

La exclusión de los negocios jurídicos sobre bienes inmuebles de la legislación de contratos del sector público

por

SOFÍA DE SALAS MURILLO

Profesora Titular de Derecho Civil. Universidad de Zaragoza

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. ETAPA DE INCLUSIÓN DE LOS CONTRATOS INMOBILIARIOS EN LA LEGISLACIÓN SOBRE CONTRATOS PÚBLICOS:
 - A) LEY DE CONTRATOS DEL ESTADO DE 1965-1973.
 - B) LEY DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS DE 1995:
 1. *El artículo 5.3 no se ha interpretado literalmente, sino a la luz del artículo 5.2.b).*
 2. *No todos los contratos sobre inmuebles se incluyen en el artículo 5.3.*
- III. ETAPA DE EXCLUSIÓN DE LOS CONTRATOS INMOBILIARIOS EN LA LEGISLACIÓN SOBRE CONTRATOS PÚBLICOS: LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO DE 2007.
- IV. CONCLUSIONES.
- V. BIBLIOGRAFÍA CITADA.
- VI. ÍNDICE CRONOLÓGICO DE JURISPRUDENCIA, INFORMES Y DICTÁMENES.

I. INTRODUCCIÓN

Asistimos en los últimos años a un importante incremento del patrimonio inmobiliario de las Administraciones Públicas. Incremento derivado, en ocasiones, no del interés de éstas en la adquisición de inmuebles, sino de las resultas de embargos por impagos. La imperiosa necesidad, a su vez, de conseguir recursos económicos, fuerza a las Administraciones a llevar a cabo las correspondientes operaciones jurídicas de venta, arrendamiento, concesión de derecho de superficie, etc.

No es, por supuesto, el único campo ni la única razón de ser de los negocios jurídicos que las Administraciones llevan a cabo sobre inmuebles, pero no cabe duda que la coyuntura actual ha hecho que este tipo de negocios adquiriera especial relevancia. Esta coyuntura ha coincidido en el tiempo con un cambio legislativo que ha pasado relativamente desapercibido y que sin embargo, se ha traducido en una situación de desconcierto para los operadores jurídicos, que en no pocos casos, inaplican la nueva legislación, con la correspondiente frustración de los objetivos de política legislativa que llevaron a dicha reforma.

Me estoy refiriendo a la *exclusión* que la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (actualmente integrada en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público [Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre], TRLCSP) opera sobre los negocios jurídicos que recaen sobre bienes inmuebles. Modificación legislativa de mayor calado del que pueda parecer a primera vista, pues pasa de considerar estos contratos como *privados pero sometidos a la legislación sobre contratación pública* en lo que hace a su preparación y adjudicación, a considerarlos, por supuesto como *privados, pero excluidos* de dicha legislación, con lo que se excluyen también de todo lo referente a su preparación y adjudicación.

Recordemos los aspectos principales de la evolución legislativa hasta llegar a este punto.

La división fundamental entre los contratos en que actúa una Administración Pública (o en sentido amplio, el Sector público) es la de contratos administrativos y contratos privados. Dentro de los primeros ha de reseñarse una categoría específica: la de los contratos administrativos especiales, que ha sido muy relevante precisamente en el caso de los contratos que recaen sobre inmuebles, en los que se va a centrar este trabajo.

En términos generales, puede recordarse que a través de estos años la legislación sobre contratación pública ha intentado disciplinar la regulación de unos y otros (administrativos y privados), sobre la base de que prerrogativas como las de interpretación, modificación y resolución unilateral del contrato sólo se aplican a los de carácter administrativo, y de que el reparto jurisdiccional se hace, en principio, en función de la calificación del contrato como administrativo

o privado. No obstante, como ha puesto de relieve GARCÍA DE ENTERRÍA¹, la calificación de un contrato de la Administración como privado o administrativo no tiene por sí misma una trascendencia decisiva en orden a la determinación de la regulación de fondo de unos y otros, pues a la postre, hay que estar a las reglas específicas de cada contrato, porque son esas reglas, y no una genérica calificación del mismo como administrativo o como privado, las que definen su concreto régimen jurídico².

Sea como fuere, lo que es cierto es que cuando se considera un contrato como administrativo (sea de los típicos o sea de los contratos administrativos especiales), en principio todo su *iter* contractual se halla sometido al Derecho Administrativo, y si se trata de un contrato privado —conforme a la teoría de los actos separables—, sólo la preparación y adjudicación de los contratos se rige por el Derecho Administrativo, y en concreto, lo referente a cuestiones como la competencia del órgano de contratación, la capacidad del contratista adjudicatario, la determinación del objeto del contrato y del precio, la tramitación del expediente al que han de incorporarse los pliegos de cláusulas que han de regir el contrato, la adjudicación del contrato atendiendo a los principios de publicidad y concurrencia, o la formalización del contrato (art. 156 TRLCSP).

Siguiendo estas líneas maestras, la legislación sobre contratos administrativos ha situado —expresa o implícitamente— los contratos inmobiliarios en una de estas dos categorías, pero siempre (hasta ahora) dentro del ámbito de aplicación de dicha legislación.

II. ETAPA DE INCLUSIÓN DE LOS CONTRATOS INMOBILIARIOS EN LA LEGISLACIÓN SOBRE CONTRATOS PÚBLICOS

A) LEY DE CONTRATOS DEL ESTADO DE 1965-1973

Así, el artículo 4.2 de la Ley de Contratos del Estado (Decreto 923/1965, de 8 de abril, por el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley de Bases de Contratos del Estado, modificado precisamente en este punto por la Ley 5/1973, de 17 de marzo) preveía un régimen específico dentro de los contratos

¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, I, Thomson-Civitas, 14.ª ed., 2008, pág. 713.

² Y es que la distinción entre contratos administrativos y contratos privados de la Administración no implica, según GARCÍA DE ENTERRÍA, una remisión que conduzca a «régimen jurídicos irreductiblemente diferentes, sino en buena parte próximos». Y además, no son regímenes unitarios y compactos, es decir, no hay un solo régimen jurídico para los contratos administrativos y otro para los contratos privados, sino varios regímenes distintos a cada lado de la línea divisoria». GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, I, cit., pág. 709.

administrativos, para los que no tuvieran por objeto directo la ejecución de obras, la gestión de un servicio público o la prestación de suministros (a los que se dedicaba el art. 4.1), «*como los de contenido patrimonial, de préstamo, depósito, transporte, arrendamientos, sociedad o cualesquiera otros, que tengan carácter administrativo por declararlo así una Ley, o por su directa vinculación al desenvolvimiento regular de un servicio público o por revestir características intrínsecas que hagan precisa una especial tutela del interés público para el desarrollo del contrato...*». Por su parte, el artículo 4.3 se dedicaba a los contratos, «*que no tengan carácter administrativo, por no estar incluidos en los supuestos previstos en la misma...* (en la regla anterior)» —que serían calificables actualmente como contratos privados—, y que se regían «*en cuanto a sus efectos y extinción por sus normas especiales si las hubiera y, en su defecto, por las normas del Derecho Privado que les sean aplicables en cada caso*» (art. 4.3.b). Esta Ley divide por tanto los contratos celebrados por la Administración en una triple categoría: contratos administrativos típicos, contratos administrativos atípicos o especiales y contratos privados de la Administración. Los primeros son los que tienen por objeto directo e inmediato obras, servicios o suministros públicos; los segundos, aquellos que, teniendo cualquier otro objeto, se consideraban de carácter administrativo, ya por declaración expresa de una ley, por estar directamente vinculados al desenvolvimiento regular de un servicio público o por revestir la actividad características intrínsecas que hiciesen precisa una especial tutela del interés público para el desarrollo del contrato; y la tercera categoría, por los contratos que no tenían carácter administrativo por no incluirse en las categorías anteriores y que eran, en definitiva, los contratos privados de la Administración. Explica el Consejo de Estado [Dictamen 1336/2005, de 17 de noviembre de 2005], refiriéndose a la reforma efectuada en la Ley de Contratos del Estado por la Ley de 1973, que «a partir de la referida reforma legislativa —pese a su previa penetración por vía jurisprudencial— ...se produjo el fenómeno de expansión del carácter administrativo de los contratos de la Administración, a partir de los denominados contratos «especiales» que, aun no siendo administrativos por razón del objeto, podían serlo en atención a su finalidad (sentencias del Tribunal Supremo de 24 de diciembre de 1985, 8 de marzo de 1986 y 19 de mayo de 1986)».

Los términos del artículo 4.2: «*directa vinculación al desenvolvimiento regular de un servicio público*», sugieren una interpretación en sentido riguroso y estricto, que sin embargo no es la aplicada por la Jurisprudencia civil, que considera como administrativos muchos contratos, a los efectos de reconocer con gran amplitud la competencia de la Jurisdicción contencioso-administrativa.

En este sentido, es representativa la STS de 11 de mayo de 1982 [RJ 1982/2566] (Sala de lo Civil), que partiendo de que contratos administrativos y contratos privados poseen «una común plataforma sustentadora constituida por la elaboración iuscivilística del contrato», afirma que cuando «la modulación

del contrato por la Administración —variantes introducidas por su presencia en la genérica institución contractual— alcanza cierta intensidad es predicable la atribución a la jurisdicción contenciosa»³. Centrándonos en los pronunciamientos que de una forma u otra se refieren a negocios jurídicos sobre bienes inmuebles, la Sala de lo Civil (STS de 7 de noviembre de 1983 [*RJ* 1983/5959]) reconoce, en la misma línea que la sentencia que acabamos de citar, la competencia de la Jurisdicción contencioso-administrativa —por tratarse de un contrato administrativo— en el caso de una donación de un solar de un Ayuntamiento a FET de las JONS, entidad integrada en la Secretaría General del Movimiento, que entonces tenía carácter y condición de Ministerio, por considerar que lo es para un «destino puramente administrativo y público, de interés general» (Cdo. 4). La misma solución se da en el caso de una venta por el Instituto Nacional de Urbanismo de una parcela con la finalidad de crear o instalar nuevas industrias, fomentando, en definitiva, la industrialización de determinada zona (STS de 28 octubre de 1991 [*RJ* 1991/7241], Sala de lo Civil), pues, recogiendo la doctrina de sentencias anteriores como la STS de 9 de octubre de 1987 [1987/6931], considera que una «relación jurídica concreta ofrecerá naturaleza administrativa cuando ha sido determinada por la prestación de un servicio público, entendido el concepto en la acepción más amplia para abarcar cualquier actividad que la Administración desarrolla como necesaria en su realización para satisfacer el interés general atribuido a la esfera específica de su competencia» (FJ 2.º).

Por su parte, la Jurisdicción contencioso-administrativa (STS de 16 de diciembre de 1980 [*RJ* 1980/5020], Sala de lo contencioso-administrativo), reconoce su propia competencia y califica de contrato administrativo especial el de compra de una finca rústica con pozo de agua para el abastecimiento de población —que queda afectado como bien de dominio público—, puesto que considera que satisface directa e inmediatamente una finalidad pública, integrándose dicha finalidad en la causa del contrato (Cdo. 1). También lo hace en el caso de la compra de una parcela para la construcción de viviendas de protección oficial (STS de 11 de junio de 1996 [*RJ* 1996/6123], Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 5.ª). Precisamente esta Sala llega a afirmar que dada la amplitud del concepto de servicio público, el de contrato administrativo especial vendría determinado doctrinalmente por la definición negativa o excluyente del servicio público, es decir, cuando el contrato no tiene por objeto la gestión del dominio privado, patrimonial o mercantil de la Administración, el contrato será administrativo (recogiendo sentencias anteriores, STS de 30 de octubre de 1990

³ Esta sentencia no se refiere a los contratos inmobiliarios, sino a una cuestión relativa a los honorarios de un arquitecto por la elaboración de un proyecto para la Administración del Estado, pero los criterios utilizados por la Sala de lo Civil para declarar la incompetencia de su jurisdicción por tratarse de un contrato administrativo, han sido utilizados en sentencias posteriores.

[RJ 1990/8400])⁴. Reproduciendo los razonamientos de esta última sentencia, el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 28 de septiembre de 2004 (Sección 13.^a) [JUR 2004/305019], reafirma la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa en un caso de acción de desahucio por expiración del término del arrendamiento de unos terrenos, siendo arrendatario un Ayuntamiento, y basa la vinculación al giro o tráfico específico de la Administración, en el hecho de que con el arrendamiento se pretende satisfacer de forma directa una finalidad pública de su competencia, que concretamente es la recogida en el artículo 25.2.m) de la Ley de Bases de Régimen Local: «*Actividades o instalaciones culturales y deportivas; ocupación del tiempo libre; turismo*», sin que se desprenda del Auto el destino del arrendamiento en cuestión⁵.

