

D. DERECHO ADMINISTRATIVO	ENAJENACIÓN. CONTRATO DE OBRAS. SUELO NO URBANIZABLE DE PROTECCIÓN	Núm. 9/2002
---------------------------	--	-------------

Julio GALÁN CÁCERES
Profesor del CEF

• ENUNCIADO:

La Comunidad Autónoma de Madrid tiene intención de trasladar la sede de la Consejería de Medio Ambiente con todas sus dependencias a otro lugar puesto que la actual ha quedado pequeña e insuficiente debido al aumento progresivo de sus competencias y, por tanto, del personal que presta sus servicios en la misma.

A tal fin, ha tenido conocimiento de la existencia de unos terrenos que, tanto por su ubicación como por su extensión y naturaleza, se adaptaría, perfectamente, a las necesidades que han de ser satisfechas.

La Dirección General de Patrimonio de la Comunidad decide, directamente y sin procedimiento alguno de licitación, adquirir tales terrenos, entablado las oportunas negociaciones al respecto con los titulares de dicho terreno, que resultaron ser el matrimonio compuesto por el actual consejero de presidencia y por su esposa, teniendo el terreno en cuestión el carácter de bien ganancial.

Enterado de dicha operación el propietario de un terreno colindante a aquél, así como una asociación ciudadana denominada «Defensa de la Naturaleza» presentan sendos recursos de alzada ante el Consejero de Hacienda alegando la nulidad de la referida venta tanto por razón de las personas vendedoras como por el procedimiento utilizado para la citada enajenación.

El precio pactado ascendió a la cantidad de 150.000.000 de ptas., de las cuales se pagarían 75.000.000 en el momento de la firma de la escritura de venta, y, respecto al resto del precio, se aplazó su pago en dos años durante los cuales la Administración abonaría a los vendedores una cantidad igual todos los meses. Además, se constituyó, en garantía de dicho pago, una hipoteca sobre un inmueble que constaba como bien patrimonial perteneciente a la Comunidad de Madrid en el catálogo de bienes, y que se encontraba vacío y sin destino alguno desde hacía bastante tiempo.

Firmada la escritura de venta por las partes intervinientes en el contrato de compraventa y sin que la Comunidad realizara ningún trámite más, se recibe informe técnico, que había sido solicitado por la Consejería de Medio Ambiente, en el que se pone de manifiesto la inidoneidad del terreno para la edificación proyectada, desaconsejando cualquier tipo de edificación sobre ellos. Ante esto, a los tres meses de su recepción el Consejero de Medio Ambiente decide su enajenación a través de concurso público por el mismo precio que se había adquirido. El citado concurso quedó desierto.

Entre tanto, llegó nuevo informe técnico a la Consejería por la que se informaba sobre la existencia de un producto y maquinaria especial, disponible tan sólo en un país extranjero, que,

esparcido sobre el terreno con carácter previo a la edificación, lo hacía apto para aquélla pues eliminaba la humedad y blandura de aquél. Igualmente se informó que tanto la utilización del referido producto como de la maquinaria precisa debería ser facilitado progresivamente por la propia Administración, y se debían exigir al oportuno contratista garantías especiales, tanto por su compleja utilización como por su peligrosidad.

Paralelamente, es de resaltar que la Comunidad había dejado de abonar a los vendedores varios plazos mensuales del pago del precio. Ante el silencio de aquélla a los varios escritos de reclamación elevados por ellos, deciden acudir a la vía contencioso-administrativa para obtener el pago.

Los terrenos en cuestión se encuentran ubicados en una zona clasificada por el PGOU de Madrid como de suelo no urbanizable de protección.

El inicio de la ejecución de las obras estaba previsto para el ejercicio siguiente a la formalización del oportuno contrato de obras.

El presupuesto de la obra se eleva a la cantidad de 1.000.000.000 de ptas., convocándose subasta para la adjudicación de las mismas.

La mesa de contratación, tras la apertura de la documentación requerida y de las ofertas presentadas, propone la adjudicación del contrato a la empresa XXX, S.A., que había realizado la mejor oferta económica. Dicha empresa de reciente constitución, en su oferta había señalado que se encontraba pendiente de inscripción en el Registro Mercantil la escritura de constitución, que tan pronto se llevara a cabo lo acreditaría oportunamente.

