación administrativo para seleccionar al contratista?
5. Comentar las incidencias, si existieren, de las diversas ofertas presentadas al concurso.
6. ¿Resulta ajustado a derecho el modo de actuación de la Mesa de Contratación al realizar la propuesta de adjudicación del contrato?
7. ¿Cómo será la licencia de obras concedida al contratista?
8. ¿Resulta ajustada a derecho la resolución del órgano de contratación declarando desierto el concurso convocado para la gestión y explotación del aparcamiento?
9. Comentar, razonadamente, la validez o invalidez del Convenio celebrado entre la Comunidad de Madrid y la empresa municipal del Ayuntamiento de Madrid para la gestión y explotación del aparcamiento subterráneo.

• **SOLUCIÓN:**

1. En relación a si era o no competente el órgano que adoptó la decisión de construir un aparcamiento subterráneo, hemos de señalar que no lo era.

El parque tiene a consideración de un bien de dominio público puesto que está afecto al uso general según el artículo 4.º de la Ley de Patrimonio de la Comunidad de Madrid 3/2001, de 21 de junio. Según el artículo 7.º de la misma Ley «el ejercicio de las funciones dominicales sobre el patrimonio de la Comunidad de Madrid -según el art. 2.º 1, está constituido por los bienes y derechos que le pertenezcan-, así como su representación extrajudicial, corresponde a la Consejería de Hacienda, salvo que esta Ley disponga, expresamente otra cosa o cuando estén atribuidas, por cualquier otra norma con rango de Ley, al Gobierno o a cualquier otro órgano de la Comunidad de Madrid».

En el caso que analizamos se dice expresamente que el parque no estaba adscrito, en concreto, a ninguna Consejería, luego el órgano competente era el Consejero de Hacienda, siendo el acto del Consejero de Obras Públicas, Vivienda y Urbanismo nulo de pleno derecho por ser órgano manifiestamente incompetente, a tenor de lo previsto en el artículo 62.1 b) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

2. Respecto al escrito de la asociación:

A) Naturaleza de dicho escrito.

Ha de entenderse que se trata de un recurso de reposición, puesto que se trata del acto de un Consejero que, con arreglo al artículo 53.1 de la Ley de Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid de 13 de diciembre de 1983, pone fin a la vía administrativa.

La legitimación de dicha Asociación está fuera de toda duda, a tenor del artículo 31 a) de la Ley 30/1992, pues, por el objeto de la misma, que es la defensa y protección de parques y espacios libres a fin de evitar su desaparición o transformación, son titulares de unos intereses legítimos susceptibles de protección en la vía administrativa de recursos y, en su caso, de la vía jurisdiccional, siempre que su pretensión se circunscriba a lo que constituye su objeto.

B) Imposibilidad jurídica y, en todo caso, para construir el aparcamiento en ese lugar.

Entendemos que carecen de razón en esta extrema postura de no poder, en ningún caso, construirse el aparcamiento subterráneo en el subsuelo del parque público. Sí era posible, aunque, como veremos más adelante, había que cumplir unos requisitos previos que, en este caso, no se cumplieron.

El tema de la propiedad separada del suelo y del subsuelo es un tema que viene planteándose desde hace mucho tiempo, en concreto al subsuelo de bienes demaniales, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia habiendo encontrado diversidad de respuestas y soluciones a lo largo de distintos momentos. Pero, en la actualidad, se ha clarificado bastante la cuestión, tanto en vía doctrinal como jurisprudencial, en el sentido de admitirse la separación entre el suelo de un bien demanial y el subsuelo del mismo, como propiedades separadas.

Artículo clave en esta cuestión es el artículo 350 del Código Civil (CC) que es el que proporciona un marco conceptual sobre la base de la extensión vertical de la propiedad, al indicar:

«El propietario de un terreno es dueño de su superficie y de lo que está debajo de ella y puede hacer en él las obras, plantaciones y excavaciones que le convengan, salva las servidumbres y con sujeción a lo dispuesto en las Leyes sobre Minas, Aguas y en los Reglamentos de Policías.»

