

D. DERECHO ADMINISTRATIVO	PATRIMONIO. SUBVENCIONES. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL	Núm. 95/2004
--------------------------------------	--	-------------------------

Julio GALÁN CÁCERES
Profesor del CEF

• **ENUNCIADO:**

El Instituto Tecnológico de Desarrollo Agrario (ITDA) tiene adscrito, para el cumplimiento de sus fines, una finca rústica denominada «Dehesa de Sotomayor», propiedad de la Comunidad de Madrid.

La finca posee una superficie de 250 hectáreas de las que 100 están destinadas a la explotación agrícola y el resto a coto de caza de titularidad autonómica.

Por resolución del Gerente del ITDA se convoca el contrato de explotación de la misma, en régimen de arrendamiento, de la zona agrícola, por un importe mínimo de 40.000 euros anuales y plazo de cinco años, siendo la forma de adjudicación el concurso.

A la licitación se presentan tres agricultores de la zona: don ABC, que es excluido; don DEF, que se retira de la licitación; y don HIJ, que presenta una propuesta por precio inferior en 100 euros al precio de licitación.

Debido al interés por parte de la Administración Autonómica en que la explotación comience lo antes posible, el ITDA decide adjudicar el concurso a don HIJ, en lugar de declararlo desierto. Se justifica dicha adjudicación en el principio de economía procedimental, pues si se declarara desierto el concurso, habría que iniciar nuevo procedimiento de adjudicación, en este caso, para la adjudicación directa, llegándose, a la postre, al mismo resultado pero en unos plazos más extensos y perjudiciales para el interés público. Aparte de todo ello, el perjuicio económico causado con aquella adjudicación es mínimo, pues la diferencia entre el precio de licitación y el de la adjudicación es, tan sólo, de 100 euros, algo insignificante en relación a la cuantía total.

Formalizado el contrato y a los dos meses de comenzar su ejecución, la compañía Teléfonos Inalámbricos S.A. dirige solicitud al ITDA a fin de que constituya a su favor una servidumbre de paso por parte de la explotación agrícola, para colocar 13 postes de mantenimiento y conducción de un cable de fibra óptica a fin de poder prestar el servicio público que tiene encomendado. Dicho cable se desplegará por la finca unos 10 metros, en paralelo a la carretera autonómica M-607, que la atraviesa.

Dentro del Plan anual de actuación del ITDA se encuentra la concesión de subvenciones para jóvenes agricultores como medida de desarrollo del sector primario regional. En este sentido, su Consejo de Administración, por acuerdo del día 1 de julio de 2003 realiza la oportuna convocatoria para la adjudicación de esas subvenciones.

Al mismo presentan solicitudes don HIJ y don RSD.

El día 3 de abril de 2004 don RSD, todavía, no ha recibido contestación alguna a su solicitud presentando, entonces, escrito a la Administración para que se le ingrese el importe de la subvención pues entiende que la misma se le había otorgado en virtud de silencio estimatorio.

Don HIJ recibe la cantidad de 1.500 euros. Posteriormente, incumple uno de los requisitos exigidos en las bases de la convocatoria reguladoras de las subvenciones, por lo que, tras un acuerdo de inicio y período de alegaciones, el Consejo de Administración de ITDA dicta un acuerdo dejando sin efecto la subvención y solicitando el reintegro de las cantidades percibidas más los intereses correspondientes.

Notificado el interesado de tal acuerdo interpone recurso, que denomina dealzada, alegando la nulidad del mismo toda vez que se ha prescindido del procedimiento legalmente previsto para ello, o bien porque debía haberse seguido el procedimiento de revisión de oficio previsto en los artículos 102 y 103 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP y PAC), o bien, porque debería haberse incoado procedimiento sancionador ante el presunto incumplimiento, por su parte, de alguna de las condiciones de la subvención, antes de tomarse la medida que se adoptó.

Por otro lado, el famoso cantante XP es contratado por un Ayuntamiento de la zona para dar un concierto con motivo de las fiestas patronales de la localidad, siendo el importe del contrato 12.000 euros. Antes de la actuación y, considerando que se ha producido una nueva situación porque muchas personas no pudieron adquirir entrada para el concierto porque se agotaron, el Ayuntamiento, en uso de sus potestades administrativas de modificación de los contratos, acuerda que el mismo cantante dé un nuevo concierto al día siguiente, a lo que éste se niega, pese a que el importe no excede del 20% del presupuesto inicial. Ante esta negativa, el Ayuntamiento inicia procedimiento para la resolución del contrato.