El Director General competente por razón de la materia perteneciente a la Consejería de Medio Ambiente que había actuado como órgano de contratación, haciendo caso omiso a la propuesta de la mesa, adjudica el contrato a la empresa RRR, S.A., que resultó ser la que había realizado la segunda mejor oferta económica y que, además, tenía la documentación completa. Dicha empresa había sido sancionada en expediente administrativo en los términos previstos en el art. 82 LGP y en el art. 80 LGT.

En el expediente de contratación incoado al respecto no consta certificado alguno de la Consejería de Hacienda sobre la calificación como bien patrimonial del terreno sobre el que se iba a construir la nueva sede de la Consejería de Medio Ambiente.

La adjudicación del contrato, por otra parte, sólo se notificó a la empresa RRR, S.A., y no al resto de licitadores. Pese a ello, éstos presentaron el oportuno recurso contra el acto de la adjudicación.

Finalmente, es de significar que iniciadas las obras el contratista además de solicitar las oportunas certificaciones mensuales por las obras ya realizadas, solicitó del órgano de contratación certificaciones por acopio de materiales sites tanto al pie de la obra como en un almacén al efecto.

• CUESTIONES PLANTEADAS:

1. Naturaleza del contrato celebrado entre la Comunidad de Madrid y los vendedores del terreno.
2. Comentar todo lo concerniente al recurso presentado por el propietario del terreno colindante.
3. Comentar lo procedente respecto al recurso presentado por la asociación «contra la corrupción».
4. Naturaleza del terreno una vez adquirido por la Comunidad de Madrid.
5. Comentar si resulta ajustado a derecho o no la posterior enajenación del terreno acordada por el Consejero de Medio Ambiente por concurso.

6. ¿Resulta procedente la reclamación presentada por los vendedores ante la jurisdicción contencioso-administrativa reclamando el pago de parte del precio de la venta?
7. ¿Era posible la construcción en el terreno clasificado por el Plan General de Ordenación Urbanística (PGOU) de Madrid como suelo no urbanizable de protección?
8. Comentar todas las incidencias relativas al contrato de obras realizado, así como las que surgen en la ejecución del mismo.

• **SOLUCIÓN:**

1. Con relación a la naturaleza del contrato de compraventa realizado entre la Comunidad de Madrid y los vendedores, y, en concreto, de si se trata de un contrato administrativo especial o de un contrato privado, no es una cuestión que permita una respuesta clara e indiscutible.

Sin embargo, la respuesta a esta cuestión es clave para determinar el régimen jurídico aplicable al contrato en cuestión. Pues si se trata de contrato privado de la Administración, a tenor del artículo 9.º del Texto Refundido de la Ley de Contrato de las Administraciones Públicas, se rigen, en cuanto a su preparación y adjudicación por normas administrativas, y en cuanto a sus efectos y extinción por normas del derecho privado. Por el contrario, si se califica como contrato administrativo especial, su régimen jurídico se regulará por normas del Derecho Administrativo, y sólo, en último lugar y como derecho supletorio, se podrá acudir al derecho privado.

Es cierto que el artículo 5.º 2 b) del Texto Refundido de la Ley de Contrato de las Administraciones Públicas (RDLeg. 2/2000, de 16 de junio) admite los contratos administrativos especiales «por resultar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública». Y también es cierto, como veremos posteriormente, que por el hecho de ubicar un órgano de la Comunidad Autónoma en ese terreno, esa edificación tendrá el carácter de bien de dominio público. Por tanto, parece, en sentido estricto, que se cumplen los requisitos antes señalados que exige el referido artículo 5.º 2 b) para que el contrato pueda ser calificado de administrativo especial.

Sin embargo, una interpretación literal y restringida de ese precepto haría, prácticamente, desaparecer de la realidad jurídica la existencia de los contratos privados de la Administración. Porque si la Administración tiene encomendada, constitucionalmente, la satisfacción del interés general (art. 103 Constitución Española), y este principio debe presidir todas sus actuaciones, sería muy difícil encontrar un contrato realizado por la Administración que, directa o indirectamente, no estuviera vinculado al «giro o tráfico específico de su actuación» o tienda a «satisfacer una finalidad pública directa o indirectamente».