Siguiendo el trabajo sobre la materia de Jaime Concheiro Del Río, «La propiedad separada del suelo y del subsuelo» ganador, con este artículo, del Premio 150 Aniversario «El Consultor de los Ayuntamientos» del presente año, un sector doctrinal considera posible la extensión de la propiedad sobre el suelo y el subsuelo; pero la mayoría era contraria o restrictiva indicando que la extensión del dominio sobre el subsuelo llega hasta donde sea requerido por el interés del propietario. Otros

indicaron que el subsuelo debería de atribuirse al Estado como bien patrimonial basándose en el artículo 21.1 de la Ley de Patrimonio del Estado de 15 de abril de 1964 que dice que «pertenecen al Estado como bienes patrimoniales los inmuebles vacantes y sin dueños conocidos».

Por su parte, la legislación sectorial especial tales como la Ley de Aguas o de Minas realizan pronunciamientos expresos al respecto, artículos 12 y 2.º, respectivamente, de ambas leyes, dando respuesta a este problema.

Actualmente, la separación del suelo y del subsuelo, como objeto de propiedad, es unánimemente admitida, especialmente por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS), por ejemplo, en Sentencias de 1 de diciembre de 1987 y de 20 de julio de 1990.

Desde el punto de vista urbanístico nada impide que bajo un espacio libre se construya un edificio con finalidad distinta a la desarrollada en la superficie, excepto en aquellos casos en que el destino público del terreno se vea dificultado o alterado esencialmente (SSTS de 29 de marzo de 1990 y 2 de mayo y 27 de febrero de 1997).

Por su parte, desde el punto de vista hipotecario, la reciente Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 4 de abril del 2002, ha admitido como inscribible en el Registro de la Propiedad, como finca independiente, una unidad subterránea constituida por un volumen edificable bajo suelo de carácter público, previa la correspondiente desafectación como bien demanial de aquella unidad, configurándose como bien patrimonial.

3. En relación a la no contestación por parte del Consejero al escrito de la asociación, al tratarse de un recurso de reposición, se ha de entender como silencio administrativo negativo o desestimatorio, según el artículo 43.2 de la Ley 30/1992, quedando ya expedita la vía contencioso-administrativa.

4. Respecto a la conducta de la Administración que, sin cumplir con algún requisito más, directamente pone en marcha el expediente de contratación administrativa para seleccionar al contratista, debemos señalar que obró incorrectamente y de modo no ajustado a derecho.

Anteriormente señalábamos que la asociación no tenía razón en su afirmación de que era jurídicamente, y, en todo caso, imposible ubicar el aparcamiento en ese lugar, pero era preciso cumplir ciertos requisitos, en concreto:

A) Debió desafectar el subsuelo del parque público que tenía, al igual que éste, el carácter de bien de dominio público, para convertirlo en bien patrimonial. A este trámite y procedimiento se refiere el artículo 23 de la Ley de Patrimonio de la Comunidad de Madrid, debiendo haberse incoado el oportuno expediente de desafectación resuelto por el Consejero de Hacienda.

B) No podemos olvidar que el destino del terreno como bien demanial, parque público y, por tanto, del subsuelo, venía determinado por el PGOU de Madrid. Por ello, la vinculación de ese suelo y subsuelo al dominio público era obligatoria (art. 64 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, de Suelo de la Comunidad de Madrid).

Por ello, cualquier cambio en este aspecto debía venir autorizado por el propio Plan General, porque de lo contrario un acto administrativo vulneraría una norma reglamentaria como es el Plan. De ahí que fuera preciso abordar una modificación del Plan General, de acuerdo con el artículo 67 de la Ley de Suelo de la Comunidad de Madrid que, teniendo en cuenta el número 2 de dicho precepto, al desafectar suelo de un destino público debía contemplar las medidas compensatorias precisas para mantener la cantidad y calidad de las dotaciones previstas respecto al aprovechamiento urbanístico del suelo.

El procedimiento para la modificación del Plan, según el artículo 67.1, será el mismo que el seguido para su aprobación, desarrollado en los artículos 56 y siguientes de la referida Ley del Suelo.

También es de resaltar que el artículo 69.2 prevé la revisión del Plan, y no la simple modificación, cuando pudiera suponer «la disminución de zonas verdes o espacios libres», que, creemos, en una interpretación muy estricta, pudiera ser de aplicación al caso presente.

