

3. URBANISMO

Por el DESPACHO JURÍDICO Y URBANÍSTICO LASO & ASOCIADOS

CONVENIO URBANÍSTICO SOBRE LA PERMUTA DE BIENES PATRIMONIALES MUNICIPALES. (RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 2 DE FEBRERO DE 2004.)

RESOLUCIÓN de 2 de febrero de 2004, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Mieres y la Sociedad Anónima..., contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Mieres a inscribir una escritura de elevación a público de un convenio urbanístico.

I. RESUMEN DE LOS HECHOS

Mediante escritura autorizada por el Notario de Mieres, el Ilmo. Ayuntamiento de Mieres y la Sociedad Anónima..., elevan a público el convenio urbanístico para el establecimiento de un centro comercial y de ocio, y en ejecución de dicho convenio, el Ayuntamiento transmite en permuta a la Sociedad Anónima..., dos fincas pertenecientes al patrimonio municipal que se describen en la escritura, comprometiéndose dicha Sociedad a realizar en contraprestación, la ejecución de una obra de 180 plazas de garaje en el subsuelo de determinada plaza de Mieres, así como la urbanización de dicha plaza, de conformidad con el anteproyecto que se incorpora a la escritura, valorándose ambas prestaciones en la misma cantidad.

El Registrador de la Propiedad deniega la inscripción del documento por incumplimiento del requisito de enajenación mediante subasta pública que exigen las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local. Se entiende que no puede aplicarse la excepción de la permuta prevista en los citados cuerpos legales, pues no estamos ante una verdadera permuta, sino ante la transmisión de dos bienes inmuebles cuya contraprestación consiste en la realización de obras en otro inmueble que ya es propiedad del transmitente.

Tanto el Notario autorizante del documento señalado como la Sociedad adjudicataria de las obras interponen recurso gubernativo contra la citada calificación registral alegando la existencia de la permuta y el cumplimiento de los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para la enajenación de bienes patrimoniales por la Corporación Municipal.

Finalmente, el Registrador de la Propiedad informó: A) Que en el presente caso no se está ante el negocio jurídico denominado permuta por el Código Civil. Que dicho contrato se caracteriza por ser un simple intercambio de bienes (sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2002), cosa que no ocurre en el negocio calificado. En el presente caso es dato fundamental que el Ayuntamiento conserve la propiedad de la finca donde deben realizarse las obras. Una de las partes permutantes, la Sociedad Anónima..., no tiene obligación de dar cosa inmueble. Evidentemente las obras se incorporan a un inmueble por sí mismo, no por un nuevo inmueble objeto del pretendido contrato de permuta que el Ayuntamiento adquiere, sino objeto de un contrato de arrendamiento de obra. Que un caso semejante es el de la Resolución de 8 de septiembre de 2000, y también debe citarse la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 2000. B) Que en consecuencia y por lo que se

refiere a la transmisión de bienes inmuebles por parte del Ayuntamiento, no puede obviarse la exigencia legal de pública subasta al no ser aplicables ninguna de las excepciones específicamente previstas para la permuta.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 1.538 del Código Civil y 18 de la Ley Hipotecaria; 80 del Texto Refundido de 18 de abril de 1986; 112 y 115 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 13 de junio de 1986; 3.7 y 9 de la Ley de Contratos del Estado y Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de abril de 1988, 21 de diciembre de 1990 y 9 de septiembre de 2000.

1. Se presenta en el Registro una escritura de elevación a público de un convenio urbanístico otorgado por una Sociedad Anónima y el Ayuntamiento, por el cual, el Ayuntamiento cede en permuta dos fincas de carácter patrimonial a cambio de que la Sociedad realice las obras de construcción de 180 plazas de garaje en una plaza pública del municipio. La Registradora deniega la inscripción por haber incumplido el requisito de enajenación mediante subasta pública prevenido en las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local.

2. Este defecto debe ser confirmado. En la escritura autorizada por Notario y presentada en el Registro lo que late no es una verdadera permuta, pues la contraprestación del cesionario no es una obligación de dar una cosa (cfr. art. 1.538 del Código Civil), sino una obligación de hacer, lo cual, pese a la denominación de convenio urbanístico, no puede eludir el principio general de pública licitación, estando plenamente fundada la calificación del Registrador al no dar por válido el acogerse el Ayuntamiento a tal sistema excepcional.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso.

III. COMENTARIO

1. CONSIDERACIÓN PREVIA

La Resolución objeto de este comentario presenta una serie de cuestiones de incidencia práctica en la actuación urbanística por los entes públicos que tienen como pieza clave los límites de las potestades administrativas en el desarrollo y ejecución de la misma.