Esta disparidad de criterios en orden a la naturaleza jurídica de los contratos de la Administración ha sido, también, analizada en numerosas ocasiones tanto por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa como por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Aunque, en la mayoría de los casos, y esto puede arrojar algo de luz sobre esta polémica cuestión, los pronunciamientos se han realizado, actuando la Administración como parte vendedora, no como compradora, y viniendo motivado el contrato porque se imponía una condición beneficiosa para el interés público al que contrataba con la Administración.

En conclusión, estimamos que las dos opciones son posibles. Ahora bien, en sentido estricto parece que concurren los requisitos del artículo 5.º 2 b) del Texto Refundido de la Ley de Contrato de las Administraciones Públicas, para ser calificado de contrato administrativo especial.

De cualquier forma, el carácter de contrato administrativo especial ha de hacerse constar en el pliego de cláusulas administrativas particulares, a tenor de lo previsto en el artículo 8.º 2 a) del Texto Refundido de la Ley de Contrato de las Administraciones Públicas.

2. Respecto al recurso presentado por el propietario de un terreno colindante al que compró la Comunidad de Madrid, podemos destacar lo siguiente:

A. Se trata de una adquisición a título oneroso cuya competencia corresponde al Consejero de Hacienda a propuesta de la Consejería interesada (art. 421.1 Ley 3/2001, de 21 de junio, de Patrimonio de la Comunidad de Madrid).

En el caso observamos que aquélla se ha realizado por el Director General de Patrimonio. Luego hay dos posibilidades, o bien, éste actuó por delegación de aquél, lo cual es perfectamente posible al no venir prohibida dicha delegación por la Ley (art. 13 LRJAP y PAC), en cuyo caso se entiende que actuó el órgano delegante (art. 13.4 de dicha Ley), y, por tanto, no cabe recurso de alzada, pues el Consejero de Hacienda pone fin a la vía administrativa [art. 53 c) Ley 1/1983, de 13 de diciembre, de Gobierno y Administración de la Comunidad Autónoma de Madrid], siendo posible tan sólo recurso potestativo de reposición o bien, directamente, el recurso contencioso-administrativo. Lo más que podría entenderse es que se trata de un error al calificar el recurso pero al deducirse su verdadero carácter es preceptivo darle su tramitación (art. 109 Ley 30/1992).

Si no actuó por delegación, estamos en presencia de una incompetencia jerárquica (art. 63 Ley 30/1992), y, por tanto, el acto es anulable. Siendo entonces procedente el recurso de alzada ante el superior jerárquico que, en este caso, es el citado Consejero de Hacienda.

B. Respecto al vicio alegado en el recurso de inadecuación del procedimiento utilizado para la adquisición del terreno, hay que señalar que carece de razón.

El artículo 42.2 de la citada Ley de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Madrid permite la adquisición directa en razón a la necesidad que ha de ser satisfecha. En el relato de hechos se justifica el porqué era aconsejable ese terreno (ubicación, extensión, etc.). Otra cuestión es que esto no sea así o haya, en el mismo lugar, terrenos que presentan las mismas características. Esto forma parte de las correspondientes pruebas y, en suma, del control de las potestades discrecionales de la Administración.

C. Respecto al motivo consistente en las personas a las que se compró el terreno, parece que tiene razón.

Sea considerado el contrato privado o administrativo especial, es lo cierto que la fase interna del mismo consistente en la preparación y adjudicación se rige por normas administrativas, en concreto por el Texto Refundido de la Ley de Contrato de las Administraciones Públicas.

En dicho texto legal, en su artículo 20 e) se contempla la prohibición para contratar por estar incurso en incompatibilidad. El Consejero de Hacienda de la Comunidad Autónoma de Madrid está sometido a la Ley de Incompatibilidades de Altos Cargos de la Comunidad, prohibición que se hace extensible a su cónyuge. Es cierto que se trata de un acto de administración o disposición de su patrimonio, actividad permitida en dicha Ley. Pero existe una cualificación añadida contemplada en la Ley de Incompatibilidad que imposibilita dicha actividad por su relación como cargo político y administrativo, con la Administración Autonómica.