En otros pronunciamientos sin embargo, no resulta tan clara la finalidad pública e incluso, la calificación como administrativo especial del contrato en cuestión. En este sentido, el Tribunal Superior de Justicia de la Junta de Castilla y León (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 2.^a), en la sentencia de 17 de septiembre de 2004 [JUR 2004/271150], considera *contrato administrativo especial* el de constitución de un derecho de superficie sobre una parcela del terreno propiedad del ayuntamiento de Las Navas del Marqués, a favor de una entidad mercantil (Promotora de Comunidades de Propietarios, S. L.) para la construcción a su cuenta y cargo de un edificio destinado a restaurante y cafetería (la escritura pública de constitución es de 5 de noviembre de 1971). El superficiario, como contraprestación, debía ceder gratuitamente la edificación en normal estado de conservación y funcionamiento al Ayuntamiento al cumplirse «el plazo de 50 años que es la duración, con carácter inalterable, del derecho de ocupación», satisfaciendo además un canon de ocupación pactado sin perjuicio de la revalorización automática en proporción a la cuantía en que se elevara el jornal mínimo legal del peón ordinario. La Comisión Municipal de Gobierno adoptó un acuerdo el 30 de octubre de 2002 en el que pretendía entre otros extremos revalorizar el canon en un 12 por 100, así como no conceder la prórroga del contrato. Con ocasión de la demanda de anulación de dicho acuerdo por parte de la entidad superficiaria, el Tribunal afirma que: «Estrictamente se trata de un contrato administrativo, cuyo objeto es la constitución de un derecho de superficie, otorgado en este caso en favor del recurrente, sobre un bien patrimonial del ayuntamiento (no dominio público) recibiendo el ayuntamiento dos contraprestaciones: 1.^a) el canon anual, y 2.^a) al final del contrato el inmueble que el superficiario se comprometió a construir pasará a dominio municipal. Por

⁴ En el caso resuelto por la sentencia, se trataba de la adquisición de un inmueble destinado a la instalación de un hogar de ancianos previa la convocatoria del correspondiente concurso para ello.

⁵ La legislación vigente al tiempo de celebrarse el contrato (año 1992) era la de 1965-1973, y es la que aplica el Auto, si bien alude expresamente a que es el mismo criterio seguido por la Ley 13/1995.

ello, la normativa aplicable será la reguladora de los contratos administrativos vigente al tiempo de los hechos, sea norma estatal o local, según los casos...». El problema es que no termina de quedar clara cuál es esta legislación para el Tribunal, dado que cita la Ley 13/1995, de 18 de julio, de Contratos del Estado, pero también la normativa derogada por ésta, como los artículos 14 y 18 del Decreto 923/1965; y estos, para recordar, entre otros extremos, las tradicionales prerrogativas que asisten a la Administración de cara a la interpretación y resolución de dudas que ofrezca el cumplimiento del contrato, como la posibilidad de, excepcionalmente y por razones de orden público, autorizar a modificar los contratos celebrados y acordar su resolución (para lo cual cita el Decreto 3410/1975). Estas alusiones a la legislación de 1965-1973, vigentes al tiempo de la constitución del derecho, no dejan de ser llamativas, dado que es bastante dudoso que su presupuesto se dé en el caso concreto.

Por lo demás, en los hechos relatados se describen incumplimientos del contrato por ambas partes: por parte de la entidad superficiaria, que construye una sala de fiestas, en lugar de una cafetería (sorprendentemente con licencia municipal) y por parte del concedente, que aplica las revalorizaciones descritas, que no estaban pactadas. Pues bien, partiendo del carácter administrativo del contrato, reconoce el Tribunal que la construcción de la sala de fiestas es una novación de la esencia contractual que, a pesar de la licencia administrativa, no ha seguido el procedimiento establecido y por ello es un incumplimiento contractual que fundamenta la «resolución del contrato en lo referente a su imposibilidad de prórroga de la duración»; sin embargo, no admite, por el mismo motivo —la sujeción a lo pactado en los pliegos de contratación—, la respuesta por parte del Ayuntamiento ante el incumplimiento del superficiario, de un incremento del canon no autorizado ni previsto en el contrato.

En las sentencias a las que acabamos de hacer referencia, se puede identificar un criterio finalista en virtud del cual, la vinculación de un contrato a un servicio o interés público puede comportar su calificación como administrativo siempre que dicho fin se incorpore a la causa del contrato y, consecuentemente, se convierta en elemento esencial del mismo, en el sentido del artículo 1261 del Código Civil. Parece encontrarse aquí una aplicación específica del sentido subjetivo de la causa, en que los llamados «motivos causalizados» —al menos los de una de las partes contratantes (la Administración Pública)— son los de servicio al interés público. Recordemos que la jurisprudencia civil ha reconducido aquéllos al tema de la causa, afirmando entonces que el móvil «se incorpora» a ésta (así lo hacen, entre otras, las SSTs de 11 de julio de 1984 y 21 de julio de 2003)⁶.

⁶ A juicio de Pedro de PABLO CONTRERAS, que cita éstas y otras sentencias al exponer la dimensión subjetiva de la causa, estos supuestos nada tienen que ver con la causa, sino que atañen al requisito del consentimiento. Como explica este autor, «alguna de estas decisiones

La aplicación práctica de dicho criterio vino condicionada a su vez por dos factores que conviene conocer: la amplitud en la interpretación del concepto vinculación contractual a un servicio público, y la aplicación de determinados criterios de carácter procesal.

Respecto al primer factor, dicha vinculación se apreciaba, como hemos tenido ocasión de ver, en cualquier actividad que por considerarse de realización necesaria para la satisfacción de un interés público, estuviera atribuida a la Administración como competencia propia. En este sentido, la STS de 13 de febrero de 1990 [RJ 1990/1430] (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.^a), recogiendo doctrina anterior, afirma que «hay que atender básicamente al objeto o visión finalista del negocio, de suerte que una relación jurídica concreta ofrecerá naturaleza administrativa cuando ha sido determinada por la prestación de un servicio público, entendiendo este concepto en su acepción más amplia para abarcar cualquier actividad que la Administración desarrolle como necesaria para satisfacer el interés general atribuido a la esfera específica de su competencia y por lo mismo correspondiente a sus funciones peculiares; sentido lato que inspira el artículo 4 de la Ley de Contratos del Estado, de 17 de marzo de 1973, cuya regla 2.^a comprende la relación típica que el órgano administrativo desarrolla en el ámbito de su competencia funcional».

El segundo factor, consistente en un criterio procesal, sirvió de fundamento a la progresiva *vis expansiva* del carácter administrativo de los contratos de la Administración. Y este criterio no es otro que el derivado de la aplicación del artículo 3.a) de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1956, que al afirmar que dicha Jurisdicción conocerá de «*las cuestiones referentes al cumplimiento, inteligencia, resolución y efectos de los contratos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, celebrados por la Administración Pública, cuando tuvieren por finalidad obras y servicios públicos de toda especie*», fue llevando a cabo de forma progresiva una ampliación del ámbito de la contratación administrativa.

Pese al predominio de la calificación como administrativos de los contratos, que acabamos de ver, hay casos en los que no se ha apreciado la citada vinculación y el contrato se considera privado, siendo competente la Jurisdicción

jurisprudenciales se refieren al caso de que los motivos hayan sido elevados por las partes expresamente a la categoría de condición del contrato —aunque acaso no la hayan llamado así—, y entonces el supuesto ha de recibir el tratamiento de esta determinación de la voluntad (y el problema, por supuesto, es de consentimiento, y no de causa). Otras se sitúan en la línea de la teoría de la presuposición formulada por WINDSCHEID, que entiende como tal una «condición no desarrollada» que se da cuando el sujeto sólo quiere el efecto jurídico para el caso de que exista o se produzca un cierto supuesto de hecho, pero no llega a hacer depender de él la eficacia del negocio porque da por segura —presupone— su existencia o producción»; cfr. DE PABLO CONTRERAS, en MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, DE PABLO CONTRERAS, PÉREZ ÁLVAREZ y PARRA LUCÁN, *Curso de Derecho Civil (II), Derecho de Obligaciones*, 3.^a ed., Colex, 2011, págs. 376 y 377.

Civil: una venta de bienes de propios de un Ayuntamiento hecha con fines privados, sin que a ello obste el que se hubiera hecho en pública subasta, que también se celebra en los contratos civiles (STS de 19 de octubre de 1981 [RJ 1981/4484], Sala de lo Contencioso-Administrativo); o en el caso de compra por un Ayuntamiento de unos terrenos hecha en documento privado —no por procedimiento expropiatorio— (STS de 11 de junio de 1993 [RJ 1993/4827], Sala de lo Civil), sin que en ningún caso la obligación de facilitar un camino de acceso a otras fincas de la vendedora que quedaron enclavadas y sin salida a la carretera por efecto de la transmisión, pueda considerarse un servicio público.

Junto a ello, existe un caso muy concreto, que es el de arrendamiento de inmuebles pertenecientes a la Administración para destinarlos a servicios de bar o cafetería, en el que se aprecian valoraciones en ambos sentidos.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo (STS de 20 de noviembre de 1996 [RJ 1996/8225], Sala 5.^a), atribuye naturaleza privada al arrendamiento de un bar-cafetería ubicado en un Teatro municipal, y en consecuencia, reconoce la competencia de la Jurisdicción civil, «dado el carácter de bien patrimonial del objeto arrendado, la consideración de ingresos privados de sus rentas y la no condición de servicio público del bar-cafetería del «Teatro Romea», propiedad del Ayuntamiento y que constituye tal objeto locaticio, sin que a ello se oponga el que en el contrato suscrito se califique a éste de administrativo, pues las cosas son lo que son y no lo que se las denomina...». En sentido inverso, la Sala de lo Civil, en la STS de 17 de julio de 1999 [RJ 1999/5958], reconoce el carácter administrativo y considera este tipo de actividades como «servicio público», en el caso de un organismo autónomo de una entidad local que contrata de forma verbal con una empresa la prestación del servicio de restaurante y cafetería a los asistentes oficiales a la sede de una feria ganadera. Por su parte, la STS de 17 de julio de 1995 [RJ 1995/5856] (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.^a), al resolver acerca de la naturaleza jurídica de la concesión de un servicio de cafetería en residencia sanitaria, defiende también el carácter administrativo del contrato, al tratarse de un servicio ligado al desenvolvimiento normal del servicio público, pues por el principio de accesoriedad, las deficiencias de aquél repercutirían en éste. Sobre la base de que la Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, que se aplica a contratos cualquiera que sea su naturaleza jurídica *«cuando tuviesen por finalidad obras y servicios públicos de toda especie, entendido el concepto en la acepción más amplia para abarcar cualquier actividad que la Administración desarrolla como necesaria en su realización para satisfacer el interés general atribuido a la esfera específica de su competencia»*, reafirma la sentencia que «es corriente doctrinal y jurisprudencial reciente la que partiendo del fin de interés general del contrato —no de su objeto— afirma el carácter público de todos aquellos en que intervenga la Administración contratante, siempre que no se persiga un fin eminentemente lucrativo».

En este sentido —y aunque se base en la legislación posterior— ha de hacerse mención al Informe 5/1996, de 7 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, que precisamente en el caso de arrendamientos complejos de servicio de cafetería o comedor en inmuebles o locales pertenecientes a la Administración, sostiene que dichos arrendamientos podían seguir cualquiera de las dos vías: consideración como contrato privado, o como contrato administrativo especial⁷, pero que «cualquiera que sea su naturaleza jurídica, se regirán por las normas que la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas dedica a los contratos administrativos, en cuanto a su preparación y adjudicación».

En este mismo ámbito de actividades, el citado órgano consultivo (Informe 43/2007, de 29 de octubre) ha considerado contrato privado el de constitución de un derecho de superficie sobre bienes municipales de carácter patrimonial de un Ayuntamiento, para la construcción de una cafetería, pues, aplicando los artículos 4.2 y 4.3 de la Ley de Contratos del Estado de 1965, afirma que «no existe ni una Ley que declare la naturaleza administrativa del contrato por el que se constituye el derecho, ni está directamente vinculado al desenvolvimiento de un servicio público, ni, finalmente, reviste características intrínsecas que hagan precisa una especial tutela del interés público para el desarrollo del contrato. Consiguientemente, y de acuerdo con la norma vigente en el momento de constituirlo, el contrato a que se refiere la consulta debe ser configurado con un contrato de naturaleza privada que debe regirse por sus propias normas (en el caso presente los correspondientes artículos de la Ley del Suelo) y, en defecto o insuficiencia de éstas por las normas del Derecho Privado».

La consulta se planteaba precisamente, como premisa necesaria para aclarar cuál era el modo de acordar la resolución del contrato, una vez que había quedado acreditado el incumplimiento por el adjudicatario del derecho de superficie de las condiciones establecidas para la adjudicación. Puesto que se atribuye al contrato naturaleza jurídico-privada, no cabe aplicar para su resolución las potestades que asisten a la Administración en aquellos casos en que actúa en el ámbito del Derecho administrativo, y en consecuencia, no podrá acordar y ejecutar de modo unilateral la resolución. Por el contrario debe valerse de las técnicas propias del Derecho privado, lo que implica, en caso de no consentir la resolución el interesado, acudir a la jurisdicción ordinaria en los términos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil para obtener la resolución contractual y el desahucio del inmueble.