Tales cuestiones abarcan aspectos, tanto públicos como privados, en el ámbito del Derecho. ¿Cuáles son los límites de los convenios urbanísticos concertados entre la Administración y los particulares?, ¿cuándo es posible, a pesar del principio general de pública licitación, la adjudicación directa a un particular de la realización de obras municipales?, ¿puede un Ayuntamiento enajenar bienes municipales a través del instrumento jurídico de la permuta, cuando el procedimiento normalmente utilizado es la subasta pública?, y si es así, ¿qué requisitos debe cumplir en concreto dicha permuta? Todos estos interrogantes son desarrollados en el presente comentario, comenzando con la naturaleza de los convenios urbanísticos.

2. ÁMBITO DE LOS CONVENIOS URBANÍSTICOS

Lato sensu los convenios urbanísticos son convenios administrativos celebrados entre la Administración y los particulares en el ámbito de una actuación urbanística (1).

Stricto sensu se los concibe, según la doctrina (2), como «acuerdos suscritos entre la Administración y los particulares afectados de un modo u otro por una determinada actuación urbanística (promotores, propietarios del suelo, Juntas de compensación y, en su caso, simples vecinos residentes en la zona cuyos derechos, arrendaticios preferentemente o de otra clase, puedan resultar afectados por las operaciones a realizar) en orden al mejor desarrollo de la misma».

En el caso que nos ocupa el acuerdo suscrito entre una Sociedad Anónima y la Corporación Local tiene por objeto la realización de obras municipales.

La primera cuestión que se nos plantea es si la referida Sociedad entra dentro del concepto de «particular afectado de un modo u otro por una determinada actuación urbanística». En principio, de la lectura de la Resolución, no se deduce en ningún momento qué particular vinculación aparece entre la mercantil y el Ayuntamiento de Mieres para que éste encomiende a la primera la ejecución de las citadas obras directamente, sin que haya pública concurrencia en la adjudicación ni permita a terceros la posibilidad de presentarse a la misma, a través de la subasta pública o el concurso, medios utilizados habitualmente en la contratación pública.

Puede partirse de la idea de que la citada Sociedad sea también propietaria del suelo, con lo que de esta manera sí estaría afectada en mayor o menor medida por la actuación urbanística; lo que es incomprensible es que el Ayuntamiento se decante unilateralmente por dicha Sociedad y no por otra, o al menos no quede justificado mediante un cauce adecuado (expediente administrativo debidamente motivado) la elección de la misma en detrimento de otras. Uno de los argumentos de la Corporación Municipal para excluir la concurrencia de particulares es que el convenio que nos ocupa tiene por objeto la enajenación de bienes patrimoniales, y tal enajenación puede llevarse a cabo excepcionalmente mediante permuta si se cumplen una serie de requisitos, aunque el procedimiento habitual sea la subasta pública. Sin embargo, como posteriormente veremos, no se cumplen los requisitos de permuta para la enajenación de esta clase de bienes, con lo que únicamente la pública concurrencia sería el medio adecuado para llevar a cabo la operación descrita, y por lo tanto no tendría razón de ser la contratación directa realizada en este caso.

Los convenios frecuentemente utilizados para esta clase de actuaciones urbanísticas son una modalidad de convenio de ejecución, en concreto convenios de cesión de inmuebles pertenecientes al patrimonio municipal del suelo. Tales convenios pueden calificarse de convenios urbanísticos, actos por los que los Ayuntamientos ceden terrenos pertenecientes a su patrimonio para

(1) BUSTILLO BOLADO, ROBERTO O. y CUERNO LLATA, JOSÉ RAMÓN, *Los convenios urbanísticos entre las Administraciones Locales y los particulares*, Editorial Aranzadi, 1996, pág. 23.

(2) Definición dada por TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho Urbanístico*, 11.ª ed., Abella, Madrid, 1995, págs. 192 y 193, siempre y cuando se entienda «acuerdo» como «convenio administrativo con particulares».

que sean urbanizados y/o objeto de la edificación correspondiente por parte de particulares. De ahí que por la peculiar afectación de los bienes objeto de la cesión (3), se ponga especial atención en la forma de selección del contratista, sustituyéndose la subasta por el concurso, ya que prevalecen las razones técnicas a las económicas, pero siempre, como se puede apreciar, utilizando una modalidad de concurrencia pública.