Este vicio acarrea la nulidad del contrato celebrado (art. 62 TR Ley de Contrato de las Administraciones Públicas) y, por tanto, el recurso debería ser estimado por este motivo.

3. En relación al recurso presentado por la Asociación «Defensa de la Naturaleza», hemos de señalar que el mismo no debe ser admitido por falta de legitimación.

La misma exige la titularidad de un derecho o interés legítimo que no se ostenta por la defensa de la legalidad en abstracto, salvo que la Ley lo permita expresamente (materia de urbanismo o de costas). Es necesario algo más.

Nadie duda de que a una asociación, en la defensa de sus intereses, las leyes les reconocen la condición de interesado y de legitimado para aquellas acciones concernientes a lo que es el fin de la asociación, tales como recursos, trámite de audiencia en la elaboración de las disposiciones que les pueda afectar... Pero, interponer un recurso, como en el presente caso, y fundamentarlo en vicio del procedimiento o incapacidad de los vendedores, desde el punto de vista administrativo, escapa al concepto de titularidad de un interés para reconocerles la oportuna legitimación. Otra cosa hubiera sido si por motivos que constituyen el objeto de la asociación, relacionados con la defensa de la naturaleza, frente a su posible vulneración en sus distintas manifestaciones, hubieran interpuesto el recurso. Al no ser así, reiteramos que el recurso no debe ser admitido.

4. En cuanto a la naturaleza del terreno, una vez adquirido por la Comunidad, hemos de señalar que, a tenor de lo previsto en el artículo 4.º de la Ley 3/2001, de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Madrid, se trata de un bien de dominio público al ser destinado a sede de una Consejería para alojar en ellos los órganos correspondientes.

Se ha producido una afectación implícita, según el artículo 21 de dicha Ley.

Aunque se constituyera una hipoteca sobre parte del precio, al recaer ésta sobre otro inmueble de la Comunidad, no le es de aplicación lo previsto en el artículo 42.3 de la Ley, que indica que en este caso «los inmuebles así adquiridos tendrán carácter patrimonial hasta que sea cancelado el gravamen constituido».

5. La posterior enajenación acordada por el Consejero de Medio Ambiente es nula de pleno derecho.

En primer lugar el órgano, competente para la enajenación es el Consejero de Hacienda (art. 50.2 Ley 3/2001), y, en segundo lugar, el procedimiento a utilizar será, normalmente el de la subasta, salvo que concurrieran las circunstancias previstas en el artículo 50.4. Del relato de hechos nada se deduce en este sentido.

6. Respecto a la reclamación presentada en vía contencioso-administrativa por los vendedores ante el impago de parte del precio, debemos resaltar que esta cuestión ya fue abordada cuando se analizó la naturaleza del contrato celebrado.

Si la respuesta a esa cuestión es que se trató de un contrato privado, la vía oportuna para reclamar debería ser la jurisdicción ordinaria, al ser la falta de pago un problema referente a sus efectos (art. 9.º TR Ley de Contrato de las Administraciones Públicas). Si, por el contrario, se entiende que estamos en presencia de un contrato administrativo especial, la jurisdicción contencioso-administrativa será la competente para conocer de ésta y de todas las pretensiones.

7. El suelo previsto para construir el inmueble está clasificado por el PGOU de Madrid como suelo no urbanizable de protección.

Esta clase de suelo viene contemplado en el artículo 16 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, de Suelo de la Comunidad de Madrid. Al régimen de actuaciones sobre dicha clase de suelo se refiere el artículo 29 de la misma Ley.

Este último artículo permite, en su número 2, obras e instalaciones y usos requeridos por las infraestructuras y servicios públicos estatales, autonómicos y locales. Para ello será necesario la previa

calificación urbanística de acuerdo con los artículos 147 y 148 de la referida Ley. Luego se precisarán las oportunas licencias municipales.

En conclusión, previo cumplimiento de los requisitos señalados, es posible tal construcción en ese suelo.

8. En referencia a las diversas incidencias que ocurren con el contrato de obras que se celebró posteriormente, debemos tener en cuenta lo siguiente:

A) Respecto al procedimiento de subasta utilizado para su ejecución no resulta ajustado a derecho. El artículo 85 c) del Texto Refundido de la Ley de Contrato de las Administraciones Públicas contempla este caso como uno de los que deben adjudicarse, necesariamente, por concurso. Por tanto incurre en un vicio de nulidad absoluta consistente en prescindir total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido para ello [art. 62.1 h) Ley 30/1992].

