



*ASUNTO: CONTRATACIÓN*

**Contrato de extracción de áridos.**

**104/12**

FC

\*\*\*\*\*

**INFORME**

**I. ANTECEDENTES APORTADOS:** Contrato, varios documentos del expediente de deslinde del Dominio Público hidráulico y varios escritos del contratista

**II. NORMATIVA APLICABLE**

- \* Texto Refundio de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por RD legislativo 2/2000
- \* Código Civil
- \* Ley 22/1973, Ley de Minas



- \* Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 1372/1986.
  
- \* *Texto Refundido de la Ley de Aguas aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001*

## II. FONDO DEL ASUNTO

### **1.CUESTIONES PREVIAS**

**1.1.Normativa aplicable.**- La norma aplicable para la preparación del contrato es el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP), aprobado por RD legislativo 2/2000, ya que con arreglo a lo determinado en la Disposición Transitoria Primera del citado TRLCAP *“Los expedientes de contratación iniciados y los contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, se regirán por la normativa anterior. A estos efectos, se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados sí se hubiera publicado la correspondiente convocatoria de adjudicación del contrato.”*. Siendo que el anuncio de licitación se publicó con posterioridad a la entrada en vigor de ésta última, resulta errónea la referencia tanto en el Pliego de Cláusulas como en el propio contrato a la Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas.

**1.2.Calificación del contrato.**-No obstante la calificación de “administrativo” que el Pliego otorga al contrato, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 5.3 del TRLCAP se trata de un **contrato de derecho privado**:

*“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, propiedades incorpóreas y valores negociables, así como los contratos comprendidos en la categoría 6 del artículo 206 referente a contratos de seguros y bancarios y de inversiones y, de*



*los comprendidos en la categoría 26 del mismo artículo, los contratos que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos.”*

El objeto del contrato es el arrendamiento de una finca rústica, con carácter de patrimonial, de titularidad municipal para la extracción de áridos.

Tal diferenciación tiene especial importancia en el asunto sometido a informe por cuanto de acuerdo con lo prevenido en el artículo 9.1 del TRLCAP “**Los contratos privados** de las Administraciones públicas **se registrarán** 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.**” Correspondiente el orden jurisdiccional civil para resolver las controversias que surjan entre las partes (artículo 9.3).

Consecuencia de lo anterior es que, no obstante lo establecido en el Pliego de Cláusulas, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 9.1 del TRLCAP los efectos y extinción del contrato se registrarán por las normas de derecho privado, el Código Civil en este caso.

**1.3. Aprovechamiento especial o arrendamiento.**-En diversas cláusulas del Pliego se hace referencia a la expresión “aprovechamiento especial”, expresión que en el ordenamiento local está referido a los usos del dominio público, regulados en los artículos 75 y siguientes del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 1372/1986. Es cierto que en el artículo 16.2 de la Ley 22/1973, Ley de Minas, establece que cuando los recursos de la Sección A) se encuentren en terrenos patrimoniales de los Municipios, como es el caso que nos ocupa, podrán sus titulares aprovecharlos directamente o ceder a otros sus derechos; como lo es también que el artículo 17 de la misma norma exige, en todo caso, autorización de, hoy, la Dirección General de Minas de la Junta de Extremadura para ejercitar el derecho de aprovechamiento. Sin embargo, de los preceptos transcritos no se deduce en ningún caso que estemos en la relación entre Ayuntamiento y contratista ante una concesión

---



administrativa, sino ante un contrato privado, en este caso de arrendamiento de un bien patrimonial (finca rústica) para un fin determinado: extracción de áridos.

**1.4. Confusión de la finca sobre la que recae el objeto del contrato.**-La Confederación Hidrográfica del Guadiana (CHG) llevó a cabo dos procedimientos de apeo y deslinde (BA-04/03 Y BA-05/03), pronunciándose dicho organismo de cuenca en el sentido de desestimar escrito de alegaciones del Ayuntamiento en este sentido: *“Al no tenerse constancia en esta CHG de autorización alguna en la zona de DPH colindantes con las fincas del Ayuntamiento, y no especificarse la adjudicación (de explotación de áridos) ni la localización de tales extracciones, se atribuyó inicialmente la alegación al otro procedimiento de deslinde, el de referencia BA-04/03, en cuyo tramo si se tiene constancia de autorización para extracción de áridos”.*

Asimismo, el contratista, con fecha 11 de junio de 2007, dirige escrito al Ayuntamiento, y a fin de acreditar la identificación de la finca objeto del contrato ante la Sala de los Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura con ocasión de recurso contra la resolución dictada por la CHG en el procedimiento de apeo y deslinde del DPH, instando a que identifique la finca referenciada por cuanto con fecha 17-05-2007 había realizado idéntica petición ante el Ayuntamiento, identificándola este como la finca registral 43591, cuya superficie según el Registro de la propiedad es de 26 Has. 87 áreas y 8 centiáreas, mientras que la finca objeto del contrato tiene una superficie aproximada de 50 hectáreas e identificada en catastro como la parcela 288 del polígono 680.