Sin embargo, el Convenio llevado a cabo por el Ayuntamiento se distancia de los habitualmente concertados por los Entes Locales por dos motivos:

Primero, la Corporación Local cede terrenos pertenecientes a su patrimonio a un particular, en concreto dos fincas, para que el particular lleve a cabo la urbanización y/o edificación correspondiente, en este caso las 180 plazas de garaje más la urbanización de la Plaza de Mieres, precisamente en dicha plaza, que evidentemente es también de propiedad municipal por ser un bien de dominio y uso público, y no sobre los terrenos que son objeto de cesión al particular.

Segundo, la operación descrita se *realiza* mediante adjudicación directa excluyendo la posible licitación de otros particulares, obviando los procedimientos de contratación más comunes de la Administración, que posteriormente veremos, y cuyas formas de adjudicación habituales son la subasta pública y el concurso.

Así, es al menos sorprendente cómo en una operación de este tipo en la que un Ente Local cede terrenos de su patrimonio a cambio de la realización de unas obras en otro lugar que también es de propiedad municipal, una plaza pública, comprometiéndose únicamente el particular a la realización de dichas obras, no se justifica en ningún momento por la Administración Pública en razón de qué criterios es ese particular y no otro el elegido mediante lícita concurrencia, máxime cuando el particular adjudicatario no tiene una vinculación especial con los terrenos sobre los que se van a realizar las citadas obras.

En cuanto a la calificación del convenio suscrito frente a la regla general, según la cual los negocios jurídicos análogos a la compraventa, donación, permuta, arrendamiento (éstos incluidos) sobre bienes inmuebles tienen la consideración de contratos privados, el convenio celebrado debe calificarse como contrato administrativo, aunque se trate de un contrato de compraventa de bienes patrimoniales municipales por resultar vinculado al giro o tráfico específico de la Administración actuante (4), puesto que, con él, se trataba de conseguir una finalidad que, al menos en parte, puede tener un interés general, además de que recae sobre un bien público como es la *plaza* municipal.

En virtud de lo expuesto, el Ayuntamiento de Mieres podrá concertar los pactos y convenios que tenga por conveniente, dentro del principio de libertad de pactos que rige la contratación en general, pero con los límites propios del ordenamiento jurídico en general y del ámbito administrativo en particular, es decir, que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o a

(3) En este sentido, ALEJANDRO HUERGO LORA, págs. 225 y sigs., *Los convenios urbanísticos*, Ed. Civitas, Estudios de Derecho Urbanístico.

(4) Véase, el artículo 5.2.b) y el artículo 5.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.

los principios de buena administración (5). Así se pronuncia tanto la legislación estatal, artículo 4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, como municipal, artículo 111 del Real Decreto Legislativo 781/1986.

Este principio restrictivo a la libertad de contratación pública toma como punto de partida el artículo 103.1 de la Constitución Española que indica que *«La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho»*.

De esta forma se llega a la conclusión de que el convenio suscrito puede estimarse nulo por contravenir las normas sobre permuta de bienes municipales y contratación pública, como a continuación se verá.

Como punto final a este epígrafe es de destacar la afirmación realizada por TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ (6) dentro de los límites de la actividad convencional en materia urbanística: *«hay, pues, que afirmar del modo más enfático posible que los convenios no pueden derogar, ni en beneficio de la Administración ni a favor de los particulares, las reglamentaciones de carácter imperativo, ni pueden comprometer tampoco el ejercicio de potestades regladas de las que la Administración dispone»*.

3. REQUISITOS PARA LA PERMUTA DE BIENES MUNICIPALES. EXISTENCIA o NO DE PERMUTA

Con carácter previo, debemos definir qué se entiende por permuta, para lo cual nos remitimos al artículo 1.538 del Código Civil que declara que *«la permuta es un contrato por el cual cada uno de los contratantes se obliga a dar una cosa para recibir otra»*.

La normativa local, en concreto el artículo 80 del Real Decreto Legislativo 781/1986, dispone como excepción al régimen general de subasta pública para la enajenación de bienes patrimoniales la permuta con otros bienes de carácter inmobiliario. Dicha permuta subordina su eficacia al cumplimiento de los cuatro requisitos para la enajenación de bienes patrimoniales municipales contemplados en el artículo 112 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, que son los siguientes:

- existencia de la permuta,
- carácter inmobiliario de los bienes permutados,
- justificación de la necesidad de la permuta y
- equiparación de valor entre los bienes permutados (en concreto, que la diferencia de valor entre los bienes que se trate de permutar no sea superior al 40 por 100 del que lo tenga mayor).