Durante el desplazamiento al siguiente municipio para dar otro concierto, el cantante XP, circulando a una velocidad de 90 km/hora y, a la salida de una curva, atropella a un jabalí procedente del coto colindante perteneciente a la Comunidad de Madrid.

Los daños producidos en el vehículo ascendieron a la cantidad de 3.000 euros que le fueron abonados por la compañía aseguradora correspondiente, salvo la franquicia de 500 euros, establecida al efecto en el contrato de aseguramiento del vehículo.

XP presenta escrito de reclamación de responsabilidad a la Comunidad de Madrid por importe de 3.000 euros más otros 3.000 en concepto de importe dejado de percibir por no haber podido llegar a tiempo para ofrecer el concierto como consecuencia del accidente.

La Comunidad de Madrid rechaza la solicitud de indemnización alegando lo siguiente:

- 1. Que la velocidad máxima permitida en el tramo donde ocurrió el accidente era de 80 km/hora, existiendo, además, una señal de peligro por animales sueltos cada kilómetro de la vía.*
- 2. Que, de conformidad con el artículo 610 del Código Civil (CC), los animales salvajes no tienen dueño, son res nullius, y, por lo tanto, no es responsabilidad de la Administración.*
- 3. Que el daño producido por no dar el concierto tampoco puede ser resarcido, pues se trata de un beneficio futuro, siendo así que el artículo 139.2 de la LRJAP y PAC exige el daño efectivo.*

• CUESTIONES PLANTEADAS:

Realizar un informe jurídico en el que de forma razonada se vayan analizando todas las vicisitudes jurídicas que plantea el relato de hechos, ofreciendo, en su caso, la propuesta de resolución adecuada.

• SOLUCIÓN:

1. Contrato de explotación, mediante arrendamiento, de la finca perteneciente a la Comunidad de Madrid.

Debemos entender que se trata de una finca de carácter patrimonial, pues, en el caso de que fuera de dominio público, ningún contrato se podría realizar sobre ella mientras no se procediera a su desafectación.

Se trata de un contrato de arrendamiento de naturaleza privada, a tenor de lo previsto en el artículo 5.º del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP). El régimen jurídico del mismo se someterá a normas de Derecho Administrativo, en cuanto a su preparación y adjudicación, y, a normas de Derecho Privado, en cuanto a sus efectos y extinción.

Respecto al órgano competente para la celebración de este contrato, debemos de tener en cuenta que el ITDA, creado por Decreto 146/1996, de 31 de octubre, de la Comunidad de Madrid, carece de personalidad jurídica. Por otro lado, este organismo está adscrito y depende de la Consejería de Economía e Innovación Tecnológica, a tenor de lo establecido en el artículo 4.º del Decreto 227/2003, de 24 de noviembre, por el que se establecen las distintas Consejerías en la Comunidad de Madrid.

A la vista de todo ello, podemos señalar que el órgano competente para el referido contrato de arrendamiento, a tenor de lo establecido en los artículos 61 y 62 de la Ley 3/2001, de 21 de junio, de Patrimonio de la Comunidad de Madrid, era el Consejero de Economía e Innovación Tecnológica.

Por tanto, al celebrar el contrato el Gerente del ITDA, el mismo tiene un vicio de anulabilidad del artículo 63 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, ya que actuó con incompetencia jerárquica.

No obstante, habría una posibilidad de que no existiera el citado vicio de anulabilidad, en el caso de que hubiera existido delegación en el ejercicio de las competencias por parte del Consejero de Economía, o bien, desconcentración por parte del Gobierno de la Comunidad de Madrid, todo ello a tenor de lo previsto en los artículos 12 y 13 de la Ley 30/1992, Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y artículo 6.º del Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, aprobado por Decreto 49/2003, de 3 de abril.

Señalar, finalmente, respecto a este contrato que, a tenor de lo previsto en el artículo 61 de la Ley 3/2001, era preciso el informe previo de la Consejería de Hacienda (Dirección General de Patrimonio); y que no era preciso fiscalización previa alguna, al no comportar gasto alguno el citado contrato.

2. Licitación del contrato.

Recordamos que se había convocado concurso para la adjudicación de este contrato, procedimiento, por otra parte, preceptivo u obligatorio a tenor de lo señalado en el artículo 62.1 de la Ley 3/2001, de Patrimonio de la Comunidad de Madrid, a cuyo tenor:

«Si se dispusiera que la explotación de los bienes se realice por particulares mediante contrato, se celebrará éste por el procedimiento de concurso, que será convocado y resuelto por el órgano competente a que se refiere el artículo anterior.»