⁷ En este sentido, afirma la JCCA que «las nuevas expresiones utilizadas por el artículo 5.2.b) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas para caracterizar a los contratos administrativos especiales, por su amplitud, no suponen obstáculo a la caracterización como tales de los contratos que tengan por objeto los servicios de cafetería y comedor y, en general, los consignados en el escrito de consulta».

B) LEY DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS DE 1995

La Ley de 1965-1973 fue derogada por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (Ley 13/1995, de 18 de mayo, reformada en este punto por la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, e integrada en el Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio). El artículo 5.2.b) de dicha Ley de 1995 (se mantiene la numeración en el TRLCAP 2000) considera que: «2. *Son contratos administrativos: ...b) Los de objeto distinto a los anteriormente expresados, pero que tengan naturaleza administrativa especial por resultar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante, por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquella o por declararlo así una ley.* 3. *Los restantes contratos celebrados por la Administración tendrán la consideración de contratos privados y, en particular, los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles...*». Ello se completa, respecto al régimen jurídico de los contratos privados, en el artículo 9.1 TRLCAP, al señalar que: «1. *Los contratos privados de las Administraciones Públicas se regirán en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas administrativas específicas, por la presente Ley y sus disposiciones de desarrollo y en cuanto a sus efectos y extinción, por las normas de Derecho Privado. A los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, propiedades incorpóreas y valores negociables se les aplicarán, en primer lugar, en cuanto a su preparación y adjudicación, las normas de la legislación patrimonial de las correspondientes Administraciones Públicas*»⁸. Y a su vez, la normativa sobre contratación pública es supletoria de la legislación patrimonial en este punto, como afirmó la Junta Consultiva de Contratación administrativa en el Informe 7/1996, de 7 de marzo sobre «Aplicación supletoria de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en la tramitación de expedientes de contratación patrimonial como arrendamientos y adquisiciones onerosas de bienes inmuebles».

Interesa destacar la introducción en el artículo 5.2.b) —por influencia de GARCÍA DE ENTERRÍA— de la alusión al concepto de «giro o tráfico específico de la Administración», o más simplificado, giro o tráfico administrativo, como criterio delimitador del ámbito conceptual del Derecho Administrativo, que se da cuando la Administración actúa «dentro del campo concreto

⁸ «3. *El orden jurisdiccional civil será el competente para resolver las controversias que surjan entre las partes en los contratos privados. No obstante, se considerarán actos jurídicos separables los que se dicten en relación con la preparación y adjudicación del contrato y, en consecuencia, podrán ser impugnados ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de acuerdo con la normativa reguladora de dicha jurisdicción*».

de las competencias y atribuciones cuyo ejercicio constituye su misión y su responsabilidad específicas»⁹.

Comparándola con la legislación anterior, en opinión de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, esta Ley opera una ampliación del «ámbito de los contratos administrativos especiales, pues la vinculación al giro o tráfico de la Administración contratante, al tratarse de una mera vinculación y no de una pertenencia estricta, permite incluir en esta categoría a los contratos que afectan al concreto interés público perseguido por la Administración de que se trate» (Informe 5/1996, de 7 de marzo).

Sin embargo, la Jurisprudencia, consciente de la dificultad que supone el deslinde entre los contratos administrativos especiales y los contratos privados otorgados por las Administraciones Públicas (SSTS de 24 de enero de 2007 [RJ 2007/710] y 27 de mayo de 2009 [RJ 2009/3189]), reconoce que el problema radica precisamente «en la amplitud con la que quiera verse dicho elemento teleológico, puesto que, por el mero hecho de ser Administraciones Públicas, resulta coherente la búsqueda de un interés público en sus actos, siquiera de forma indirecta». Por ello, han de descartarse interpretaciones amplias de la visión finalista del negocio —como la sostenida en la STS de 9 de octubre de 1987 [RJ 1987/6931], citada anteriormente—, y exigirse otros elementos adicionales del contrato celebrado por las Administraciones Públicas para dotarle de una naturaleza administrativa. Ambas sentencias contienen la afirmación, en este sentido, de que: «La visión de la evolución que ha experimentado el concepto legal de los contratos administrativos pone de manifiesto la voluntad del legislador de aquilatar su ámbito, en función de la directa vinculación de su objeto con la satisfacción del interés público, al que están ordenadas las potestades administrativas, y que son las que revisten de *imperium* la actuación de la Administración y justifican las facultades —interpretativas y modificativas— de que disfruta en las relaciones contractuales. Así, se aprecia que se ha pasado del desenvolvimiento regular de un servicio público o de la presencia de características intrínsecas que hagan necesaria la especial tutela del interés público en la ejecución del contrato ... a la vinculación al giro o tráfico específico de la Administración contratante, y a la directa o inmediata satisfacción de una finalidad pública de la específica competencia de aquella, como elementos definitorios de la naturaleza administrativa del contrato que, si bien no son expresión por sí mismos de una reducción conceptual, sí permiten apreciar sin embargo un abandono de las posiciones basadas en un concepto amplio del servicio público, y así como de consideración de la vinculación a la satisfacción de un interés

⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, «Verso un concetto de Diritto Amministrativo come Diritto statutario», en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Anno X, 1960, y trabajos posteriores; cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, I, cit. pág. 708.

general, para atender al específico ámbito de actuación y de competencias de la Administración contratante y para exigir una más directa relación entre el objeto del contrato y el servicio o la finalidad pública».

En el tema que nos ocupa, se aprecia un cambio decisivo en el hecho de que a los contratos inmobiliarios se atribuye el carácter de contratos privados mediante un pronunciamiento con aspecto de presunción: *«tendrán la consideración de»* (art. 5.3). Es decir, en sentido negativo, serán privados aquellos contratos que no sean públicos, teniendo en cuenta que son públicos todos los anteriormente definidos en el artículo 5.2; y en sentido positivo, serán siempre privados *«en particular, los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles...»*.

Así, en el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (Informe 36/1997, de 10 de noviembre), en el que responde a la consulta acerca del carácter (privado o administrativo especial) de las ventas o arrendamientos de inmuebles celebrados por la Tesorería de la Seguridad Social, se dice que: *«2. La circunstancia de que el artículo 5.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas señale expresamente que, entre otros, tendrán la consideración de contratos privados los contratos de compraventa y arrendamiento sobre bienes inmuebles exime de cualquier otro razonamiento tendente a demostrar que la naturaleza jurídica de estos contratos es la de contratos privados de la Administración, sin que puedan incluirse en la categoría de contratos administrativos especiales a que se refiere el propio artículo 5 en su apartado 2.b). De la calificación como contratos privados puede deducirse sin ninguna dificultad su régimen jurídico, dado que según el artículo 9.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas los contratos privados se rigen, en cuanto a su preparación y adjudicación, por las normas de la Ley y sus disposiciones de desarrollo y en cuanto a sus efectos y extinción, por las normas de Derecho Privado, dejando a salvo, sin embargo, para los contratos de compraventa y arrendamiento de inmuebles las especialidades de la legislación patrimonial aplicable en cada caso»*.

La preparación y adjudicación se rigen por las normas administrativas específicas en cuestiones como la exigencia de garantías provisionales y definitivas exigidas a los licitadores en las enajenaciones de inmuebles hechas por una Administración Pública (Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 22/2002, de 23 de octubre).

De una interpretación literal del artículo 5.3 podríamos deducir que por el hecho de recaer sobre un inmueble, el contrato no entra en el ámbito de aplicación del artículo 5.2.b). Sin embargo, no es ésta la interpretación seguida por los tribunales a la hora de conciliar ambos párrafos. Y además, el artículo 5.3 no se ha aplicado a todos y cada uno de los contratos que recaen sobre inmuebles, pese al inciso *«demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles»*, y en este sentido, merece una consideración especial el contrato de constitución

de un derecho de superficie, que no se nombra en la enumeración del 5.3 y que precisamente es considerado en muchas ocasiones como contrato administrativo, incluso en casos que no está clara su vinculación con las finalidades públicas.

1. *El artículo 5.3 no se ha interpretado literalmente, sino a la luz del artículo 5.2.b)*

Los términos del artículo 5.3 no parecen dejar mucho margen a la valoración, pero sin embargo, los Tribunales, en la no excesivamente numerosa jurisprudencia sobre este punto, siguen justificando el motivo por el que determinadas compraventas de inmuebles no son contratos administrativos especiales y entran a valorar si su objeto sigue vinculado al giro o tráfico administrativo, por satisfacer de forma directa e inmediata una finalidad pública. Es decir, no lo consideran privado por el hecho de ser compraventa de un inmueble, sino porque dicha compraventa no tiene esa finalidad de interés público.

Sobre esta base, las Audiencias Provinciales siguen razonamientos distintos.

Una opción es partir del artículo 5.3, que otorga a la compraventa de inmuebles un carácter «presumiblemente privado» —como afirma el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 14.ª), de 31 de octubre de 2005 [*JUR* 2006/1581])—, para luego plantearse si, sobre esa presunción, su finalidad es pública a los efectos de poder ser incluido en el artículo 5.2.b). El Auto citado, en un caso de acceso diferido a la propiedad de unas viviendas de promoción pública del Ministerio de Defensa, entiende que el contrato «puede, en principio, incluirse entre aquellos contratos privados a que se refiere el número 3 del artículo 5 de la Ley 13/1995», pero al no constar «que haya sido declarada la condición de administrativo por una Ley, ni que tenga directa vinculación al giro o tráfico específico de la Administración contratante, por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquella, ya que esa directa vinculación no puede deducirse sin más del tenor literal del informe emitido por la Asesoría Jurídica General del Ministerio de Defensa, con ocasión de solicitar la actora y otros interesados en la misma situación, la certificación de actos presuntos por falta de respuesta a la reclamación de otorgamiento de escritura pública de propiedad...». Además, la propia actora niega que la vivienda que constituye su objeto «tenga la consideración de apoyo a la función militar en razón de un cargo específico y, por ello, que sea necesaria para el funcionamiento del Ministerio de Defensa», y por ello, tal contrato, se insiste, en el presente momento procesal, «podría ser calificado como civil y, en consecuencia, son competentes para el conocimiento de las cuestiones que se planteen respecto a su contenido y efectos, cuestiones de necesario examen con carácter previo a la declaración de procedencia o improcedencia del otorgamiento de escritura de propiedad solicitado en la demanda...».

En la misma línea, en la SAP de Segovia (Sala de lo Civil, Sección 1.^a) de 12 de julio de 2010 [*JUR* 2010/310814], en un caso de ventas de Viviendas de protección oficial por la Consejería de Fomento de la Junta de Castilla y León, la Audiencia parte de que «la conclusión no puede ser otra que la de considerar que se trata de un contrato privado de los definidos en el apartado 3 del artículo 5 de la normativa ya citada» para, a continuación, como si ese argumento no fuera suficiente, entrar a considerar que en este caso, la Administración actúa como un mero vendedor privado de viviendas, y el «contrato no tiene una finalidad puramente pública», que sí tendría si «estuviéramos ante una cesión gratuita del inmueble por concurrir en la demandada unas concretas características que la hicieran merecedora de una especial protección». La finalidad inmediata es la venta del inmueble, según la sentencia, y solo de forma mediata el favorecimiento del acceso a la vivienda por parte de un ciudadano, por lo que no se puede incluir en la acepción amplia de contrato administrativo derivada del artículo 5.2.b).

El Auto AP de Jaén (Sala de lo Civil, Sección 3.^a), de 5 de noviembre de 2010 [*AC* 2011/121], hace el proceso inverso, pues primero se plantea en el caso de una compraventa de vivienda en autoconstrucción, siendo promotor un Ayuntamiento: partiendo de que «no todo lo que hace la Administración, aunque satisfaga con ello el interés general, se puede calificar ni definir como servicio público», afirma que en este caso que: «No será difícil convenir ... que no estamos en presencia ni de un servicio público municipal, ni de un contrato de gestión de servicio público...», pero sin entrar a mayores valoraciones. Tras afirmar esto, alude «a mayor abundamiento», al argumento de que los negocios jurídicos sobre bienes inmuebles son privados.

No son muchas las sentencias que han llegado al Tribunal Supremo sobre este particular; no obstante las que hay, y señaladamente, la STS de 30 de diciembre de 2011 (Sala de lo Civil) [*RJ* 2012/304], son claras: ante un supuesto de resolución por incumplimiento de la S. L., compradora de una parcela adjudicada por un Ayuntamiento tras un concurso administrativo, el Tribunal Supremo declara sin lugar a dudas el carácter civil del contrato. La parte inicialmente demandada y recurrente en casación (la S. L. adjudicataria) aducía la incompetencia de la jurisdicción civil, argumento que es rechazado contundentemente por la Sala 1.^a sobre la base de que lo referente a la «compraventa, su perfección (elementos del contrato) y eficacia (su ineficacia en el caso de resolución) compete exclusivamente a la jurisdicción civil...», pues «tras la sucesión de actos administrativos, el contrato de compraventa no es un contrato administrativo conforme al artículo 5.2 de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas, Real Decreto-Legislativo 2/2000, de 16 de junio»).