Lo relevante en este caso es considerar si de las condiciones requeridas por la normativa municipal se cumple la primera de las mismas, ya que todos los

(5) La infracción del deber de buena administración, es decir, oportunidad y conveniencia administrativa, cfr. GARCÍA TREVIJANO Fos, J. A., *Los actos administrativos*, 2.ª ed. (actualizada), Civitas, Madrid, 1991, pág. 156, en última instancia repercute en el interés público.

(6) FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, *Manual de Derecho Urbanístico*, págs. 190 y 191. También la sentencia del Tribunal Supremo, de 8 de julio de 1989 (RJ 1989, 5729).

demás requisitos se subordinan a la existencia y eficacia del primero, de tal manera que no cumpliéndose éste irían cayendo los demás por su propio peso, con lo que no tendría *razón* de ser el estudio de los mismos. Detengámonos, pues, en el examen del primero de los requisitos expuestos. La existencia de permuta.

De contrario (tanto por el Notario autorizante de la escritura pública como la Sociedad adjudicataria de las obras) se argumenta que estamos ante una verdadera permuta. Se trata de una obligación de resultado en la que el objeto es un intercambio de cosas. La permuta es claramente un contrato de dar y así lo ha venido entendiendo la jurisprudencia (sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de fecha 20 de octubre de 1997).

Sin embargo, en el caso que estudiamos, el Ayuntamiento enajena bienes patrimoniales, en concreto dos fincas a cambio de la realización por la Sociedad cesionaria, de unas determinadas obras en una plaza pública (parking subterráneo más la urbanización de la misma), plaza que, evidentemente, también pertenece al Ayuntamiento, ya que de conformidad con el artículo 74 del Real Decreto Legislativo 781/1986, las plazas municipales son bienes de dominio y uso público local. Por lo tanto, la existencia de permuta no se da aquí. Cada uno de los bienes objeto de la permuta debe pertenecer a cada uno de los permutantes. Lo que es inadmisibles es que los dos bienes permutados pertenezcan a uno solo de ellos, comprometiéndose el otro supuesto permutante a la realización de obras en uno de ellos. En este caso no sería permuta sino un contrato de arrendamiento de obras, y al tratarse de contratación pública por resultar vinculada la actuación urbanística con el giro o tráfico específico de la Administración contratante, debería someterse dicho contrato a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, con el requisito, pues, ineludible de publicidad y concurrencia que, como regla general, debe imperar en estos casos, para garantizar la transparencia y objetividad de la Administración en su actuación, que como se consagra constitucionalmente debe ser siempre eficaz y servir los intereses generales.

En cambio, sí habría permuta si la Sociedad Anónima... fuera propietaria del solar donde se deben realizar las 180 plazas de garaje más las obras de urbanización, ya que entonces el Ayuntamiento entregaría las dos fincas de su patrimonio (propiedad de un permutante), mientras que la citada sociedad entregaría en contraprestación (propiedad del otro permutante) el referido solar, incorporando las citadas plazas de garaje más las obras descritas, ya que todo ello formaría un bien inmueble por incorporación a los efectos del artículo 334.1 del Código Civil, ya que son bienes inmuebles las construcciones de todo género adheridas al suelo, y la Sociedad Anónima, al ser propietaria del solar donde se realizan las citadas obras, adquiriría por accesión las mismas, en virtud de los artículos 358 y siguientes del Código Civil, y por lo tanto entregaría en contraprestación del bien permutado por el Ayuntamiento, otro bien que era de su propiedad.

En cuanto al ámbito de la permuta, la Resolución discute si es posible, como objeto del contrato de permuta, que uno de los permutantes entregue un bien presente mientras que el otro entregue, como consecuencia del trabajo realizado, otro bien, un bien futuro. Es decir, si es posible que dentro del concepto tradicional de la permuta se englobe tanto la fórmula *do ut des* como también el supuesto de *do ut facias*. Esto último sería posible siempre y cuando el trabajo realizado por uno de los permutantes tuviera como resul-

tado un bien materializable que fuera de su propiedad. Dicho de otro modo, se admite la posibilidad de permuta de cosa presente por cosa futura, siempre y cuando cada una de las cosas, presente y futura, pertenezca respectivamente a cada uno de los permutantes y no a uno sólo de ellos.