A este concurso se presentan tres licitadores, de los cuales uno es excluido -ignoramos las razones-, otro se retira del concurso, y, tan sólo, queda un tercero que hizo una oferta inferior a la establecida en el precio de licitación. Sin embargo, la Administración, en lugar de declarar desierto el concurso, porque la oferta no se ajustaba a lo exigido, alegando razones de economía procedimental y de interés en que la explotación comience lo antes posible, opta por adjudicar el contrato al tercer y único oferente.

Entendemos que la actuación administrativa no se ajustó a Derecho. Su obligación, si la oferta no reunía los requisitos legales, como era el caso, era la de haber declarado desierto el concurso, y, posteriormente, hubiera podido acudir a la contratación directa, pues éste es uno de los casos que la Ley contempla para esa forma de contratación en el número 2 del citado artículo 62 de la Ley de Patrimonio de la Comunidad de Madrid.

Por otro lado, entendemos que esta actuación administrativa vulnera, también, el principio de igualdad y concurrencia establecido como pautas a seguir en materia de contratación tanto por la normativa reguladora de la contratación administrativa, como por la propia Constitución (art. 14). La adjudicación por precio inferior al establecido en las bases reguladoras de ese contrato como precio de licitación, pudo suponer que otros presuntos licitadores, si hubieran tenido conocimiento de ese precio inferior, hubieran participado en el concurso, cosa que no hicieron porque el precio era otro superior.

Por otro lado, el citado artículo 62.2 de la Ley de Patrimonio de la Comunidad de Madrid contempla supuestos en los que la Administración, directamente, pudo recurrir a la contratación directa, si motivos de interés público lo hubieran aconsejado. Sin embargo, no lo consideró así, como lo pone de manifiesto al recurrir al concurso como forma de adjudicación. Es con posterioridad cuando le entran las prisas incurriendo, entonces, en una actuación contradictoria y, desde luego, no ajustada a derecho.

De manera que esta adjudicación es nula de pleno derecho por una doble razón: por un lado, porque supone prescindir total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido [vicio contemplado en el art. 62.1 e) de la Ley 30/1992, Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común]; y, por otro, porque supuso una vulneración de un derecho susceptible de amparo constitucional, como era el principio de igualdad [arts. 14 de la Constitución y 62.1 a) de Ley 30/1992].

A la vista de lo señalado, lo pertinente hubiera sido incoar un procedimiento de revisión de oficio de acto nulo de pleno derecho, contemplado en el artículo 102 de Ley 30/1992, a fin de anular aquella adjudicación.

3. Constitución de servidumbre.

Recordamos que, a los dos meses de iniciada la ejecución del contrato, la Compañía Teléfonos Inalámbricos, S.A. dirige solicitud al ITDA para que constituya a su favor una servidumbre de paso por parte de la explotación agrícola, para colocar 13 postes que sostengan un cable de fibra óptica, a fin de poder prestar el servicio público que tenía encomendado.

El ITDA debería haber dado traslado de esta solicitud a la Consejería de Hacienda (Dirección General de Patrimonio).

El artículo que sería de aplicación sería el 50 de la Ley 3/2001, de Patrimonio de la Comunidad de Madrid, en cuyo apartado primero establece que:

«Para enajenar bienes inmuebles, constituir derechos de superficie y otros derechos inmobiliarios y enajenarlos será requisito necesario la previa declaración de alienabilidad acordada por el Consejero de Hacienda.»

El órgano competente será el citado Consejero de Hacienda, o bien, el Gobierno de la Comunidad, si se está ante alguno de los supuestos que contempla la Ley.

Respecto a la forma de enajenación la Ley contempla (art. 50.4) la subasta como procedimiento normal, previa tasación pericial, pero permite la adjudicación directa, entre otros casos, por razones excepcionales debidamente justificadas en el expediente si resultara más aconsejable para los intereses patrimoniales de la Comunidad de Madrid.

Por otro lado, el artículo 46 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Redes Públicas de Telecomunicaciones permite exigir la ocupación de la propiedad privada y expropiación forzosa o declaración de servidumbre forzosa de paso, para estos supuestos.

No conviene olvidar otra cuestión importante respecto a esta solicitud para ubicar postes de conducción de cable de fibra óptica. Dice el relato de hechos que «los 13 postes se desplegarán por la finca a unos 10 metros en paralelo a la carretera autonómica M-607, que la atraviesa». Esto significa que es preceptiva la autorización del Consejero de Transporte e Infraestructura, pues la actuación que se intenta llevar a cabo se ubicará en la zona de protección de la carretera que, según los artículos 31 y 32 de la Ley 3/1991, de 7 de marzo, de Carreteras de la Comunidad de Madrid, es de 25 ó 15 metros, según sea Red Principal o resto de Redes.