2. *No todos los contratos sobre inmuebles se incluyen en el artículo 5.3*

Consideración aparte, como ya he comentado, merece el contrato por el que se constituye el derecho de superficie. A él no se alude en la enumeración del artículo 5.3, aunque perfectamente cabría en el inciso genérico con el que éste termina, si bien la práctica demuestra que, suele ser calificado de administrativo, aunque no quede probada su vinculación con el interés público.

Ejemplo de calificación como administrativo, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª) de 7 de marzo de 2000 [RJCA 2000/271], que resuelve un pleito en que una Administración municipal requería de pago y otros extremos a una Sociedad Anónima titular de un derecho de superficie sobre un terreno municipal. La demandada había alegado incompetencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, afirmando la de la jurisdicción civil. El Tribunal, recogiendo un criterio jurisprudencial anterior (STS de 23 de mayo de 1988 [RJ 1988/3917]) y sobre la base del artículo 5.2.b) expuesto, entiende que el contrato litigioso tiene *carácter administrativo* por venir a satisfacer una finalidad pública de específica competencia municipal: en concreto se trataba de la construcción de un complejo de edificios y locales de uso dotacional cultural, dedicados a la enseñanza e investigación. Aparte de otras afirmaciones discutibles, la sentencia niega la competencia de la jurisdicción civil sobre la base de que «...ante los tribunales ordinarios... nula trascendencia habría de tener la finalidad pública del derecho de superficie antes expresada, legitimándose —en vez de evitarse— una especulación por otra parte lógica en las personas jurídico-privadas de naturaleza mercantil, posibilitándose un inadmisibles retraso en el pago, desnaturalizando así la institución urbanística misma, de la cual en Derecho Civil no queda sino el recuerdo».

Esta misma dirección en pro del carácter administrativo especial se observa en la RDGRN de 29 de enero de 2009 [RJ 2009/1610], que resuelve un recurso interpuesto por un Ayuntamiento contra la nota de calificación del registrador, por la que se deniega la inscripción de una certificación administrativa en la que se declara resuelta la concesión de un derecho de superficie. El citado Ayuntamiento concedió un derecho de superficie sobre determinada finca de su propiedad, a la entidad mercantil «Globalis Desarrollo Educacional, S. L.». En la resolución en cuestión no se detalla el tipo de edificación sobre el que recae el derecho de superficie, ni más datos relevantes, salvo que en el pliego de concesión del derecho de superficie se habían detallado una serie de condiciones que la citada entidad mercantil parece haber incumplido. A la vista del incumplimiento, y mediante una certificación expedida por la Secretaría del Ayuntamiento, se declara resuelto el contrato por el que se constituyó un derecho de superficie a favor de la mercantil «Globalis Desarrollo Educacional, S. L.». La notificación a dicha entidad fue realizada por el Ayuntamiento mediante edictos, ante la imposibilidad

de localizar a aquélla en el domicilio señalado en el convenio. Presentada en el Registro de la Propiedad copia autorizada de dicha acta —en la que no se dan datos registrales de la finca sobre la que aparece constituido el derecho de superficie ni se describe la misma— fue objeto de calificación negativa. Contra esta nota de calificación, el Alcalde-Presidente del Ayuntamiento, interpuso recurso y el registrador emitió informe y elevó el expediente a la DGRN.

Centrando el análisis en el tema que nos ocupa¹⁰, el registrador arguye que para practicar la cancelación de la inscripción del derecho de superficie, hubiera sido necesario un mandamiento expedido por el Ayuntamiento, que no se ha dado, que indicara que se solicita expresamente la cancelación de la citada inscripción, haciendo constar la firmeza de la citada resolución administrativa. Sin embargo, la DGRN entiende, con base en el artículo 3 LH, que dado que el documento presentado es la certificación de un acto administrativo de un Ayuntamiento, expedido por la funcionaria que tiene la fe pública en ese ámbito —como secretaria general del Ayuntamiento que es— no puede exigirse un específico mandamiento al efecto, previsto por las normas en otros ámbitos (caso del apremio en la recaudación ejecutiva, v.gr.) pero no en éste.

El artículo 82 LH dispone que las inscripciones hechas en virtud de escritura pública no se cancelarán sino por sentencia o por escritura o documento auténtico en el cual preste su consentimiento para la cancelación la persona a cuyo favor se hubiere hecho la inscripción. En la certificación presentada a calificación tampoco consta el consentimiento de la entidad mercantil, ni ha habido sentencia en este sentido. La solución a este problema centra el fondo del asunto: si se puede cancelar el asiento del derecho de superficie por resolución administrativa (como pretende el Ayuntamiento), o si sólo es posible practicar el asiento de cancelación con el consentimiento del titular registral «Globalis Desarrollo Educativo, S. L.», que no lo hay, o en su defecto resolución judicial firme en procedimiento seguido contra dicha sociedad, ante la jurisdicción civil ordinaria, que tampoco se ha producido (como aduce el registrador).

Los artículos 5.2.b) y 59 TRLCAP 2000, permiten en este caso, y según la Dirección General, considerar el contrato en virtud del cual se constituye

¹⁰ En lo referente a la calificación de los documentos administrativos (art. 99 RH) ésta se extiende en todo caso a la competencia del órgano, a la congruencia de la resolución con la clase de expediente o procedimiento seguido, a las formalidades extrínsecas del documento presentado, a los trámites e incidencias esenciales del procedimiento, a la relación de éste con el titular registral y a los obstáculos que surjan del Registro. En todo caso, según los artículos 9 LH y 51 RH, el documento presentado a calificación ha de contener los datos registrales de la finca, así como sus circunstancias descriptivas, lo que no concurre en este caso. En este punto concreto, la DGRN da la razón al registrador, puesto que dado que la actuación de éste es rogada, deben especificarse en el título presentado a inscripción los datos de la finca a que se refiere (cfr. art. 9 LH). Se trata, no obstante, de un defecto de fácil subsanación, sin necesidad de rectificación del título, bastando instancia subsanatoria complementaria que lo aclare (cfr. art. 110 RH).

el derecho de superficie como un contrato administrativo especial. El motivo que aduce es que tal contrato «se instrumentalizó a través de licitación pública y pliego de condiciones, cuyo incumplimiento ha sido la causa de la resolución». Pues bien, la consecuencia fundamental de calificar, con base en este artículo, el contrato de constitución de un derecho de superficie como *contrato administrativo*, es que, de cara a la resolución del mismo, ha de aplicarse el artículo 59 TRLCAP 2000. Este artículo reconoce, como una de las prerrogativas de la Administración, el que: «1. Dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, ...acordar su resolución y determinar los efectos de ésta. Los acuerdos correspondientes pondrán fin a la vía administrativa y serán inmediatamente ejecutivos. En el correspondiente expediente se dará audiencia al contratista...». Y en el punto 3 añade: «No obstante lo anterior, será preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de: a) Interpretación, nulidad y resolución, cuando se formule oposición por parte del contratista». Por ello, afirma la resolución comentada, «el órgano administrativo puede acordar la resolución del contrato, poniendo fin a la vía administrativa, y siendo tal acuerdo inmediatamente ejecutivo, sin perjuicio de la vía contencioso-administrativa. Es en dicha jurisdicción contencioso administrativa donde también deberá definitivamente decidirse sobre la corrección o no de las notificaciones practicadas, pues a efectos registrales es suficiente con la constancia en la certificación aportada de que la notificación al interesado ha sido realizada por el Ayuntamiento por edictos ante la imposibilidad de localizar a la entidad interesada en el domicilio señalado en el convenio, siguiendo lo preceptuado en el artículo 59 de la Ley 30/1992». La firmeza de la resolución, requisito esencial según el artículo 82 LH para practicar cualquier asiento de cancelación en el Registro, debe predicarse, en este caso, del procedimiento en vía administrativa, de manera que no lo impedirá el hecho de que se hubiera interpuesto recurso contencioso administrativo. Se trata, según la DGRN: «nuevamente de un defecto subsanable, esta vez complementando la certificación administrativa con otra de la secretaría general que así lo acredite, pues del actualmente presentado no resulta nada al respecto».

En la RDGRN de 16 de abril de 2010 [RJ 2010/2740] se resuelve el recurso interpuesto por «Best Hotels, S. L.», contra la negativa del registrador de la propiedad de Mojácar, a la inscripción de un derecho de superficie, que se pretende hacer con la certificación de un acuerdo del Ayuntamiento por el que se concede a la recurrente un derecho de superficie «sobre la parcela 26 del plan parcial a favor de Best Hotels, S. L. por plazo de 35 años».

No vacila la Dirección General al respaldar el criterio del registrador, que además de otros defectos no recurridos, entiende que el título para la inscrip-

ción debe ser la correspondiente escritura pública. Pero precisamente porque alega el recurrente la RDGRN de 29 de enero de 2009, anteriormente citada, que según éste, permitió la inscripción del derecho de superficie mediante la única aportación del acuerdo municipal correspondiente, la Dirección General establece las siguientes diferencias:

- a) No se trata de un contrato, como en el supuesto actual, sino de un acto unilateral de la Administración —consecuencia del principio de autotutela de la misma—, como es la resolución de tal contrato, aplicándose al supuesto el artículo 59 TRLCAP.
- b) En el supuesto de la Resolución de 2009 se trata de un acto puramente administrativo, pues consiste en la resolución de un contrato por incumplimiento del particular del pliego de condiciones.
- c) A diferencia del supuesto ahora examinado, del acto de la Administración no surgen obligaciones de naturaleza civil.
- d) Así como la resolución de un contrato puede ser un acto unilateral, el consentimiento que hace surgir un contrato es siempre un acto bilateral.

Puede decirse que se refuerza la consideración de contrato administrativo especial a los efectos de resolución *ex* artículo 59 TRLCAP, lo cual no se pone en discusión, haciendo recaer la diferencia en que nos hallamos ante un contrato de creación y no un acto unilateral de resolución.

Por último, y al igual que en otros de los casos descritos, en la RDGRN de 9 de marzo de 2010 [RJ 2010/1489] se trata también de incumplimiento de las condiciones pactadas en un caso de derecho de superficie concedida por el Ayuntamiento de Mengíbar, en este caso a favor de la «Federación de Organizaciones Andaluzas de mayores» para la construcción y explotación de un centro residencial para personas mayores asistidas. En la constitución del derecho de superficie se hizo constar una condición resolutoria, referente al plazo de terminación de las obras de edificación y sobre todo: «Esta cesión está condicionada, según el punto segundo del acuerdo municipal del 24 de noviembre de 2005, al uso social para la que se concede, durante todo el tiempo de la constitución del derecho de superficie. El cumplimiento exacto del fin y destino del uso social objeto de la cesión y del plazo de terminación de las obras se le da el carácter de condición resolutoria expresa, por lo que en caso de incumplimiento, se considerará resuelta la cesión y revertirá el bien automáticamente a la entidad local y bastará acta notarial de constancia de hechos acreditándolo, acompañada de la misma escritura de cesión, para volver a inscribir en el Registro de la Propiedad la propiedad de los terrenos por derecho de reversión...».

La DGRN matiza la automaticidad de los efectos de la resolución pues el «enérgico sistema de autotutela que supone la facultad resolutoria pactada

a favor del cedente ha de ser examinado en su aplicación con todo tipo de cautelas, a fin de salvaguardar los derechos de todos los interesados y evitar en lo posible que el cedente pueda, sin intervención de los Tribunales, decidir unilateralmente una cuestión tan delicada», pues «la constancia registral del cumplimiento o incumplimiento de las condiciones precisa, bien la constancia fehaciente de la realidad del hecho en que aquellos consisten, bien el consentimiento de los titulares registrales afectados o la oportuna resolución judicial dictada en juicio declarativo entablado directamente contra aquellos. Pero para que la realidad del hecho se tenga por cumplida, ésta ha de ser incontestable, cosa que no ocurre en el presente supuesto, pues, al margen de no darse intervención alguna al titular del derecho de superficie —que podría poner de manifiesto hechos que contradijeran la pretensión del cedente, como retraso del mismo en la entrega del solar, tardanza en la concesión de las oportunas licencias, etc.—, ni siquiera se notifica al mismo la resolución o reversión pretendida, por lo que, de practicarse la reversión solicitada, ni siquiera el titular del derecho tendría conocimiento de la misma, ni por tanto, oportunidad de oponerse a tal resolución»... Además de ello, «existen en el presente supuesto derechos que recaen sobre el derecho de superficie que se pretende cancelar, siendo así que sus titulares no han sido ni siquiera notificados de la pretensión del cedente, y es evidente que sus derechos van a ser afectados por el asiento que se pretende. Por ello, para la práctica del asiento solicitado, sería necesario al menos el conocimiento de todos los titulares registrales afectados, para que también pudieran tener oportunidad para oponerse, o la resolución judicial correspondiente (cfr. art. 40 de la LH)».