Ante la misma duda surgida a esta Oficialía sobre identificación de la finca objeto del contrato, se solicitó del Ayuntamiento mediante correo electrónico de fecha 28 de marzo de 2012 la acreditación de la propiedad de la finca así como de su superficie. Con fecha 30 de marzo se nos envía nota simple de la finca registral 43591, cuya superficie es de 6 Has. 87 áreas y 8 centiáreas. Evidentemente no parece que concuerde ni en identificación ni en superficie con la finca propiedad del Ayuntamiento objeto de arrendamiento para la extracción de áridos.



**1.5. Sistema de cálculo de explotación de la finca.**-Tanto en el PCAP, como en el contrato como en el proyecto de explotación presentado por el adjudicatario se hace referencia a metros cuadrados, con una profundidad máxima de extracción de 3 metros. Sin que este informante sea técnico en medición de extracción de áridos parece que se trate de un error, ya que la referencia debe ser en metro cúbicos, pues de otro manera se imposibilita tanto un correcto cálculo del precio como del cumplimiento del contrato,

**1.6.Extralimitación contractual.**-Entre otras, la contenida en la cláusula octava del contrato que permite la autorización al adjudicatario a extraer áridos en las parcelas colindantes en el supuesto de que “*se justifique la no-existencia de áridos en la zona*” que garantice el volumen mínimo de 30.000 metros cúbicos por hectárea. Tal posibilidad u opción no aparece recogida en el PCAP, lo que contraviene el principio de publicidad que debe regir toda contratación levada a cabo por las Administraciones Públicas y la necesaria adecuación del contrato al PCAP.

**2.SOBRE LA NATURALEZA DEL DESLINDE DEL DOMINIO PÚBLICO HIDRÁULICO.**-Sobre esta cuestión el Tribunal Supremo, en su reciente Sentencia de 9 de junio de 2011, nos dice:

*“Ante todo procede recordar que la Ley de Aguas -Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio - en los apartados 2 y 3 de su artículo 95 establece que **el deslinde aprobado declara la posesión y la titularidad dominical a favor del Estado**, dando lugar al amojonamiento y que **la resolución de aprobación del deslinde será título suficiente para rectificar las inscripciones del Registro de la Propiedad contradictorias con el mismo**, en la forma y condiciones que se determinen reglamentariamente, siempre que haya intervenido en el expediente el titular registral, conforme a la legislación hipotecaria. Dicha resolución será título suficiente, asimismo, para que la Administración proceda a la inmatriculación de los bienes de dominio público cuando lo estime conveniente. En todo caso -finaliza el apartado 3 del citado artículo 95 - los titulares de los derechos inscritos afectados podrán ejercitar las acciones que estimen pertinentes en defensa de sus derechos, siendo susceptible de anotación preventiva la correspondiente reclamación judicial.*”

---



O como dijo el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura en su Sentencia de 21 de mayo de 2009, dictada precisamente contra recurso contencioso administrativo interpuesto por el contratista en cuestión contra el deslinde del DPH realizado por la CHG:

*“2. El deslinde aprobado declara la posesión y la titularidad dominical a favor del Estado, dando lugar al amojonamiento.*

*3. La resolución de aprobación del deslinde será título suficiente para rectificar las inscripciones del Registro de la Propiedad contradictorias con el mismo, en la forma y condiciones que se determinen reglamentariamente, siempre que haya intervenido en el expediente el titular registral, conforme a la legislación hipotecaria. Dicha resolución será título suficiente, asimismo, para que la Administración proceda a la inmatriculación de los bienes de dominio público cuando lo estime conveniente. En todo caso los titulares de los derechos inscritos afectados podrán ejercitar las acciones que estimen pertinentes en defensa de sus derechos, siendo susceptible de anotación preventiva la correspondiente reclamación judicial....”*

Así, también la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 5ª, de 17 Junio 2011:

*“Por lo demás, lo cierto es que el deslinde declara la posesión y propiedad de los bienes, ex artículo 95.2 del TR de la Ley de Aguas , únicamente cuando concurren las realidades geomorfológicas, antes señaladas (artículos 2.b/ y 4 del TR de la Ley de Aguas, en relación con el 4.2 del Reglamento).Y la resolución es título suficiente para rectificar inscripciones en el Registro propiedad contradictorias con el mismo, como dispone el apartado 3 del artículo 95 del citado TR.*