Resaltar, finalmente, que, como es lógico, si el establecimiento de estos postes incide sobre los derechos del arrendatario de la finca, habrá que compensarle económicamente en la medida en que aquéllos resulten afectados.

4. Subvenciones.

Distintas cuestiones se deben analizar en este apartado:

A) Convocatoria.

Debemos señalar que, en el presente caso, es realizada por el ITDA siendo así que el artículo 7.º de la Ley 2/1995, de 8 de marzo, de Subvenciones de la Comunidad de Madrid, hace competente para ello al Consejero respectivo; en este caso será el titular de la Consejería de Economía e Innovación Tecnológica de quien depende el citado ITDA.

Por lo tanto, nos encontramos con un vicio de anulabilidad del artículo 63 de la Ley 30/1992, por incompetencia jerárquica, susceptible de convalidación, a tenor de lo previsto en el artículo 66 de la citada Ley.

B) Subvencionados.

a) Don RSD.

La iniciación del procedimiento de concesión de subvenciones se produce el 1 de julio de 2003, a tenor de lo establecido en el artículo 42.3 a) de la Ley 30/1992 -fecha del acuerdo de iniciación-; al día siguiente, esto es el 2 de julio, don RSD presenta su solicitud, y se llega al día 3 de abril de 2004 sin que haya recibido contestación sobre la misma. Pidiendo entonces, mediante escrito, que se le ingrese el importe de la subvención por entender que el silencio administrativo, en este caso, ha sido positivo o estimatorio de su solicitud.

Sin embargo, no ha interpretado correctamente el sentido del silencio.

Respecto al plazo para entender producido el silencio administrativo, al no señalarse para este supuesto ninguno en especial, habrá de entenderse que era de 9 meses, a tenor del artículo 1.º 2 de la Ley 8/1999, de 9 de abril, de Adecuación de la normativa de la Comunidad de Madrid a la Ley estatal 4/1999, de 13 de enero, que modificó la Ley 30/1992.

Así, el día 2 de abril de 2004 se acababa el plazo para resolver y notificar este procedimiento, a los efectos de poder recurrir en la vía oportuna por haberse producido el silencio administrativo. En este sentido, es claro que el plazo para que se produjera el citado silencio administrativo ya había transcurrido.

Pero lo que el solicitante interpreta incorrectamente es el sentido del silencio, pues lo hace como estimatorio de su pretensión, cuando es lo contrario, o sea, desestimatorio o negativo. En este sentido, el artículo 25.5 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones -que debe aplicarse con carácter supletorio a falta de regulación autonómica- establece que «el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado la resolución, legitima a los interesados para entender desestimada por silencio administrativo la solicitud de concesión de la subvención».

Además, por si esto no fuera suficiente, a tenor del artículo 44.1 de la Ley 30/1992, establece que, en los procedimientos iniciados de oficio, transcurrido el plazo máximo sin notificar la resolución, el silencio se entenderá desestimatorio.

b) Don HJJ.

Éste recibe la cantidad de 1.500 euros, pero, con posterioridad, incumple uno de los requisitos exigidos en las bases reguladoras de las subvenciones y, tras acuerdo de inicio de procedimiento y alegaciones, se dicta acuerdo por el Consejo de Administración del ITDA dejando sin efecto la subvención y solicitando el reintegro de las cantidades percibidas más los intereses correspondientes. Ante esto, interpone recurso de alzada alegando la nulidad del citado acuerdo por haber prescindido del procedimiento correspondiente, que entiende que debería haber sido o bien el procedimiento de revisión de oficio del artículo 102 de la Ley 30/1992, o bien, el procedimiento sancionador.

Debemos señalar que no tiene razón en ninguno de los argumentos que utiliza.

En primer lugar, no es procedente la revisión de oficio ni del artículo 102 -actos nulos-, ni del artículo 103 -actos anulables-, porque el acto por el que se le concedió la subvención fue válido, sin que adoleciera de vicio alguno, y ya sabemos que los procedimientos de revisión de oficio de los artículos antes citados, tan sólo se pueden incoar por motivos de legalidad, esto es, de existencia de vicio en el acto administrativo de que se trate.

Respecto a la innecesariedad de poner en marcha procedimiento sancionador alguno para adoptar la medida de pérdida de la subvención es clara. La revocación de la subvención no es ninguna sanción, es el efecto automático que la Ley prevé para el caso de incumplimiento de las condiciones que regulaban esa subvención. Es una reserva de revocación, por incumplimiento, lo que otorga la Ley a la Administración. La subvención está sometida a una condición resolutoria cual es el cumplimiento de todo lo previsto en las bases reguladoras. Si la condición se incumple, entonces, la misma Ley prevé ese efecto automático de su revocación. Debemos señalar que, en este caso, se ha garantizado el trámite de audiencia previa del interesado.