No se pronuncia la Dirección General sobre la naturaleza de este contrato (aunque aquí la finalidad parece que justificaría más su vinculación al giro o tráfico administrativo que las anteriores). Pese a ello, todas estas cautelas parecen neutralizar las facultades que para el caso de incumplimiento tendría la Administración (art. 59 TRLCAP 2000). Bien es verdad que parece pesar la protección de los titulares registrales posteriores, pero tampoco duda la resolución en dejar de exigir una suerte de procedimiento contradictorio en el que pueda defenderse el superficiario, lo cual resultaría más dificultoso de aplicarse con toda su fuerza las prerrogativas de la Administración.

III. ETAPA DE EXCLUSIÓN DE LOS CONTRATOS INMOBILIARIOS EN LA LEGISLACIÓN SOBRE CONTRATOS PÚBLICOS: LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO DE 2007

La aprobación de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servi-

cios¹¹ marca un cambio de rumbo en esta materia, al prever para los contratos inmobiliarios, no una presunción de mayor o menor fuerza respecto a su carácter privado, sino una *exclusión* de su ámbito de aplicación. En efecto, el artículo 16, que contiene las *Exclusiones específicas*, dispone que: «*La presente Directiva no se aplicará a aquellos contratos públicos de servicios: a) cuyo objeto sea la adquisición o el arrendamiento, independientemente del sistema de financiación, de terrenos, edificios ya existentes u otros bienes inmuebles, o relativos a derechos sobre estos bienes; no obstante, los contratos de servicios financieros celebrados al mismo tiempo, con anterioridad o con posterioridad al contrato de adquisición o de arrendamiento, en cualquiera de sus formas, se regularán por lo dispuesto en la presente Directiva*». Y ello, justificado en el Considerando 24 por un lacónico pronunciamiento: «En el marco de los servicios, los contratos relativos a la adquisición o alquiler de bienes inmuebles o a derechos sobre dichos bienes presentan características especiales debido a las cuales no resulta adecuada la aplicación de las normas de adjudicación de los contratos públicos».

Así, transponiendo esta Directiva, el artículo 3.3 del *Code des Marchés publics* 2006 excluye: «*Los acuerdos marco y contratos de servicios para la adquisición o el arrendamiento —independientemente del sistema de financiación—, de terrenos, edificios ya existentes u otros bienes inmuebles u otros derechos sobre estos bienes, pero los contratos de servicios financieros celebrados en relación con el contrato de compra o arrendamiento, en cualquiera de sus formas, están dentro del alcance de este Código...*»¹².

La transposición de esta Directiva se efectuó en nuestro país mediante la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (integrada en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público [Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre]), cuyo art. 4.1.p) —con idéntica numeración en Ley y Texto Refundido— excluye de su ámbito objetivo de aplicación a «*los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles (...), que tendrán siempre el carácter de contratos privados y se regirán por la legislación patrimonial*»¹³.

Por su parte, el artículo 19.1.b) califica —en la misma línea que la legislación antecedente— de contratos administrativos, «*Los contratos de objeto*

¹¹ Diario Oficial núm. L 134 de 30-4-2004, págs. 0114-0240.

¹² *Décret n.º 2006-975 du 1 août 2006 portant Code des Marchés publics*, reformado con posterioridad, pero no en este punto; artículo 180 en la versión consolidada.

¹³ Existe otra exclusión, íntimamente relacionada con la expuesta, que es la del artículo 4.1.o): «*Las autorizaciones y concesiones sobre bienes de dominio público y los contratos de explotación de bienes patrimoniales distintos a los definidos en el artículo 7, que se regularán por su legislación específica salvo en los casos en que expresamente se declaren de aplicación las prescripciones de la presente Ley*», de cuyo análisis prescindiré en este estudio, limitado sólo a los negocios jurídicos a los que se refiere la letra p).

distinto a los anteriormente expresados (de obra, concesión de obras públicas, gestión de servicios públicos, suministro y servicios, así como los contratos de colaboración entre el sector público y el privado) *pero que tengan naturaleza administrativa especial por resultar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante, por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla ... o por declararlo así una Ley*». La dicción coincide literalmente casi en su totalidad con la de la legislación anterior, por lo que los criterios expresados en las sentencias y resoluciones expuestas siguen siendo pertinentes en la actualidad. Sí que contiene la novedad, en relación con los contratos administrativos especiales, de atribuir a la Jurisdicción Civil el conocimiento de los litigios relativos a cuestiones de preparación y adjudicación de los contratos privados que se celebren por los entes y entidades sometidos a esta Ley que no tengan el carácter de Administración Pública, siempre que estos contratos no estén sujetos a una regulación armonizada, según los criterios marcados por la propia Ley.

Se ha achacado a la Ley 30/2007 falta de claridad sistemática, que hace difícil encontrar a lo largo de todo el articulado las normas aplicables a los distintos contratos, obligando a buscar entre los distintos libros, títulos, capítulos y secciones, con numerosas remisiones de unos a otros. Afirma MORENO MOLINA que: «Lo que es evidente es que la nueva Ley de Contratos es mucho más ambiciosa en sus objetivos que la mera incorporación del Derecho europeo y esta valentía es digna de elogio. Así la norma mejora sustancialmente aspectos de la legislación de contratos que en España no se habían abordado por conservadurismo respecto al modelo que se adopta desde la Ley de Contratos de 1965. Sin embargo, la opción legislativa comporta riesgos importantes que se han traducido en contradicciones, confusión de regímenes jurídicos, huida de la jurisdicción contencioso-administrativa y problemas aplicativos y de manejo que comporta la nueva Ley —entre ellos, cabe destacar la dificultad de encontrar a lo largo de todo el texto de la LCSP las normas aplicables a los distintos contratos—»¹⁴.

Pues bien, si ésta es la situación incluso en los contratos típicos, el resultado para los contratos privados regulados por la Ley y para los contratos excluidos —los inmobiliarios, de los que nos estamos ocupando—, en cierto sentido, aún se complica más, como ahora vamos a ver.

Como consideración general, ha de decirse que, por distintos motivos, las dos modificaciones a las que hemos aludido han sido consideradas por algunos como

¹⁴ De hecho, José Antonio MORENO MOLINA pone de manifiesto en «La nueva Ley de contratos del sector público: principales novedades y aspectos problemáticos», en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 44, junio de 2008, pág. 157, que «para localizar las normas aplicables a cada uno de los distintos contratos típicos administrativos hay que acudir a preceptos del Título Preliminar, de los Libros I a V y de las distintas Disposiciones Adicionales, Transitorias y Finales».

manifestaciones de huida del Derecho Administrativo. Así ha sido interpretada o entendida la atribución a la Jurisdicción civil de las controversias previstas en el artículo 19¹⁵. Y desde luego, en el caso de la exclusión de los contratos inmobiliarios, hecha en términos rotundos y claros, ha surgido la inquietud de pensar que esta nueva determinación legal puede suponer una ruptura o quiebra de la doctrina de los actos separables, que tanto ha contribuido a disciplinar la actividad contractual de las Administraciones Públicas objetivando la selección del contratista, al imponer a la Administración la obligación de elegirlo a través de un procedimiento que permita verificar su idoneidad¹⁶.

Pero el problema principal en este punto estriba en el desconcierto que se ha producido en torno a la legislación aplicable a los contratos inmobiliarios.

En efecto, el actual artículo 4.1.p) TRLCSP afirma que «*los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles (...), tendrán siempre el carácter de contratos privados y se regirán por la legislación patrimonial*». Lo que ha de completarse con lo dicho en el artículo 4.2: «*Los contratos, negocios y relaciones jurídicas enumerados en el apartado anterior se regularán por sus normas especiales, aplicándose los principios de esta Ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse*».

Es decir, los negocios jurídicos sobre bienes inmuebles que realice una Administración Pública se regirán por la legislación patrimonial, sin perjuicio de que los principios de la legislación sobre contratos del sector público se puedan aplicar a efectos interpretativos e integradores, y de que el término *siempre* empleado en el actual artículo 4.1.p) —que no aparecía en la legislación anterior— lleve a pensar que en ningún caso los contratos inmobiliarios puedan considerarse contratos administrativos especiales a la luz del artículo 19.1.b)¹⁷.

¹⁵ En este sentido, MORENO MOLINA, que ejemplifica que los litigios sobre la adjudicación en un contrato de 5.000.000 de euros serían conocidos por la jurisdicción civil, mientras que si el contrato tiene un valor de 5.300.000 euros, el recurso contra su adjudicación sería conocido por la jurisdicción contencioso-administrativa; *op. cit.*, págs. 161-162. Vid. también la crítica sobre este punto en el trabajo de José María GIMENO FELIÚ, «El ámbito objetivo de la aplicación de LCSP», en *La ley de contratos del sector público y su aplicación por las entidades locales* (coord.: José Antonio MORENO MOLINA), CEMCI, 2008, págs. 160-162.

¹⁶ Unas reflexiones sobre el alcance de la modificación normativa en cuanto a los actos separables de preparación y adjudicación en relación a la legislación patrimonial, puede verse en el trabajo de Manuel M.^a CONTRERAS ORTIZ, «La distinción entre los contratos administrativos especiales y los contratos privados de la administración en la ley de contratos del sector público. El caso de los contratos inmobiliarios», en *Revista española de la función consultiva*, núm. 10, julio-diciembre, 2008.

¹⁷ Respecto a lo segundo, GIMENO FELIÚ afirma que ello supone un cambio positivo, aconsejado por la propia naturaleza de estos contratos, que hace que ya no sea posible afirmar, como venía haciendo nuestra jurisprudencia, el ámbito expansivo de la categoría de los contratos administrativos, y menos aún en los casos del artículo 4.1.p); vid. GIMENO FELIÚ,

A ello hay que añadir que el propio TRLCSP no se olvida del todo de estos contratos «excluidos», pues en las normas específicas sobre competencias de los órganos de contratación en las Entidades Locales (Disposición Adicional segunda), se contienen disposiciones sobre ellos¹⁸.

Por lo demás, Ley 30/2007 (y su posterior Texto Refundido) sigue sin nombrar el derecho de superficie en la enumeración de los posibles negocios sobre bienes inmuebles. En mi opinión, esta falta de mención no es casual, y si así lo hubiera sido, es enteramente oportuna. En el caso de la superficie, a diferencia de los otros contratos, el propio derecho está embebido de cierta tendencia hacia lo público. Muestra de ello, en la Exposición de Motivos de la Ley del Suelo de 2007 (Ley 8/2007, de 28 de mayo), se afirma que la regulación del régimen del derecho de superficie está dirigida no sólo a superar la deficiente situación normativa de este derecho, sino a «favorecer su operatividad para facilitar el acceso de los ciudadanos a la vivienda y, con carácter general, diversificar y dinamizar las ofertas en el mercado inmobiliario», lo que parece teñir de interés público su constitución. Y de hecho, si repasamos las recientes tendencias en el recurso a este instrumento, destaca su utilización como instrumento de política de vivienda —mediante la construcción de viviendas protegidas destinadas a arrendamiento en suelos aportados por las Administraciones Públicas¹⁹— o como medio para facilitar la instalación de centros de iniciativas sociales (guarderías, centros para personas con discapacidad, etc.). No en vano los dos artículos dedicados a este derecho en el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo están dentro del Título V, «Función social de la propiedad y gestión del suelo». Sin embargo, significativamente, en los dos artículos dedicados a la figura, y a diferencia de algunos antecedentes legislativos, no queda limitada su finalidad, sea quien fuere el concedente. Y en este sentido, ha de admitirse que en la actualidad, la Administración puede recurrir a ella para muchas y variadas finalidades, incluso la obtención de fondos económicos. Finalidad (lícita) que se obtiene con mu-

José María, *Las reformas legales de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público: alcance y efectos prácticos*, Civitas, 2011, págs. 86-87.

¹⁸ «1. ...corresponde a los Alcaldes y a los Presidentes de las Entidades locales... la adquisición de bienes inmuebles y derechos sujetos a la legislación patrimonial cuando su valor no supere el 10 por 100 de los recursos ordinarios del presupuesto ni el importe de tres millones de euros, así como la enajenación del patrimonio, cuando su valor no supere el porcentaje ni la cuantía indicados.

2. ...corresponde al Pleno... la adquisición de bienes inmuebles y derechos sujetos a la legislación patrimonial así como la enajenación del patrimonio cuando no estén atribuidas al Alcalde o al Presidente, y de los bienes declarados de valor histórico o artístico cualquiera que sea su valor».

¹⁹ Que la utilización del derecho de superficie en el marco del derecho a la vivienda va frecuentemente unida a la figura de vivienda protegida destinada a alquiler se pone de manifiesto, entre otros, en el artículo 22.2 del Real Decreto 2066/2008, de 12 de diciembre, por el que se regulaba el Plan Estatal de Vivienda y Rehabilitación 2009-2012.

chos de los contratos privados a los que se refiere el artículo 4.1.p) TRLCSP 2011, y que evidentemente está presidida por el servicio a los intereses públicos que rige toda actuación de la Administración. De hecho, y dado el creciente incremento de patrimonio de suelo, no es descartable un uso adicional de este derecho de superficie, como modo de obtener recursos económicos, y ello, al margen del carácter de la edificación de la que se trate: vivienda u otro tipo de edificación o construcción (instalación de parques eólicos o instalaciones solares fotovoltaicas), carácter protegido o no, etc. Todo ello puede llevarnos a afirmar que, pese a ser un contrato *esencialmente inmobiliario*, el de concesión y creación del derecho de superficie no queda encasillado en los rígidos límites del artículo 4.1.p) TRLCSP 2011, sino que, en atención a su finalidad, en no pocas ocasiones seguirá siendo considerado como *contrato administrativo especial*, en continuación con los pronunciamientos ya expuestos²⁰.