5. Respecto a las diversas ofertas a que se refiere el relato de hechos, podemos comentar lo siguiente:

A) Oferta de la sociedad anónima en la que indica que está pendiente de recibir una subvención. Esta oferta no es ajustada a derecho. Está condicionada a la obtención de una subvención, esto implica que no es una oferta real, sino hipotética y condicionada. No asegura el cumplimiento del inicio del contrato. No es una oferta cierta, como exige la Ley y el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares donde se recogería el modelo y el contenido que debían tener las ofertas y, donde, desde luego, no se recogería esta modalidad de oferta condicionada. Por tanto, la misma ha de ser rechazada.

Es cierto que en el CC se recogen como una modalidad de las obligaciones las condicionales, que se hacen depender su eficacia y validez de un acontecimiento futuro, ahora bien, la contratación administrativa tiene por causa el interés público y le es aplicable, en primer lugar, su propia normativa. Por tanto, si tal modalidad de obligación no viene autorizada expresamente por los pliegos, que es la *lex inter partes* del contrato, esa oferta no puede ser tenida en consideración.

B) Oferta de la sociedad anónima deudora del Ayuntamiento de Madrid.

No existe ningún problema para su admisión. No está incurso esta contratista en causa de prohibición alguna. El artículo 13 del Decreto de la Comunidad de Madrid 49/2003, de 3 de abril, que aprueba el Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid exige para que el carácter de deudor sea causa de prohibición para ser contratista, que lo sea con la Comunidad de Madrid y, además, se encuentre en vía ejecutiva. En el presente caso, la deuda se mantiene con el Ayuntamiento.

C) Oferta de la sociedad anónima donde acredita, de acuerdo con el pliego, para que sea puntuado, el grado de cumplimiento en contratos análogos con la Administración.

En principio la oferta no plantea ningún problema puesto que, como afirma el relato de hechos, este criterio está recogido y puntuado por el pliego de cláusulas administrativas particulares, por lo tanto, hace bien el contratista en aportar este extremo para que su puntuación sea mayor y tenga más posibilidades de resultar adjudicatario.

Ahora bien, lo que no parece tan ajustado a derecho es la cláusula del pliego que recoge dicho extremo, pues los criterios de selección que se recojan habrán de ser objetivos y relativos al proyecto, esta causa recogida parece más bien subjetiva y relativa a los concursantes, no al proyecto.

De cualquier manera, había un plazo para recurrir las cláusulas no ajustadas a derecho, si éste pasó, ese acto será firme e inatacable por vía de los recursos ordinarios, con independencia de la revisión de oficio por la propia Administración a tenor de lo establecido en los artículos 102 y siguientes de la Ley 30/1992.

6. Respecto a si obró correctamente la Mesa de Contratación al realizar la propuesta de adjudicación del concurso convocado debemos señalar que no.

Es cierto que el artículo 19 del Reglamento de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid señala que «finalizado el plazo de admisión de ofertas o solicitudes de participación, y una vez recibidas las que fueron enviadas por correo... se constituirá la Mesa de Contratación...». Pero esto no significa que exista una convocatoria automática porque es preciso fijar día, hora y orden del día que deberá notificarse por el Secretario de la misma, por orden de su Presidente a los que conforman este órgano colegiado.

Le será de aplicación lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 30/1992 (que no fue declarado inconstitucional por la STC 50/1999) en todo lo concerniente a convocatoria, sesiones y acuerdos de los órganos colegiados. Por ello, al no haber existido convocatoria alguna de sus miembros, ni por tanto fijación de orden del día previo alguno, habrá que aplicar lo dispuesto en el número 3 del citado artículo 26 en el sentido de que «no podrá ser objeto de deliberación y acuerdo ningún asunto que no figure incluido en el orden del día, salvo que estén presentes todos los miembros del órgano colegiado y se declare la urgencia del asunto por el voto favorable de la mayoría». En el caso que analizamos uno de los miembros, que no fue ni el letrado ni el Interventor, no asistió a la sesión, ni fue citado para la misma.

De manera que el acto realizado por la Mesa de Contratación será nulo de pleno derecho a tenor del artículo 62.1 e) de la Ley 30/1992, por prescindir de las normas esenciales que regulan la formación de voluntad de un órgano colegiado.

7. Respecto a la valoración jurídica de la licencia de obras municipal otorgada será nula de pleno derecho por lo que, más adelante, referiremos.