*Esto no significa que el deslinde sea una forma de adquisición del dominio, como señala la recurrente. No. Significa que si concurren las realidades geofísicas a las que la ley anuda el carácter de dominio público, el deslinde debe incluir a las mismas en su determinación. De ahí su carácter declarativo. Téngase en cuenta que estamos ante dominio público que lo es por naturaleza, es decir, en atención a las circunstancias geográficas concurrentes.”*

**3.SOBRE INDEMNIZACIÓN A ARRENDATARIO COMO CONSECUENCIA DEL DESLINDE DEL DPH.-**Como hemos visto antes no es el deslinde y el amojonamiento un sistema de adquisición de la propiedad por la Administración, como podría ser la expropiación

---



forzosa, sino un medio del que dispone la Administración pública, el organismo de cuenca en este caso, para. producido cualquier acto de usurpación o incluso sin necesidad de ello cuando resultaren imprecisos los límites de éste, *declarar la posesión y la titularidad dominical a favor del Estado, dando lugar al amojonamiento y que la resolución de aprobación del deslinde será título suficiente para rectificar las inscripciones del Registro de la Propiedad contradictorias con el mismo.*

Precisamente por ello, por no tratarse de un sistema de adquisición de la propiedad mediante el ejercicio de facultades otorgadas por la legislación y con la obligación de pagar un precio por ello (justiprecio), es por lo que la Administración no tiene la obligación de indemnizar o abonar precio alguno por determinar la posesión y la titularidad de lo que por ley es suyo.

Ya intentó el contratista por vía del recurso contencioso administrativo contra el acto de la CHG de deslinde y amojonamiento obtener de ésta una indemnización: *“Solicita la parte en su Suplico, la nulidad del deslinde efectuado en lo que afecta al tramo comprendido en su propiedad y ello básicamente al entender que los métodos realizados para llegar a tal conclusión físico- delimitativa, no han sido ni adecuados ni correctos, ello amen de otras consideraciones que analizaremos. Asimismo subsidiariamente pide la declaración de vigencia de un contrato administrativo entre la parte y el Ayuntamiento de Pueblonuevo del Guadiana para la extracción de áridos, así como una posible indemnización de perjuicios. ...” lo que el TSJ denegó con el siguiente pronunciamiento en la referida sentencia de 21 de mayo de 2009 : “La última pretensión, referente la petición subsidiaria, debe reseñarse y exponer que dentro de los límites que la Ley determina en relación al objeto del Recurso Contencioso-Administrativo, no se hallan pronunciamientos declarativos en la manera propuesta. Ya el TS en Sentencia de 25 de octubre de 1993 , señalaba que en modo alguno cabe actuar en el mismo las restantes pretensiones declarativas y de condena ejercitadas por la parte actora, a que se ha hecho anterior mención, al no tratarse de situaciones jurídicas individualizadas cuyo reconocimiento y efectividad por vía jurisdiccional sean consecuencia de la anulación del acuerdo municipal tantas veces aludido, sino de peticiones autónomas (a más de notoriamente imprecisas) respecto de las que no se ha dictado acto administrativo concreto e independiente del aquí recurrido y que pueda ser objeto de revisión jurisdiccional, en su caso, en este cauce procesal específico.... sin olvidar el obstáculo jurídico que supone la falta de previo sometimiento de las correspondientes peticiones a la Administración municipal*

---



*demandada, en vía administrativa, a que se hecho anterior referencia”*

#### **4.SOBRE ESCRITO DEL CONTRATISTA DEL CONTRATISTA DE FECHA 14 DE FEBRERO DE 2012.**

**4.1. Merma de la superficie objeto del contrato como consecuencia del deslinde.-** En el punto cuarto de su escrito el contratista pone manifiesto lo evidente, merma de la superficie de la finca objeto del contrato como consecuencia del deslinde del DPH llevado a cabo por la CHG; sin embargo, parece responsabilizar al Ayuntamiento de este hecho con argumentos tales como *“Ello ha sido debido en gran medida a la pasividad desplegada por la Corporación Local ante la que comparecemos con ocasión del procedimiento administrativo de deslinde antes mencionado y la impugnación en vía contencioso administrativa de las resoluciones recaídas en el mismo. En definitiva el Ayuntamiento se ha limitado a dar por bueno lo que hacia la Administración del Estado a través del Organismo de Cuenca antes referido, aunque ello supusiese vulnerar su obligación de garantizar la posesión quieta y pacífica del bien objeto del contrato por parte de XX, S.L. durante toda la vigencia del mismo.”*.