Hechas estas consideraciones, y volviendo al núcleo de este trabajo centrado en la exclusión de los negocios sobre inmuebles que lleva a cabo el artículo 4.1.p), hay que preguntarse qué se entiende por *legislación patrimonial* a estos efectos.

En primer lugar, y aunque sea meramente formal, quiero llamar la atención en que el artículo 4.1.p) no excluye los *contratos patrimoniales*, sino los *negocios jurídicos sobre bienes inmuebles*, que se regirán, por disposición de dicha Ley, por la *legislación patrimonial*. Bien es verdad que sólo sobre los bienes y derechos de dominio privado o *patrimoniales* (art. 7 LPAP) se pueden realizar los negocios jurídicos a los que alude el artículo 4.1.p) y de ahí la elipsis que órganos consultivos y autores suelen realizar al hablar de esta cuestión, al referirse a los *contratos patrimoniales*²¹.

Pues bien, la *legislación patrimonial* es un conjunto complejo, que varía en función de la Administración de que se trate y que además se encuentra en la legislación estatal y en las autonómicas: *a)* en el ámbito estatal, la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP), varios de cuyos artículos tienen carácter de legislación básica; *b)* en el autonómico, las respectivas Leyes autonómicas sobre patrimonio (v.gr. la Ley

²⁰ E incluso también podría configurarse como un posible ejemplo de *contrato de explotación de bienes patrimoniales* distintos a los definidos en el artículo 7 de la Ley 30/2007, «que se regularán por su legislación específica salvo en los casos en que expresamente se declaren de aplicación las prescripciones de la presente Ley», excluidos también por la citada Ley en el artículo 4.1.o).

²¹ V.gr., en el Informe 4/2009 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, titulado «Consideraciones sobre el régimen jurídico aplicable a los procedimientos y formas de adjudicación de los contratos patrimoniales celebrados por una entidad local», o en el trabajo de Jesús COLÁS TENAS, «La contratación en las entidades locales tras la Ley de contratos del sector público: aspectos prácticos e informes de las juntas consultivas», en *Fundación Democracia y Gobierno Local*, I QDL 21, octubre de 2009, págs. 48 y 49.

5/2011, de 10 de marzo, del Patrimonio de Aragón); y c) en el ámbito local ha de acudirse a la legislación autonómica sobre Administraciones Locales de la Comunidad respectiva: siguiendo con el ejemplo de Aragón, la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración Local de Aragón, con sus respectivos reglamentos de desarrollo (Decreto 347/2002, de 19 de noviembre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes, Actividades, Servicios y Obras de las Entidades Locales de Aragón²²).

Comenzando por la LPAP, puede citarse el artículo 19, referido a las adquisiciones a título oneroso, que dispone que: *«Las adquisiciones de bienes y derechos a título oneroso y de carácter voluntario se registrarán por las disposiciones de esta Ley y supletoriamente por las normas del Derecho Privado, Civil o Mercantil»*, lo cual no plantea especial problema, pero sí el artículo 110, de carácter más general, dedicado al *«Régimen jurídico de los negocios patrimoniales»*, que afirma que: *«1. Los contratos, convenios y demás negocios jurídicos sobre bienes y derechos patrimoniales se registrarán, en cuanto a su preparación y adjudicación, por esta Ley y sus disposiciones de desarrollo y, en lo no previsto en estas normas, por la legislación de contratos de las Administraciones Públicas. Sus efectos y extinción se registrarán por esta Ley y las normas de Derecho Privado»*. Sin embargo, en el Reglamento de desarrollo de esta Ley 33/2003 (Real Decreto 1373/2009, de 28 de agosto), aprobado con posterioridad a la reforma de 2007, ya no hay remisiones a la legislación de contratos, sino que regula directamente los procedimientos de contratación²³.

Si, tomando como ejemplo la ya citada Comunidad Autónoma de Aragón, acudimos a su Ley de Patrimonio, el artículo 13 de la Ley aragonesa 5/2011 sobre *Régimen jurídico* se pronuncia prácticamente en los mismos términos y con idéntica remisión, si bien, en lugar de ser a la *legislación de contratos de las Administraciones Públicas*, se remite a la *Ley de contratos del sector público*, dado que es más reciente²⁴. Asimismo la norma aragonesa matiza el segundo

²² Cuyo Preámbulo aclara que esta regulación *«va a suponer el desplazamiento de los Reglamentos estatales correspondientes: el de Bienes del año 1986 y el de Servicios, aprobado en 1955 y que no ha sido actualizado; ...En cuanto a la contratación, se estima innecesario un desarrollo reglamentario, dada la aplicación directa de las normas de contratación de las Administraciones Públicas»*.

²³ Circunscribo el análisis a este tipo de negocios jurídicos, excluyendo otros posibles como los de explotación a los que se refiere el artículo 107.3. LPAP: *«Los contratos y demás negocios jurídicos para la explotación de bienes ... se registrarán por las normas de Derecho Privado correspondientes a su naturaleza, con las especialidades previstas en esta Ley»*.

²⁴ Artículo 13. Régimen jurídico. *«1. Los contratos, convenios y demás negocios jurídicos sobre los bienes y derechos de dominio privado se registrarán, en cuanto a su preparación y adjudicación, por esta Ley y sus disposiciones de desarrollo y, en lo no previsto en estas normas, por la legislación de contratos del sector público. Sus efectos y extinción se registrarán por esta Ley y, supletoriamente, por las normas de Derecho Privado. 2. En los organismos públicos, la preparación y adjudicación de estos negocios, así como la competencia para adoptar los correspondientes actos, se registrarán, en primer término, por lo establecido en sus*

inciso, puesto que afirma que «*Sus efectos y extinción se regirán por esta Ley y, supletoriamente, por las normas de Derecho Privado*».

En el caso de las entidades locales, siguiendo con el mismo ejemplo de Aragón, los bienes patrimoniales de las entidades locales aragonesas, se rigen, según el artículo 172 de la Ley aragonesa 7/1999, «*por su legislación específica y, en su defecto, por las normas de Derecho Privado*», normativa que puede encontrarse en el Reglamento de Bienes, Actividades, Servicios y Obras de las Entidades Locales de Aragón (Decreto 347/2002, de 19 de noviembre), que a su vez contiene diversas remisiones a la normativa reguladora de la contratación de las Administraciones Públicas como v.gr., el artículo 17 que regula el *Procedimiento de adquisición a título oneroso*, que dispone que «1. *La adquisición de bienes a título oneroso exigirá el cumplimiento de las normas sobre contratación, rigiéndose en cuanto a su preparación y adjudicación por la normativa reguladora de la contratación de las Administraciones Públicas. 2. Cuando la adquisición se refiera a bienes inmuebles se exigirá, en todo caso, informe previo pericial de su valor. La expropiación se regirá por su normativa específica...*», o el artículo 100, que respecto a las normas generales relativas al arrendamiento y cualquier otra forma de cesión de uso de bienes patrimoniales, dispone que «*se regirán por la normativa general de la contratación, salvo regulación específica de aplicación preferente*».

Vamos a ver, a continuación, que la exclusión terminante que lleva a cabo la LCSP (actual TRLCSP) permite pensar que «en la medida en que los contratos patrimoniales, con carácter general, han sido excluidos de la aplicación de la LCSP, estos reenvíos resultan en la práctica carentes de efectividad» (Informe 4/2009 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón).

En efecto, puede afirmarse que en el caso de los negocios jurídicos sobre inmuebles, no cabe «volver» a la legislación sobre contratos ni siquiera por vía supletoria, y sí y sólo, buscar la normativa pertinente en la legislación patrimonial de las Administraciones Públicas y en lo que abreviadamente se denomina *normas de Derecho Privado* (Códigos civiles, legislación arrendaticia, etc.). Sí que puede servir la legislación sobre contratos como criterio inspirador para la resolución de dudas y lagunas, pero no se aplica directamente²⁵.

normas específicas». Como se ve, solo difiere en lo apuntado en el cuerpo del texto y en que, en lugar de *patrimoniales*, dice *de dominio privado*.

²⁵ En un trabajo reciente sobre esta cuestión se ha dicho que, a efectos prácticos, dado que los *principios de esta Ley* (art. 4.2 TRLSCP) inciden directamente en varios artículos de la misma, nada impediría la aplicación directa de dichos artículos, pero no por la vía de la supletoriedad sino del propio criterio del artículo 4.2, y ello, «en lugar de inventar una regulación propia en el pliego que ese está elaborando que garantice el cumplimiento de los mismos»; José Manuel MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, «Contratos patrimoniales y otros negocios

Que el reenvío —antes circular— a la legislación sobre contratos haya quedado sin eficacia no significa, de entrada, que se haya producido un vacío legislativo, dado que la legislación patrimonial regula con cierta extensión muchas de las cuestiones que se puedan plantear en torno a estos negocios²⁶. Sin embargo, quedan algunas que no aparecen en la normativa patrimonial y sí en la legislación de contratos (bien porque aquella se remite directamente a ésta, bien porque no las regula) y respecto a éstas es sobre las que se plantea la tentación de ignorar la exclusión del artículo 4.1.p) y aplicar las normas sobre contratos.

Ejemplos de estas cuestiones son las prohibiciones de contratar previstas en el artículo 60 y siguientes del TRLCSP, pero no previstas en la legislación sobre patrimonio; el régimen de garantías a prestar en los contratos celebrados con las Administraciones Públicas, también previsto en el TRLCSP (arts. 95 y sigs.); o la posibilidad de utilizar la figura del contrato menor para adjudicar contratos patrimoniales. Sobre estas cuestiones —nos fijaremos especialmente en la primera, que es la que más interesa desde una óptica puramente civil— se plantea la duda de si, pese a haber quedado excluidos de la legislación sobre contratos del sector público, se puede aplicar dicha normativa a los negocios inmobiliarios para que no se produzca un vacío legal.

Sobre este punto ya han tenido ocasión de pronunciarse diversos órganos consultivos, con diversidad de soluciones.

La primera postura es la de entender que el reenvío de la legislación patrimonial a la de contratos no ha sido derogado expresamente —y a estos efectos no serviría el art. 4.1.p)—, y en consecuencia sigue siendo aplicable por esa vía la normativa sobre contratos.

El Informe 25/2008, de 29 de enero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, sobre «Régimen jurídico aplicable a los procedimientos y formas de adjudicación de los contratos patrimoniales celebrados por una entidad local», entiende que dicho régimen, al estar estos contratos excluidos del ámbito de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público, «es el que resulta de las

jurídicos sobre bienes inmuebles de las entidades locales», en *Revista de Estudios Locales*, núm. 149, 2012, págs. 44 y 45.

²⁶ Así, y respecto a los procedimientos de adjudicación, las consecuencias de la exclusión implican que los procedimientos para la concertación de contratos son los previstos en la legislación patrimonial, a saber: subasta, concurso y adjudicación directa, y no los procedimientos abierto, restringido y negociado propios del TRLSCP. En esta misma línea, MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, págs. 51 y 52, afirma que cuando el artículo 138.2 TRLSCP alude a *otros contratos*, lo hace refiriéndose a los contratos regulados por dicho Texto Refundido, y no a los excluidos, de manera que no serían aplicables a los contratos de los que nos estamos ocupando en este trabajo; y que el procedimiento negociado no es equiparable a la adjudicación directa, porque en el procedimiento negociado, con y sin publicidad, en principio se han de solicitar al menos tres ofertas o proposiciones, cosa que no sucede en la adjudicación directa, y además es obligatorio establecer una negociación real (transparente y en condiciones de igualdad, regulada en los arts. 176 y 178 TRLCSP) con todos los que hayan presentado proposiciones, cuya omisión es causa de nulidad del procedimiento; cfr. *op. cit.*, pág. 52.

normas establecidas en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas y de las normas que la complementan, ...siendo de aplicación las normas sobre preparación y adjudicación de contratos de la Ley 30/2007, cuando las normas patrimoniales así lo expresen». Es decir, clara y sorprendentemente, sigue considerando como aplicables por reenvío las normas de contratación, y ello pese a la clara exclusión que realiza el artículo 4 de la Ley 30/2007. Ello le lleva, entre otras consecuencias concretas a declarar aplicables *ex lege* a los contratos patrimoniales las prohibiciones de contratar del artículo 49 de la LCSP (en el TRLCSP, art. 60), al que se remite el artículo 94 LPAP²⁷.