En conclusión, ese recurso de alzada deberá ser desestimado.

Otra cuestión es que la Administración, ante este incumplimiento, decida, también, incoar procedimiento sancionador, pues la infracción y la posible sanción encuentran cobertura legal en la Ley 2/1995, de 8 de marzo, de Subvenciones de la Comunidad de Madrid. Pero el objeto del mismo no es conseguir el reintegro de lo ya entregado, sino reprimir una actuación contraria a derecho y al interés público, como es no respetar las bases reguladoras de esta actividad de fomento económica.

5. Contrato suscrito por XP con el Ayuntamiento.

Se trata de un contrato de espectáculo cuyo régimen jurídico es el propio de los contratos privados de la Administración: se regirá en cuanto a su preparación y adjudicación por normas de Derecho Administrativo; y respecto a sus efectos y extinción, por normas de Derecho Privado (arts. 5.º 3 y 9.º 1 del RDLeg. 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el TRLCAP).

6. Cuestiones referentes a la responsabilidad patrimonial.

A) Existencia de la responsabilidad.

Parece fuera de toda duda que concurren los requisitos exigidos por el artículo 139 y siguientes de la Ley 30/1992.

El coto pertenecía a la Comunidad de Madrid, y si bien es cierto que según la legislación del CC, los animales salvajes no pertenecen a nadie, la Comunidad tenía la obligación y la responsabilidad de gestionar y conservar la citada finca, adoptando las medidas precisas para evitar que los animales allí existentes puedan invadir la carretera. Existe la responsabilidad por *culpa in vigilando* u omisión.

Esta responsabilidad no desaparece por la posible culpa de la víctima, que en este caso, parece clara pues circulaba a velocidad superior a la permitida pese a la existencia de señales de prohibición. Esto producirá una compensación de culpas que incidirá sobre la cuantía de la indemnización, exclusivamente.

B) Cuantía de la indemnización.

No tiene derecho a los 6.000 euros que solicita pues, con independencia de lo antes comentado respecto a la concurrencia y compensación de culpas, debemos señalar lo siguiente:

a) Ya recibió 2.500 euros que le abonó la compañía de seguros, luego esta cantidad no la puede volver a solicitar pues, de lo contrario, se produciría un enriquecimiento injusto. En sentido estricto, sólo puede reclamar, en concepto de daños, la cantidad de 500 euros (sin perjuicio de las consecuencias que tuviera la concurrencia, así mismo, de su culpa en el accidente).

b) La aseguradora tiene derecho a reclamar a la Administración los 2.500 euros que ya abonó al accidentado pues, desde el momento en que pagó, se subroga en la situación en la que se encontraba aquél. El artículo 43 de la Ley de Contrato de Seguro, Ley 50/1980, de 8 de octubre, establece, también, dicha subrogación.

c) Respecto a los 3.000 euros dejados de percibir porque no pudo realizar la actuación musical como consecuencia del accidente, habida cuenta de que la existencia de culpa, por su parte, en el accidente, no parece que tenga derecho a ello, con independencia de que puede ser discutible su inclusión en el concepto de beneficio dejado de percibir. También serían un elemento importante para esto, los términos del contrato que tenía suscrito.

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

- **Constitución Española, art. 14.**
- **Ley 50/1980 (Contrato de Seguro), art. 43.**
- **Ley 3/1991 (Carreteras de la Comunidad de Madrid), arts. 31 y 32.**
- **Ley 30/1992 (LRJAP y PAC), arts. 12, 13, 42.3 a), 44.1, 62.1 e), 63, 66, 139 y ss.**
- **Ley 2/1995 (Subvenciones de la Comunidad de Madrid), art. 7.º.**
- **Ley 11/1998 (General de Redes Públicas de Telecomunicaciones), art. 46.**
- **Ley 8/1999 (Adaptación de la normativa de la Comunidad de Madrid a la Ley 4/1999, de 13 de enero), art. 12.**
- **Ley 3/2001 (Patrimonio de la Comunidad de Madrid), arts. 50, 61 y 62.**
- **Ley 38/2003 (General de Subvenciones), art. 25.5.**
- **RDLeg. 2/2000 (TRLCAP), arts. 5.º y 9.º 1.**
- **Decreto 49/2003 (Rgto. General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid), art. 6.º.**
- **Decreto 227/2003 (Comunidad de Madrid, sobre estructura de las Consejerías), art. 4.º.**