Ya hemos afirmado y argumentado más arriba que el deslinde y amojonamiento del DPH no es un acto ni de usurpación ni de adquisición “ex novo” de la propiedad por parte del organismo de cuenca. Por consiguiente, personado el Ayuntamiento en el procedimiento de deslinde, hechas en su caso las alegaciones pertinentes, yañadido a la sentencia negativa que el contratista obtuvo ante el TSJE, consideramos falta de argumento esta afirmación de que el Ayuntamiento con su postura pasiva haya *vulnerado su obligación de garantizar la posesión quieta y pacífica del bien objeto del contrato por parte de XX, S.L. durante toda la vigencia del mismo.*

Por consiguiente ,si la finca propiedad del Ayuntamiento, y objeto del contrato ha sufrido una merma en su cabida lo ha sido por el ejercicio de un derecho por parte del organismo responsable del DPH, el organismo de cuenca, y no de un acto del Ayuntamiento contratante ni de una actitud pasiva del mismo.

**4.2.Sobre la normativa aplicable al contrato.**-Ya hemos dicho más arriba que, en efecto, tanto en el Pliego de Cláusulas como en el propio contrato existe un error de referencia a la norma aplicable que, para su preparación y adjudicación, debió ser el TRLCAP y no la Ley 13/1995. Pero también hemos afirmado que en nuestra opinión, y pese a lo establecido en los dos referidos documentos nos encontramos ante un

---





contrato de derecho privado y no administrativo. Consecuentemente con ello, con arreglo a lo determinado en el propio TRLCAP, **sus efectos y extinción se regirán por las normas de derecho privado** y no por el citado TRLCAP.

En definitiva Se trata del principio de irrelevancia del *nomen iuris*, también denominado principio de “*primacía de la realidad*”, que significa que *las cosas son lo que son y no lo que las partes dicen que son*. Así lo tienen reconocido ampliamente nuestro Tribunal Supremo, bastando referir el pronunciamiento de la Audiencia Provincial de Les Illes Balears, Sección 3ª, Sentencia de 1 Febrero 2012:

*“En efecto, reiterada jurisprudencia viene sosteniendo la desvinculación del juez respecto a la calificación que las partes hacen de los contratos, lo que es expresado con la conocida máxima de que “los contratos son lo que son y no lo que dicen las partes”. La calificación de los contratos no depende de las denominaciones que le hayan dado los contratantes (sentencias de 14 de mayo de 2001 , 15 de diciembre de 2005 , 2 de marzo de 2007 y 3 de noviembre de 2010 , entre otras muchas).*

#### **4.3.El cumplimiento del contrato no puede dejarse al arbitrio de una de las partes.-**

Resulta curioso y sorprendente cómo el contratista argumenta para con el Ayuntamiento lo que perfectamente le puede ser aplicado a él como consecuencia del cumplimiento del contrato a lo largo de su vigencia:

*“Expuesto cuanto antecede ha de tenerse en cuenta el contenido del artículo 1124 del Cc, inspirador del régimen de resolución contractual previstos en las normas administrativas citadas, a cuyo tenor: “La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe.*

*El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aún después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible.*

*El Art.111 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas establece las causas de resolución, señalando el Art.112 en su*



*apartado 1 que la resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, en su caso, mediante procedimiento en la forma que reglamentariamente se determine, señalando el Art.113,3 que el incumplimiento por parte de la Administración de las obligaciones del contrato determinará para aquélla, con carácter general el pago de los daños y perjuicios que por tal causa se irroguen al contratista. En relación con el procedimiento para la resolución de los contratos administrativos ha de tenerse en cuenta el Art.109 del Real Decreto 1098/2011, de 12 de Octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, antes citado.*

*Al haberse privado a mi representada de la posibilidad de explotar la mayor parte de la superficie objeto del contrato, ante la falta de acción por parte del Ayuntamiento de Pueblonuevo del Guadiana ante las actuaciones derivadas del deslinde antes citado, se causa a mi mandante un perjuicio importante y se rompe el principio de la equivalencia de las prestaciones. En este sentido, el mantenimiento de las condiciones pactadas, en cuanto a la superficie a explotar, constituye una exigencia elemental del equilibrio contractual y un predicado necesario de la bilateralidad y reciprocidad de la causa del contrato, (Art.1274 Cc), cuyo cumplimiento quedaría de otro modo al arbitrio puro y simple de la Corporación Local contratante en contra de la prohibición expresa del Art.1.256 Cc.*