Tampoco se acaba de creer el alcance de la exclusión del artículo 4.1.p) la RDGRN de 5 de diciembre de 2011 (BOE de 19 de enero de 2012), pues partiendo de ella, a los efectos de no aplicar el artículo 140.1 de la Ley 30/2007 (actualmente, art. 156 TRLCSP) a una adquisición de un inmueble tras adjudicación en un concurso público, concluye sorprendentemente que: «Tratándose por tanto de un contrato sujeto al Derecho Privado, el contrato al que se refiere este recurso se regirá, en cuanto su preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas, por la Ley de Contratos del Sector Público y por sus normas de desarrollo, y en cuanto a sus efectos y extinción por las normas de Derecho Privado (art. 20.2 de la Ley 30/2007). En definitiva, el *iter* administrativo previo a la definitiva adjudicación del contrato se regirá por la legislación administrativa mientras que la formalización y generación de efectos que haya de producir dicho contrato, se regirá por la legislación civil». Y digo sorprendente conclusión, porque, efectivamente, este tipo de contratos sobre bienes inmuebles son contratos privados realizados por la Administración, pero por estar excluidos de la Ley, quedan también excluidos del régimen normativo previsto en el artículo 20 LCSP (idéntica numeración en el TRLCSP).

La segunda postura considera que la exclusión operada por el artículo 4.1.p) deja sin vigencia los eventuales reenvíos que otras leyes —en nuestro caso la legislación patrimonial— haga a la misma.

En esa línea va el razonamiento llevado a cabo por el Informe 4/2009, de 15 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, titulado «Consideraciones sobre el régimen jurídico aplicable a los procedimientos y formas de adjudicación de los contratos patrimoniales celebrados por una entidad local», que saca las consecuencias,

²⁷ Y en definitiva, no habría diferencia práctica en cuanto al régimen a aplicar respecto a la situación anterior, «si bien la mayor diferencia la encontramos en la regulación del procedimiento negociado que es propia de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y que en la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas, con su efecto sobre el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, tal procedimiento recibe la denominación de adjudicación directa. En otro contexto podemos apreciar que las reglas que regulan la aprobación de expediente, publicidad, presentación de proposiciones, examen y valoración de las mismas, decisión de adjudicación y efectos de la misma son los mismos».

correctas en mi opinión, de la exclusión actual operada por la Ley 30/2007, que «conlleva que no son de aplicación a los contratos patrimoniales las prohibiciones de contratar del artículo 49 LCSP. Sin embargo es posible argumentar, sobre la base del artículo 8.1 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, precepto básico, que regula los principios relativos a los bienes y derechos patrimoniales que no existe óbice jurídico para que, a través de los pliegos de condiciones que han de regir la adjudicación de estos contratos patrimoniales, se establezcan de forma motivada previsiones, a modo de supuestos de exclusión, equivalentes al cuadro de prohibiciones de la LCSP, siempre que no resulten desproporcionadas, ni tengan por efecto una discriminación no justificada, y atiendan a la concreta naturaleza y características del contrato en particular así como a garantizar los principios de igualdad y objetividad en la concurrencia del procedimiento de adjudicación»²⁸.

Lo cual, en definitiva, supone la concesión de un margen de libertad y apreciación del caso concreto por parte de la Administración competente del perfil que ha de tener (o más bien no tener) el contratante. Las prohibiciones previstas en la legislación sobre contratos pueden servir de pauta, al amparo del artículo 4.2 TRLCSP, pero en modo alguno vinculan ni limitan. Y ello posiblemente responda más a la filosofía que late tras la exclusión y que va en la línea —descrita en el Informe de la Junta Consultiva Aragonesa— de «establecer un régimen jurídico de los bienes más dúctil y flexible que permita la adaptación del mismo a la realidad de la práctica administrativa actual». Un referente en esta línea es, v.gr., la traslación que del artículo 1255 del Código Civil realizó en su momento la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, al reformar la Ley de Patrimonio del Estado de 1964, recogiendo el principio de libertad de pacto respecto de los negocios jurídicos que afecten a bienes y derechos del Patrimonio del Estado; principio formulado actualmente en el artículo 111 LPAP: «1. Los contratos, convenios y demás negocios jurídicos sobre los bienes y derechos patrimoniales están sujetos al principio de libertad de pactos. La Administración Pública podrá, para la consecución del interés público, concertar las cláusulas y condiciones que tenga por conveniente, siempre que no sean contrarias al ordenamiento jurídico, o a los principios de buena administración»²⁹.

²⁸ En esta línea, José M.^a GIMENO FELIÚ, en «Las reformas legales de la Ley 30/2007», *op. cit.*, págs. 86-89, donde afirma que esta exclusión «ha de obligar al legislador autonómico a revisar su legislación patrimonial, pues el sistema de prohibiciones de la LSCP no se les puede aplicar a estos contratos patrimoniales ni aun cuando pudieran haber sido calificados hasta esta Ley contratos administrativos especiales».

²⁹ Sobre esta cuestión, vid. Eloy COLOM PIAZUELO, «La gestión patrimonial. Disposiciones generales», en *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas* (Carmen CHINCHILLA MARÍN, coord.), Civitas, 2004, págs. 606-608, y Raúl LÓPEZ FERNÁNDEZ, «Comentario al artículo 111», en *Comentarios a la Ley del Patrimonio de las*

Por la misma razón, «son los órganos de contratación de las entidades locales, quienes pueden establecer, en el marco de sus atribuciones, la exigencia de prestación de garantía a los licitadores o candidatos, para responder del mantenimiento de sus ofertas hasta la adjudicación definitiva del contrato, sin que sean de aplicación las normas del régimen de garantías de la LCSP...»³⁰.

El carácter privado del contrato excluye, como ha quedado visto al principio del trabajo, la inclusión en el mismo de prerrogativas exorbitantes para la Administración. Sin embargo, como también se ha recordado recientemente, dado que la Administración en toda su actuación —también en los contratos puramente privados— ha de garantizar al interés público en su actuación, pueden incluirse, en uso de la libertad de diseño contractual prevista en el artículo 111, determinadas prerrogativas pero siempre «con las restricciones necesarias para que su ejercicio se limite a la salvaguarda del interés general afectado en el caso del que se trate y con las debidas garantías y compensaciones a favor del contratista que garanticen el equilibrio o la equivalencia de prestaciones entre las partes consustancial a los contratos privados»³¹.

En este mismo ámbito de libertad, el documento contractual puede recibir diversas denominaciones: «pliego de condiciones», «pliego de cláusulas administrativas particulares», «documento descriptivo», como explica al Informe 10/2010, de 15 de septiembre, de la Junta Consultiva de la Comunidad Autónoma de Aragón, siempre que contenga los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato. En concreto detalla el informe cuestiones como «el objeto del contrato, su régimen jurídico, sus efectos, duración del contrato, criterios de negociación (en el procedimiento negociado), pago del inmueble, cumplimiento y extinción, especificación del régimen fiscal (sujeción al Impuesto sobre el Valor Añadido o al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados); y contener los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato, y las demás menciones que sean necesarias para el buen fin del contrato».

Esta cuestión documental nos sirve para enlazar con el último de los puntos a los que haremos referencia: el documento inscribible. Si efectivamente, se

Administraciones Públicas, Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado, Thomson-Aranzadi-Ministerio de Justicia, 2008, págs. 818-825. En este último trabajo se analiza la influencia que el artículo 4.1.p) TRLCSP, en su segundo inciso, ha tenido sobre el párrafo 2 de dicho artículo 111 LPAP, relativo a los negocios jurídicos complejos, que se rigen por las normas correspondientes al negocio jurídico patrimonial que constituya su objeto principal.

³⁰ En la misma línea, el procedimiento para la preparación y adjudicación de los contratos patrimoniales de las entidades locales no sigue el doble sistema de adjudicación provisional y definitiva, abandonado por lo demás, para el resto de contratos, tras la reforma de la LCSP por la Ley 34/2010, de 5 de agosto, posterior al Informe 4/2009.

³¹ MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág. 55.

aplican las consecuencias que deberían seguirse de la exclusión de los contratos sobre bienes inmuebles de la legislación sobre contratos del sector público, no nos plantearemos —como ya hemos apuntado—, la aplicación del artículo 156 TRLSCP (art. 140 de la Ley 30/2007) sobre formalización de los contratos, que parece dar mayor amplitud al documento administrativo como vehículo formal de los contratos celebrados por las Administraciones Públicas³², sino en su caso, el artículo 113 LPAP sobre formalización, que dispone que: «1. *Los negocios jurídicos de adquisición o enajenación de bienes inmuebles y derechos reales se formalizarán en escritura pública. Los arrendamientos y demás negocios jurídicos de explotación de inmuebles, cuando sean susceptibles de inscripción en el Registro de la Propiedad, deberán formalizarse en escritura pública, para poder ser inscritos. ...2. Las cesiones gratuitas de bienes inmuebles o derechos reales sobre los mismos se formalizarán en documento administrativo, que será título suficiente para su inscripción en el Registro de la Propiedad, cuando el cesionario sea otra Administración Pública, organismo o entidad vinculada o dependiente*». Este artículo de la LPAP no tiene carácter básico, de modo que v.gr. en Aragón, ha de aplicarse el artículo 16 de la Ley aragonesa 5/2011, que por otra parte se pronuncia en términos muy similares³³.

Estos artículos de la legislación patrimonial estatal y autonómica, son específicos para los bienes inmuebles e imponen dos tipos de consideraciones: 1) hasta qué punto la LPAP está exigiendo una forma *ad solemnitatem* en los contratos sobre bienes pertenecientes a la Administración del Estado (*mutatis mutandis*, cfr. legislación de la Comunidad Autónoma), y 2) las exigencias de

³² 1. *Los contratos que celebren las Administraciones Públicas deberán formalizarse en documento administrativo que se ajuste con exactitud a las condiciones de la licitación, constituyendo dicho documento título suficiente para acceder a cualquier registro público. No obstante, el contratista podrá solicitar que el contrato se eleve a escritura pública, corriendo de su cargo los correspondientes gastos. En ningún caso se podrán incluir en el documento en que se formalice el contrato cláusulas que impliquen alteración de los términos de la adjudicación.* A este respecto, se ha defendido un criterio de amplitud en la admisión del documento administrativo «en todos los casos de actos administrativos que no lleven consigo la directa prestación de consentimiento por parte de personas físicas o jurídicas distintas de la Entidad local actuante... Por el contrario, si media el consentimiento de terceros, con la consiguiente declaración de voluntad de los mismos, parece necesario el otorgamiento de escritura pública notarial... La importante función de control que el Notario ejerce alcanza su sentido en tráfico jurídico entre particulares»; cfr. Basilio AGUIRRE FERNÁNDEZ, *Los bienes de las entidades locales y el Registro de la Propiedad*, Centro de Estudios Registrales, 2008, págs. 40 y 41.

³³ Dice así la norma aragonesa: «1. *Los negocios jurídicos de adquisición, transmisión o gravamen de bienes inmuebles y derechos reales se formalizarán en escritura pública, sin perjuicio de lo establecido en el apartado 3 de este artículo.* 2. *Los arrendamientos y demás negocios jurídicos de explotación de inmuebles, cuando sean susceptibles de inscripción en el Registro de la Propiedad, deberán formalizarse en escritura pública para poder ser inscritos. ... 3. Las cesiones gratuitas de bienes inmuebles o derechos reales sobre los mismos se formalizarán en documento administrativo, que será título suficiente para su inscripción en el Registro de la Propiedad cuando el cesionario sea otra Administración Pública*».

la legislación hipotecaria en el caso de que el documento pretenda acceder al Registro de la Propiedad.

Respecto a lo primero, la dicción del citado artículo 113 podría dar a entender que la exigencia formal de escritura va más allá de lo que sería el sistema general de los artículos 1279 y 1280 del Código Civil, constituyendo un supuesto, precisamente, en el que sí se exige una forma *ad solemnitatem*, aunque el tenor de la ley no condicione expresamente la validez del negocio a ello³⁴. Sin embargo, quizá sea más correcto considerarlo como una mera exigencia instrumental necesaria para cumplir con la obligación de inscripción prevista en el artículo 36 LPAP. Y de hecho, en el Reglamento de desarrollo se exponen conjuntamente ambas obligaciones (art. 24. Formalización y gastos: «1. De acuerdo con lo previsto en el artículo 113 de la Ley, las adquisiciones de bienes inmuebles o derechos sobre los mismos se formalizarán en escritura pública y se inscribirán en el Registro de la Propiedad y se incorporarán al Catastro»).

En este punto conviene recordar nuevamente los efectos de la exclusión de la legislación de contratos, que hacen innecesario plantearse, a los efectos de diferenciar el régimen oportuno, si la formalización es un acto preparatorio o un acto de ejecución, puesto que la norma aplicable —circunscribiéndonos a la legislación estatal en la que nos hemos centrado— es la LPAP. Y recuerdo esto porque si se diferenciara, y nos planteáramos que la formalización es un acto preparatorio, habría de aplicarse, en defecto de norma en la LPAP, lo dispuesto en la legislación de contratos, y concretamente, el artículo 140.3, que señala que la falta de formalización es causa de resolución del contrato. Si se considera que es un acto de ejecución, la norma a aplicar sería la del Derecho Privado, con las dudas, a partir de ahí, de si es forma *ad solemnitatem*, o se encuadra en el sistema genérico de los artículos 1279 y 1280 del Código Civil.