No era suficiente la existencia de dicha licencia para abordar la obra de que se trataba. La obra y posterior finalidad de un aparcamiento subterráneo es, cuando menos, una actividad molesta, a tenor de lo previsto en el artículo 3.º del Decreto 2424/1961 del Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas. Por ello, teniendo en cuenta el Anexo Quinto, número 26, de la Ley 2/2002, de 19 de junio, de Evaluación Ambiental de la Comunidad de Madrid, debió ser sometida al Procedimiento de Evaluación Ambiental de Actividades regulado en los artículos 41 a 48 de la referida Ley, cuya tramitación y resolución competía al Ayuntamiento de Madrid.

Respecto a la nulidad de la licencia ya indicada, tiene su fundamento en el artículo 47.5 de la misma Ley que señala que «las licencias municipales concedidas contraviniendo lo dispuesto en el apartado anterior -Informe previo y preceptivo de Evaluación Ambiental de Actividades- serán nulas de pleno derecho».

8. Respecto a si fue ajustada a derecho la declaración, por parte del órgano de contratación, como desierto respecto al concurso convocado porque había pasado el plazo de tres meses que el Texto Refundido de la Ley de Contrato de las Administraciones Públicas (TRLCAP) aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, establece en su artículo 89.1, debemos señalar que no.

Como ha señalado el TS en Sentencia de 19 de enero del 2001, refiriéndose al mencionado artículo, «este precepto no supone el establecimiento de un plazo de caducidad que pudiera ser invocado a su conveniencia por la Administración que anunció el concurso. Esta forma de actuar -declarando desierto el concurso por el transcurso de ese plazo- constituye una infracción a los principios de buena fe y de confianza legítima».

El incumplimiento del plazo, en esta cuestión, lo que puede originar es la aplicación de lo dispuesto en el artículo 89.2 en el sentido de habilitar a los licitadores a que puedan retirar sus ofertas con devolución de la cantidad entregada en concepto de fianza provisional.

9. Finalmente, en relación al ajuste a derecho del convenio celebrado entre la Comunidad de Madrid y una empresa municipal perteneciente al Ayuntamiento de Madrid para la explotación del aparcamiento subterráneo construido, debemos señalar que no parece que sea así.

Indica el artículo 154.2 del TRLCAP que «no serán aplicables las disposiciones de este título -relativo al contrato de gestión de servicios públicos- a los supuestos en que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a este fin, ni a

aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de derecho privado en cuyo capital sea exclusiva la participación de la Administración o de un ente público de la misma».

Es evidente que el caso que nos ocupa no es el contemplado en la normativa expresada porque:

1. Se atribuye la gestión del servicio a una sociedad de otra Administración Pública distinta a la titular del servicio que es la Administración de la Comunidad de Madrid, en este caso concreto la sociedad pertenece al Ayuntamiento de Madrid.

2. Esta sociedad actúa en el tráfico privado como una sociedad privada, al comportarse como una sociedad mercantil.

Por tanto, el convenio celebrado está encubriendo una auténtica concesión o cesión de la gestión de un servicio a un tercero distinto de la titular del mismo. En suma, se están transfiriendo potestades administrativas a una persona privada. Y esto no puede tener cobertura ni en la figura de la encomienda de gestión a que se refiere el artículo 15 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que se refiere a la causa de la misma como razones de eficacia o cuando no se posean los medios técnicos idóneos para el desempeño de un servicio; ni en la de los convenios de colaboración, pues se trata de una persona privada; ni en la del consorcio a que se refiere el artículo 57 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Ley reguladora de las Bases del Régimen Local.

Se trata, en suma, de un contrato administrativo de gestión de servicios públicos al que debería haberse aplicado el TRLCAP. Lo realizado por la Administración viene a constituir una actuación fraudulenta.

• SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- **Código Civil, art. 350.**
- **Ley 30/1992 (LRJAP y PAC), arts. 15, 26, 31 a), 43, 62 y 102.**
- **Ley 3/2001 (Patrimonio de la Comunidad de Madrid), arts. 2.º 1, 4.º, 7.º, 23, 56 y ss., 67 y 69.**
- **Ley de 13 de diciembre de 1983 (de Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid), art. 53.1.**
- **Ley 2/2002 (Evaluación Ambiental de la Comunidad de Madrid), arts. 41 a 48 y Anexo Quinto, núm. 26.**
- **RDLeg. 2/2000 (TRLCAP), arts. 89.1 y 2 y 154.**
- **Decreto 49/2003 (Rgto. General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid), arts. 13 y 19.**