El ejemplo típico en el ámbito inmobiliario lo constituye la permuta de solar por fincas o locales a construir en el mismo. La doctrina así lo admite. En este sentido, destacar lo señalado por PELAYO DE LA ROSA DÍAZ, en su libro *La permuta* (7), cuando declara que «*Parece claro que se trata de un contrato de permuta, cuyo objeto lo constituye el cambio de una cosa actual o presente (solar) por una cosa futura (local de negocios o piso a construir). Tratando de establecer un parangón con la compraventa de cosa futura, cabría plantearse a cuál de las dos figuras de compraventa de cosa futura, emptio spei y emptio rei speratae, se parece más el supuesto de permuta de cosa futura que nos ocupa. En nuestra opinión está más cerca del tipo de la emptio rei speratae; pues el propietario del solar lo cede al constructor porque espera, fundada y racionalmente, que en su día recibirá a cambio el local de negocios o pisos que acordaron. En cuanto a la validez de este contrato de permuta, no plantea problemas, puesto que al amparo del artículo 1.271 del Código Civil, las cosas futuras pueden ser perfectamente objeto del contrato*».

Parece claro, a tenor de lo visto, que es posible la permuta de cosa presente por cosa futura. Sin embargo se parte de la idea, para la existencia de la permuta, de que cada uno de los permutantes sea propietario de la cosa que permuta. Como hemos indicado, la Sociedad Anónima... en ningún momento es propietaria de cosa alguna que permutar (ya sea presente o futura), únicamente realiza un contrato de arrendamiento de obras, y la Corporación Local en contraprestación por sus servicios le entrega dos fincas del patrimonio municipal. Supuesto que en modo alguno encaja dentro del concepto de permuta.

De todas formas, no es lo mismo la permuta de solar por piso o local futuro, de la que hemos estado hablando previamente y que es muy común en el ámbito inmobiliario, entre promotores privados y particulares, y aquella otra en la que interviene la Administración Pública, normalmente Ayuntamientos, ya que en estos casos, los requisitos para la enajenación de sus bienes, al intervenir poderes públicos y en aras de una mayor seguridad jurídica, están revestidos de unos condicionantes previos que contempla la normativa local y que deben cumplirse taxativamente ante la excepcionalidad de esta modalidad de enajenación, pues de lo contrario la permuta perdería su validez. Y dado que la permuta, por su propia naturaleza excluye la libre concurrencia, al menos se exige su adecuada justificación, ya que al socaire de la discrecionalidad de la Administración Pública en la elección del permutante, no debe cobijarse arbitrariedad alguna (art. 9.3 de la Constitución Española).

En cuanto al segundo de los requisitos enumerados en el artículo 112 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales, el carácter inmobiliario

(7) PELAYO DE LA ROSA DÍAZ, *La permuta. Desde Roma al Derecho español actual*, Editorial Montecorvo, S. A., 1976. También es relevante destacar el estudio monográfico «Cesión de solar a cambio de obra futura», MARÍA DEL CARMEN PLANA ARNALDOS, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., 2002. Sobre esta clase de permuta de solar por pisos o locales futuros también se pronuncia la Dirección General de los Registros y del Notariado. Véanse Resoluciones de 5 de enero de 1999, 23 de septiembre de 1999, 20 de diciembre de 1999 y 14 de septiembre de 2000.

de los bienes permutados, y pese a no ser necesario su examen por condicionar su eficacia, al igual que el resto de los requisitos, a la existencia del primero, existencia de permuta, y que como aquí hemos indicado no se da, debemos no obstante apostillar lo siguiente.

De contrario se justifica el carácter inmobiliario de los bienes permutados en que debe considerarse que la ejecución de obra obliga al arrendador o contratista a un resultado, siendo la obligación esencial que determina el cumplimiento o incumplimiento del contrato la de «dar» lo previamente hecho, teniendo, por tanto, la obligación de «hacer» una importancia accesoria a la de «dar». Argumentan los recurrentes que la obligación principal del permutante-contratista es la del resultado consistente en la entrega de una construcción subterránea destinada a garaje situado en suelo del Ayuntamiento y que si bien tal construcción, por sí misma, no puede considerarse finca registral, si es, sin embargo, bien inmueble por incorporación (art. 334.1 del Código Civil), precepto que recoge junto al inmueble por naturaleza (la tierra), lo que a éste se incorpora (las construcciones); y salvo que se configure como derecho a construir bajo el suelo del artículo 16 del Reglamento Hipotecario, que también exigiría la licitación. Se cita la sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de octubre de 1997.

Sin embargo, ya hemos dicho que la Sociedad en cuestión no se compromete a realizar una obligación de dar o entregar algo, sino que está únicamente vinculada por una obligación de resultado, la construcción del complejo inmobiliario descrito sobre un solar que no le pertenece, y que por tanto, en virtud de la accesión, el todo en su conjunto (las 180 plazas de garaje más las obras de urbanización de la plaza municipal), a pesar de tener carácter inmobiliario, no se puede permutar por ser también propiedad del Ayuntamiento.