Por lo demás, y respecto al segundo de los puntos expuestos, si el documento en cuestión pretende acceder al Registro de la Propiedad, es la legislación hipotecaria la que, lógicamente, marca las condiciones. Y no siempre se exige escritura pública, como se deduce del artículo 3 LH; en ese sentido, no son pocos los documentos administrativos que pueden acceder: la certificación administrativa a los efectos del artículo 206 LH; los documentos de deslinde administrativo del artículo 12 RH; las adjudicaciones de bienes inmuebles a resultas de ejecución de embargos por deudas de carácter administrativo (art. 25 RH); la inscripción de retractos administrativos, *ex* artículo 29 RH, o la inscripción de bienes adquiridos en procedimientos de expropiación forzosa, entre

³⁴ Contra, Raúl LÓPEZ FERNÁNDEZ, «Comentario al artículo 113», en *Comentarios a la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas*, Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado, Thomson-Aranzadi-Ministerio de Justicia, 2008, págs. 832 y 833, que partiendo de otro enfoque distinto, lo encuadra en el sistema genérico de los artículos 1279 y 1280 del Código Civil.

otros³⁵. Pero en definitiva, se exigirá la escritura pública en los negocios jurídicos de disposición (adquisición y enajenación), como por otra parte, se exigiría tratándose de un negocio jurídico entre particulares; lo mismo sucede con las exigencias que la LPAP hace respecto a la inscripción de los arrendamientos. Quizá la novedad que aporta este artículo sea precisamente la relativa a las cesiones gratuitas hechas a otras entidades del sector público —entendido en sentido amplio—, en las que no se considera necesario el control notarial, siendo suficiente el administrativo³⁶.

No existe normativa específica para las entidades locales: siguiendo con el ejemplo de Aragón, el Decreto 347/2002, de 19 de noviembre, del Gobierno de Aragón, ya citado, no contiene disposiciones relativas a la formalización, pero en la medida en que el artículo 6.3, v.gr. afirma que: «*Los bienes patrimoniales se rigen por su legislación específica y, en su defecto, por las normas del Derecho Privado*», entiendo que se aplicarán estas últimas, y concretamente, las exigencias de la Ley Hipotecaria.

Por lo demás, y respecto a la posible modificación del contrato una vez adjudicado, el carácter privado de los mismos exige el mutuo consentimiento para aquélla, sin perjuicio de que se hubieran podido acordar eventuales previsiones al respecto en el pliego de condiciones. En este punto ha de tenerse en cuenta el criterio restrictivo en la modificación de los contratos del sector público, que impera actualmente en el TRLCSP, modificada por la Ley de Economía Sostenible (Ley 2/2011, de 4 de marzo)³⁷, que introdujo un nuevo párrafo en el artículo 20.2 en el que se dispone que, pese a que los efectos y extinción de los contratos privados se regirán por el Derecho Privado: «*No obstante, serán de aplicación a estos contratos las normas contenidas en el Título V del Libro I, sobre modificación de los contratos*». Sin que se apliquen directamente estas normas a los contratos excluidos, pues están previstas para los contratos privados pero incluidos en el ámbito de la legislación sobre contratos, sí que sería un claro ejemplo de principio inspirador —ex art. 4.2 TRLCSP— para los contratos excluidos, que inclinaría al intérprete a favor de la interpretación más restrictiva en un caso de modificación.

³⁵ Sobre estas cuestiones, y en especial sobre las consecuencias del artículo 37 LPAP en cuanto al título inscribible, cfr. Pedro Luis SERRERA CONTRERAS, en «Dos apuntes registrales en torno a la nueva Ley de Patrimonio», en *RCDI*, núm. 684, 2004, págs. 1831-1848.

³⁶ Las condiciones y presupuestos de dichas cesiones aparecen respectivamente en los artículos 145 LPAP, 57 de la Ley aragonesa 5/2011 y 102 del Decreto 347/2002 del Gobierno de Aragón.

³⁷ En el Preámbulo de dicha Ley se explica: «*En especial, se modifica por completo la normativa de los modificados de obras, de acuerdo con las prácticas recomendadas por la Unión Europea, y teniendo en cuenta, especialmente, la postura manifestada por la Comisión sobre modificaciones no previstas en los documentos de licitación y sobre el carácter de alteración sustancial de aquellas que excedan en más de un 10 por 100 el precio inicial del contrato*».

IV. CONCLUSIONES

- I. Hasta la Ley 30/2007, los que podrían denominarse genéricamente *contratos inmobiliarios* celebrados por una Administración Pública se calificaban frecuentemente, dependiendo de su vinculación con las finalidades públicas, como contratos privados o como contratos administrativos especiales, pero siempre dentro del marco de dicha legislación.
- II. La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, introdujo una importante modificación en el régimen normativo de los negocios jurídicos del sector público que recaen sobre bienes inmuebles, al excluirllos de dicha legislación. Esta reforma legislativa, fruto de directivas europeas, deja fuera del ámbito de aplicación de la legislación estos contratos, que quedan sometidos a la legislación sobre patrimonio de las Administraciones Públicas y a las normas de Derecho Privado.
- III. Lo referente al contrato a cuya virtud se constituye el derecho real de superficie puede diferir de este régimen general, y es posible que siga calificándose en algunos casos como contrato administrativo especial.
- IV. El problema se plantea porque algunas de las normas sobre patrimonio continúan remitiéndose, a su vez, a las normas sobre contratación administrativa, de modo que muchos operadores jurídicos siguen aplicando, por esta vía, la normativa que la Ley 30/2007 perseguía precisamente dejar de aplicar, aunque permitiera el recurso a los principios generales inspiradores de esta para resolver las dudas que se pudieran suscitar.
- V. Este problema se ha puesto de manifiesto en cuestiones como la inclusión en los pliegos de contratación de prohibiciones de contratar, en los que a partir de ahora deberán tenerse en cuenta criterios que garanticen muy especialmente el equilibrio o la equivalencia de las prestaciones, propia de los contratos sometidos al Derecho Privado.

V. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AGUIRRE FERNÁNDEZ, Basilio: *Los bienes de las entidades locales y el Registro de la Propiedad*, Centro de Estudios Registrales, 2008.
- COLÁS TENAS, Jesús: «La contratación en las entidades locales tras la Ley de contratos del sector público: aspectos prácticos e informes de las juntas consultivas», en *Fundación Democracia y Gobierno Local*, I QDL 21, octubre de 2009.
- COLOM PIAZUELO, Eloy: «La gestión patrimonial. Disposiciones generales», en *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas* (Carmen CHINCHILLA MARÍN, coord.), Civitas, 2004.
- CONTRERAS ORTIZ, Manuel M.^º: «La distinción entre los contratos administrativos especiales y los contratos privados de la administración en la ley de contratos del sector

- público. El caso de los contratos inmobiliarios», en *Revista española de la función consultiva*, núm. 10, julio-diciembre, 2008.
- DE PABLO CONTRERAS, en MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, DE PABLO CONTRERAS, PÉREZ ÁLVAREZ, y PARRA LUCÁN: *Curso de Derecho Civil (II), Derecho de Obligaciones*, 3.^a ed., Colex, 2011, págs. 376 y 377.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho Administrativo*, I, Thomson-Civitas, 14.^a ed., 2008.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: «Verso un concetto de Diritto Amministrativo come Diritto statutario», en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Anno X, 1960.
- GIMENO FELIÚ, José María: «El ámbito objetivo de la aplicación de LCSP», en *La ley de contratos del sector público y su aplicación por las entidades locales* (coord.: José Antonio MORENO MOLINA), CEMCI, 2008.
- GIMENO FELIÚ, José María: *Las reformas legales de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público: alcance y efectos prácticos*, Civitas, 2011.
- LÓPEZ FERNÁNDEZ, Raúl: «Comentario al artículo 111» y «Comentario al artículo 113», en *Comentarios a la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas*, Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado, Thomson-Aranzadi-Ministerio de Justicia, 2008.
- MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, Manuel: «Contratos patrimoniales y otros negocios jurídicos sobre bienes inmuebles de las entidades locales», en *Revista de Estudios Locales*, núm. 149, 2012.
- MORENO MOLINA, José Antonio: «La nueva Ley de contratos del Sector público: principales novedades y aspectos problemáticos», en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 44, junio de 2008.
- SERRERA CONTRERAS, Pedro Luis: «Dos apuntes registrales en torno a la nueva Ley de Patrimonio», en *RCDI*, núm. 684, 2004.

VI. ÍNDICE CRONOLÓGICO DE JURISPRUDENCIA, INFORMES Y DICTÁMENES

TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 16 de diciembre de 1980 [RJ 1980/5020].
- STS de 19 de octubre de 1981 [RJ 1981/4484].
- STS de 11 de mayo de 1982 [1982/2566].
- STS de 7 de noviembre de 1983 [RJ 1983/5959].
- STS de 9 de octubre de 1987 [1987/6931].
- STS de 23 de mayo de 1988 [RJ 1988/3917].
- STS de 13 de febrero de 1990 [RJ 1990/1430].
- STS de 30 de octubre de 1990 [RJ 1990/8400].
- STS de 28 octubre de 1991 [RJ 1991/7241].
- STS de 11 de junio de 1993 [RJ 1993/4827].
- STS de 17 de julio de 1995 [RJ 1995/5856].

- STS de 11 de junio de 1996 [*RJ* 1996/6123].
- STS de 20 de noviembre de 1996 [*RJ* 1996/8225].
- STS de 17 de julio de 1999 [*RJ* 1999/5958].
- STS de 24 de enero de 2007 [*RJ* 2007/710].
- STS de 27 de mayo de 2009 [*RJ* 2009/3189].
- STS de 30 de diciembre de 2011 [*RJ* 2012/304].

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

- STJS de Madrid, de 7 de marzo de 2000 [*RJCA* 2000/271].
- STJS de Castilla y León, de 17 de septiembre de 2004 [*JUR* 2004/271150].

AUDIENCIAS PROVINCIALES

- Auto de la AP de Barcelona, de 28 de septiembre de 2004 (Sección 13.^a) [*JUR* 2004/305019].
- Auto de la AP de Madrid, de 31 de octubre de 2005 (Sección 14.^a) [*JUR* 2006/1581].
- SAP de Segovia, de 12 de julio de 2010 (Sección 1.^a) [*JUR* 2010/310814].
- Auto de la AP de Jaén, de 5 de noviembre de 2010 (Sección 3.^a) [*AC* 2011/121].

DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

- RDGRN de 29 de enero de 2009 [*RJ* 2009/1610].
- RDGRN de 9 de marzo de 2010 [*RJ* 2010/1489].
- RDGRN de 16 de abril de 2010 [*RJ* 2010/2740].
- RDGRN de 5 de diciembre de 2011 [*BOE* de 19 de enero de 2012].

JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

- Informe 5/1996, de 7 de marzo.
- Informe 7/1996, de 7 de marzo.
- Informe 36/1997, de 10 de noviembre.
- Informe 22/2002, de 23 de octubre.
- Informe 43/2007, de 29 de octubre.
- Informe 25/2008, de 29 de enero.

JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE LA COMUNIDAD
AUTÓNOMA DE ARAGÓN

- Informe 4/2009, de 15 de abril.
- Informe 10/2010, de 15 de septiembre.

CONSEJO DE ESTADO

- Dictamen del Consejo de Estado 1336/2005, de 17 de noviembre de 2005.

RESUMEN

NEGOCIOS JURÍDICOS
SOBRE BIENES INMUEBLES
CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, introdujo una importante modificación en el régimen normativo de los negocios jurídicos del sector público que recaen sobre bienes inmuebles, al excluirlos de dicha legislación. La normativa a aplicar sigue sin estar totalmente clara en la actualidad, con opiniones y dictámenes contradictorios de las Juntas Consultivas de Contratación Administrativa. El peso, cada vez mayor del Derecho Privado en estos contratos, hace necesaria una consideración del problema desde la perspectiva del Derecho Civil, con especial atención a cuestiones relativas a la formalización del contrato, o la inclusión de prohibiciones de contratar.

ABSTRACT

JURISTIC ACTS INVOLVING
IMMOVABLE PROPERTY
PUBLIC SECTOR CONTRACTS

Under Act 30/2007 of 30 October on public sector contracts, juristic acts involving immovable property are excluded from legislation on public sector juristic acts. That is a major modification. What rules do apply are still not entirely clear to this day. There are contradictory opinions and decisions from administrative contracting advisory boards. Because of the ever-increasing weight of private law in public sector contracts, the problem needs to be considered from the standpoint of civil law, paying special heed to issues concerning contract conclusion and the inclusion of prohibitions against contracting.

*(Trabajo recibido el 23-7-2012 y aceptado
para su publicación el 31-7-2013)*