B) Adjudicación por el Director General. Suponemos que existió delegación por parte del Consejero, pues a éste corresponde la competencia originaria para celebrar contratos (autorizado, en su caso, por el Gobierno autonómico).

C) Adjudicación a la empresa XXX, S.A. Parece que carece de capacidad de obrar, pues el artículo 15.2 del Texto Refundido de la Ley de Contrato de las Administraciones Públicas exige, tratándose de personas jurídicas como es el caso, acreditar aquélla mediante la aportación de la correspondiente escritura de constitución inscrita, en su caso, en el Registro Mercantil. Luego carece de capacidad de obrar cuando realiza su oferta sin cumplir con este requisito. Además la propia Ley de Sociedades Anónimas exige el cumplimiento de estos requisitos para adquirir su personalidad jurídica. Por otra parte, para este contrato es preceptiva, en principio, acreditar la clasificación del contratista por razón de la cuantía del presupuesto (art. 25.1 TR Ley de Contrato de las Administraciones Públicas). Difícilmente podía cumplir con este requisito cuando carecía de personalidad jurídica.

D) Actuación del órgano de contratación apartándose de la propuesta de la mesa de contratación. Parece ajustada a derecho si tenemos en cuenta que debió utilizarse el concurso y que se propuso la adjudicación a favor de quien no tenía capacidad de obrar (art. 84 TR de la Ley del Contrato de las Administraciones Públicas).

E) Adjudicación a la empresa RRR, S.A. En principio está incurso en causa de prohibición para ser contratista [art. 20 j) TR Ley del Contrato de las Administraciones Públicas]. Sin embargo, este artículo en esa letra no tiene el carácter de básico (disp. final primera TR Ley del Contrato de las Administraciones Públicas), habría, por tanto, que analizar la legislación autonómica al respecto. En concreto, ninguna previsión en contra existe, hasta el momento, en la legislación de la Comunidad de Madrid.

F) Recurso del resto de los licitadores no notificados. De acuerdo con el artículo 93.1 del Texto Refundido de la Ley del Contrato de las Administraciones Públicas había obligación de notificarles el acto de la adjudicación definitiva. Ahora bien, al interponer el recurso procedente contra aquélla, de acuerdo con la Ley 30/1992, subsanaron este defecto de notificación.

G) Certificaciones pedidas por el contratista. En principio resultan ajustadas a derecho, pues el artículo 145.1 y 2 del Texto Refundido de la Ley del Contrato de las Administraciones Públicas contemplan aquéllas tanto por obra ejecutada como por acopio de materiales. Respecto a las circunstancias concretas habrá que estar al pliego de cláusulas administrativas particulares que rige para el contrato.

H) Falta de certificación sobre el carácter patrimonial del bien. Difícilmente podía obtenerse esta certificación porque como ya ha quedado acreditado en respuestas anteriores el terreno en cuestión

no parece que hubiera perdido su carácter demanial. Precisamente para evitar estos problemas el artículo 15 de la Ley 3/2001 de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Madrid exige, cuando se vaya a celebrar contratos de obras, certificación por la Dirección General de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Madrid respecto a su inscripción en el catálogo de bienes de la Comunidad Autónoma de Madrid. Sin embargo, la ausencia de esta certificación, por sí misma, puede ser calificada de una irregularidad no invalidante.

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

- Ley 3/2001 (Patrimonio de la Comunidad de Madrid), arts. 4.º, 15, 39.2, 42 y 50.
- Ley 30/1992 (LRJAP y PAC), arts. 13 y 62.1.
- Ley 1/1983 (Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid), art. 53 c).
- Ley 9/2001 (Suelo de la Comunidad de Madrid), arts. 16, 29, 147 y 148.
- RDLeg. 2/2000 (Contrato de las Administraciones Públicas), arts. 5.º 2 b), 7.º, 8.º, 9.º, 15.2, 20 e) y j), 25.1, 69.4, 82, 84, 85, 93.1 y 145.1 y 2.