A mayor abundamiento, y aun cuando se cumplieran por la mercantil los dos primeros requisitos para la enajenación de bienes patrimoniales, no habría permuta, ya que falta un documento administrativo que justifique la necesidad de la misma (dado el carácter atípico de esta clase de venta de bienes patrimoniales municipales que excluyen la pública concurrencia) así como un informe valorativo que acredite la equiparación de valor de los bienes permutados, o, al menos, que la diferencia de valor entre los mismos no sobrepase el 40 por 100.

Corrobora lo comentado copiosa jurisprudencia al respecto, destacando la sentencia del Tribunal Supremo (8), Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 6.ª), de 18 de octubre de 1990, RJ 1990/8145, donde en su Fundamento de Derecho 3.º declara que: *«La utilización de la técnica excepcional de la permuta, como fórmula de enajenación de bienes patrimoniales, frente al sistema general de la subasta pública, aparece prevista en el artículo... 98.2 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales (actual art. 112.2 del Reglamento de 13 de junio de 1986), precepto que exige para la procedencia de la permuta la previa tramitación de un expediente que acredite su necesidad, así*

(8) La citada sentencia tiene por objeto un Convenio Urbanístico de Permuta de Terrenos entre el Ayuntamiento de Móstoles y una Entidad Mercantil; el primero adquiere una parcela que tiene como destino la construcción de un centro escolar, mientras que la segunda adquiere una parcela propiedad del Ayuntamiento para la construcción de 120 viviendas. En el mismo sentido sobre la necesidad de la permuta y equivalencia de valor de los bienes permutados, véanse las sentencias del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2000 y de 16 de julio de 2001.

como la equivalencia de valores...»; por su parte, el Fundamento de Derecho 4.º indica que «...el convenio urbanístico cuyo cumplimiento pretende la entidad recurrente... no fue precedido de ningún expediente tendente a acreditar la necesidad de la permuta ni la equivalencia de valores, lo que indudablemente afecta a la validez de dicho acto, al haber sido adoptado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido...» (reconociendo la sentencia la nulidad del convenio y rechazando totalmente la pretensión de cumplimiento).

Asimismo la sentencia (RJ 2001/3423) sobre la base del apartado 2 del artículo 112 del RBEL indica que «El significado de esa regla va más allá de ser una mera formalidad secundaria o escasamente relevante, pues tiene una estrecha relación con los principios constitucionales de igualdad y eficacia de las Administraciones Públicas que proclaman los artículos 14 y 103 de la Constitución. Y la razón de ello es que, a través de la libre concurrencia que es inherente a la subasta, se coloca en igual situación a todos los posibles interesados en la adquisición de los bienes locales, y, al mismo tiempo, se amplía el abanico de las opciones posibles del Ente Local frente a los intereses públicos que motivan la enajenación de sus bienes... Ello conduce a que la exigencia del expediente que en este precepto se establece para, a través de la permuta, excepcionar esta regla general de la subasta, únicamente podrá considerarse cumplida cuando, no sólo exista un expediente que autorice la permuta, sino también hayan quedado precisadas y acreditadas en él las concretas razones que hagan aparecer a aquella (la permuta) no ya como una conveniencia sino como una necesidad. Y esto último lo que exigirá, a su vez, será dejar constancia: de los intereses o necesidades públicas de cuya atención se trata; de las razones por la que para dicha atención son más convenientes que otros los bienes que se pretenden adquirir por permuta; y de la causa por la que tales bienes han de ser adquiridos por permuta y no por otros medios...»

Finalmente, y de gran interés por su analogía con el caso que se estudia aquí, cabe mencionar la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 9 de septiembre de 2000, en la que se deniega una escritura de cesión y transmisión de doce locales comerciales que hace un Ayuntamiento a favor de dos Sociedades, como contraprestación de la ejecución de las obras realizadas por dichas Sociedades porque, según la Resolución, «las enajenaciones de bienes patrimoniales habrán de realizarse por subasta pública», salvo la enajenación mediante permuta con otros bienes de carácter inmobiliario, permuta que en opinión de la Dirección General no existe en este caso.

La similitud con el supuesto objeto de nuestro comentario radica en que el Ayuntamiento contrata la ejecución de una obra sobre un solar de su propiedad, y a cambio les entrega a las dos Sociedades contratadas doce de los trece locales comerciales resultantes en dicho solar. La referida Resolución llega a la conclusión de que no se trata de un verdadero contrato de permuta sino un negocio jurídico *sui generis* de «arrendamiento de obra a cambio de parte de la edificación resultante», y por lo que se refiere a la transmisión de bienes inmuebles por parte del Ayuntamiento, no puede obviarse la exigencia legal de pública subasta al no haberse acreditado la procedencia de algunas de las exigencias requeridas por el artículo 112.2 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, máxime cuando la contraprestación de la otra parte, la realización de las obras, también quedaría sujeta a pública licitación, según la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Se produce, pues, una nulidad de derecho de la cesión cuestionada, impidiendo su acceso al Registro.

Como se ve, el caso expuesto tiene identidad de *razón* con el que *analizamos* en este comentario; la única diferencia es que la contraprestación a realizar por los Ayuntamientos, por los trabajos realizados, se paga en inmuebles de diferente naturaleza; en un caso, en dos fincas pertenecientes al patrimonio municipal del suelo (Resolución de 2 de febrero de 2004), y en el otro, en doce locales comerciales (Resolución de 9 de septiembre de 2000). Pero en los dos supuestos se llega a la conclusión de que no se trata de una permuta, por no cumplir los requisitos legalmente exigidos, sino que lo que realmente se ha querido simular y encubrir es la realización de unas determinadas obras municipales llevadas a cabo por un particular elegido directamente por la Corporación Local, que excluye injustificadamente la concurrencia de otros particulares, potenciales adjudicatarios de las obras, en el procedimiento de contratación.

4. CONTRATACIÓN DE OBRAS POR LA ADMINISTRACIÓN LOCAL Y JURISPRUDENCIA COMUNITARIA

Una vez aclarado en los epígrafes anteriores que el convenio suscrito entre el Ayuntamiento y la Sociedad Anónima..., no se trata de una permuta sino de un contrato de obras, en primer lugar veremos la normativa aplicable al mismo.

El artículo 112 del Real Decreto Legislativo 781/1986 se remite a la normativa estatal para los contratos de las Entidades Locales, si bien en su artículo 118 señala que cuando se trate de obras procederá con carácter general la subasta.

La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en sus artículos 73 y siguientes, distingue entre Procedimientos y Formas de Adjudicación de los contratos. Dentro de los primeros hay tres modalidades: Procedimiento Abierto, Procedimiento Restringido y Procedimiento Negociado. En el Procedimiento Abierto todo empresario interesado puede presentar una proposición. En el Restringido sólo podrán presentar proposiciones aquellos empresarios seleccionados expresamente por la Administración, previa solicitud de los mismos. Finalmente, en el Procedimiento Negociado, el contrato será adjudicado al empresario justificadamente elegido por la Administración, previa consulta y negociación de los términos del contrato con uno o varios empresarios.

En cuanto a las Formas de Adjudicación, la Ley señala dos: la subasta y el concurso, que son comunes tanto para el Procedimiento Abierto como para el Restringido. En la subasta la Administración fijará un tipo expresado en dinero, siendo adjudicatario el licitador que sin exceder de aquél, oferte el precio más bajo, es decir, prevalece el criterio económico de elección; en el concurso la adjudicación *recaerá en el* licitador que, en su conjunto, haga la proposición más ventajosa, teniendo en cuenta los criterios que se hayan establecido en los pliegos de contratación, sin atender exclusivamente al precio; en este segundo, en cambio, prevalecen criterios técnicos. La subasta favorece la seguridad jurídica en la contratación, ya que depende de un factor de selección más objetivo y cuantificable, el precio. El concurso favorece la idoneidad en la selección del proyecto elegido, aunque dependa de criterios más subjetivos y menos controlables, entrando más de lleno en el campo de discrecionalidad de la Administración.

Para el caso examinado, contrato de obras, la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (9) únicamente contempla la posibilidad del «*procedimiento negociado y sin publicidad*» (o lo que comúnmente se denominaba contratación o adjudicación directa) previo expediente administrativo justificando su necesidad y en los casos taxativamente enumerados por la misma: falta de licitadores, especificidad técnica, imperiosa urgencia o necesidad inmediata en su ejecución, repetición de obras similares a otras ya adjudicadas por procedimiento abierto o restringido, los declarados reservados o secretos por afectar a intereses esenciales y los de presupuesto económicamente bajo. Ninguno de ellos encuadra en el supuesto objeto de esta Resolución (construcción de parking público más obras de urbanización de la Plaza donde se ubica el mismo). De ahí que el Ayuntamiento de Mieres hubiera intentado encubrir bajo una supuesta permuta el verdadero contrato de obras que la operación conlleva y con eso evitar la pública licitación a la que venía obligado.

Es muy relevante, a los efectos de publicidad y concurrencia en la adjudicación de contratos de obras públicas, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de julio de 2001 (asunto «*Proyecto Scala 2001*») (10), cuyo objeto es ponderar si el convenio urbanístico acordado por el Ayuntamiento de Milán, en virtud del cual se encomienda a un operador privado la construcción del «*Teatro degli Arcimboldi*» encaja o no dentro del concepto de contrato público de obras de la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, y en consecuencia es aplicable la mencionada Directiva.

Dicha Directiva entiende por contrato público de obras, los contratos onerosos celebrados por escrito entre un contratista, por una parte, y un poder adjudicador, por otra, que tengan por objeto bien la ejecución, bien conjuntamente la ejecución y el proyecto de una obra que responda a las necesidades especificadas por el poder adjudicador. Por lo tanto los requisitos son los siguientes:

- que exista un contrato,
- que tenga carácter oneroso,
- que se formalice por escrito,
- que una de las partes sea un contratista y la otra sea un poder adjudicador,
- que el objeto del contrato sea la realización de obras.

Si reúne dichas características se puede calificar como un contrato público de obras a los efectos de la Directiva 93/37/CEE. Ello no implica que se aplique automáticamente dicha Directiva sobre la legislación nacional de cada

(9) Vid. artículo 141 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

(10) En relación con dicha sentencia, pueden verse los trabajos siguientes: JULIO C. TEJEDOR BIELSA, «Contratación de la obra pública urbanizadora y sistema de compensación», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 112, 2001, págs. 597 y sigs.; TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, «La sentencia del TJE, de 12 de julio de 2001, y su impacto en el ordenamiento urbanístico español», en *Revista de Urbanismo y Edificación*, núm. 4, 2001-2002, págs. 119 y sigs.; LÓRA TAMAYO-VALLVÉ, «Ejecución de obra urbanizadora y Derecho comunitario», en *Revista de Administración Pública*, núm. 159, págs. 257 y sigs. De esta última autora ver también *Urbanismo de obra pública y derecho a urbanizar*, Editorial Marcial Pons, 2002; ROBERTO O. BUSTILLO BOLADO, «Derecho urbanístico y concurrencia en la adjudicación de contratos públicos de obras», en *Revista de Urbanismo y Edificación*, núm. 5, 2002, págs. 117 y sigs.

uno de los Estados miembros, ya que es necesario para su obligatoriedad que el importe de los mencionados contratos sea igual o superior a 5.000.000 €.

Lógicamente quedarían excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva 93/37 aquellos casos en los que sin mediar convenio con la Administración un propietario (se sobreentiende del solar donde se van a realizar las obras) en cumplimiento de la normativa urbanística nacional aplicable en el Estado miembro realizara una obra urbanizadora legalmente exigible o la contratara con un tercero, ya que si realiza las obras por sí mismo, no existe contrato, y si contrata con un tercero no hay poder adjudicador.

5. CONCLUSIÓN

Los Ayuntamientos, en su manera de actuar en materia urbanística, deberán observar y valorar las circunstancias concurrentes y las especificidades que se les plantean en cada supuesto, y elegir dentro del abanico de posibilidades que les ofrece el ordenamiento jurídico la opción que mejor concilie tanto los intereses generales como los propios de la Corporación Local, pero ajustándose en todo momento al estricto marco de la legalidad vigente, prevaleciendo siempre en caso de duda el interés público al particular, en aras de una mayor garantía y seguridad jurídica en la gestión administrativa.

A tal efecto, y como corolario de lo expuesto, destacar la opinión de ROBERTO O. BUSTILLO BOLADO cuando declara que *«es preciso estudiar caso por caso para verificar si efectivamente el acuerdo de voluntades ha dado lugar a un verdadero convenio urbanístico o si, por el contrario, se trata de una maniobra fraudulenta que bajo la mera apariencia de un convenio urbanístico oculta un verdadero contrato administrativo de obras adjudicado directamente sin respetar los principios de publicidad y concurrencia previstos en el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas del año 2000»* (11).

LORENZO GÓMEZ PARRA

(11) ROBERTO O. BUSTILLO BOLADO, «Derecho urbanístico y concurrencia en la adjudicación de contratos públicos de obras», en *Revista de Urbanismo y Edificación*, núm. 5, 2002, pág. 133.