Digamos que el propio contratista, y en virtud del propio Pliego de Cláusulas y del contrato, nos está recordando en otras partes del escrito la naturaleza administrativa del contrato y su regulación por el RD legislativo 2/2000, en cuyo artículo 112.1, como él a continuación no dirá, que la resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación , de oficio o a instancia del contratista, así como que el artículo 113.3 determina que el incumplimiento por parte de la Administración de las obligaciones del contrato determinará para aquélla, con carácter general el pago de los daños y perjuicios que por tal causa se irroguen al contratista. Pues bien, si de contrato administrativo se tratara no podemos por mor de vía análogica o inspiradora pretender que la merma de la superficie de la finca objeto del contrato constituye, ni por vía de Código Civil ni por vía de legislación sobre contrato administrativo una actitud voluntariamente incumplidora por parte del Ayuntamiento, haciendo girar sobre la responsabilidad de éste el legítimo derecho que tiene el organismo de cuenca para

---



proceder al deslinde y amojonamiento del DPH.

Y precisamente llegados a este punto debemos traer a colación el principio jurídico de **“Nemo dat quod non habet”** (nadie da lo que no tiene). Es notorio y conocido por el contratista que en el momento en el cual el Ayuntamiento decidió mediante licitación pública adjudicar el contrato en cuestión consideraba que, y así se puede acreditar registral y catastral mente, era propietario de finca objeto del contrato por haberla recibido por cesión de su Ayuntamiento matriz, Badajoz. Ahora bien, y como tantas veces hemos dicho, y bien conoce el contratista, tal titularidad quedó acreditada que no le correspondía en virtud del expediente de deslinde y amojonamiento. Sin embargo si se consideró propietario y poseedor de la misma hasta ese preciso momento.

En su virtud, no puede ahora, tras un frustrado intento ante el TSJE de obtener indemnización de la CHG como consecuencia de la merma de la superficie explotada, trasladar al Ayuntamiento su pretensión. Ni el Ayuntamiento ha adoptado actitud incumplidora, ni ha realizado acto alguno que inquietara, perturbara o impidiera al contratista en su pacífico derecho a la explotación de la finca objeto del contrato.

Llegados a este punto hemos de señalar que el Tribunal Supremo, Sala 3ª, en Sentencias como la de su Sección 4ª, de 7 de diciembre de 1981, señala: “y que arrancando desde el principio consagrado en el Código Civil de que no puede dejarse al arbitrio de ninguno de los contratantes la validez y cumplimiento de los contratos, establecen como fundamental el de la inalterabilidad de los referidos contratos, lo que determina el exacto cumplimiento de los mismos conforme a como fueron pactados, ello determina que nunca pueda ser denunciado un contrato administrativo por parte de *contratista sin que haga constar como fundamento una justa causa, que con base, bien en el incumplimiento de sus obligaciones por parte de la Administración, o bien en haberse hecho imposible por parte del contratista del cumplimiento de las obligaciones que al mismo le incumben, pueda justificar la denuncia y resolución del contrato*”.

*En este caso esta justa causa existe, pues se reduce significativamente la superficie sobre la que XX S.L. puede actuar, lo que implica la rotura del*



*equilibrio económico financiero de dicha entidad, que no obtener los beneficios previstos, y dada la irreversibilidad de la situación creada, procede la resolución del contrato bajo los postulados establecidos en el Art.1.124 del Cc: cumplimiento o resolución de la obligación.*

*En este sentido, y saliendo al paso de ulteriores alegaciones, hemos de señalar que por parte de determinados asesores de la Corporación Local ante la que comparecemos se ha sugerido que la entidad citada no ha presentado anualmente la documentación de seguimiento de las extracciones, lo cual en modo alguno puede ser aceptado, dado que XX, S.L. ha presentado anualmente el Plan de Labores correspondiente ante las autoridades autonómicas competentes, en cumplimiento de lo establecido en la Ley de Minas, así como de las condiciones establecidas en la Autorización administrativa para la explotación del Recurso de la Sección A) de la Ley de Minas en el Paraje ALAMEDA DEL RIO Nº 736.*

En todo caso ha de tenerse en cuenta que en la cláusula QUINTA.- del contrato de referencia se dice que “incumbe al Ayuntamiento ejercer de manera directa la inspección del aprovechamiento a través de su personal técnico, realizándose anualmente un informe por Técnico competente”, de lo que claramente se infiere que la entidad XX, S.L. no tenía que presentar en el Ayuntamiento la misma documentación presentada ante la Consejería de Industria, Energía y Minas de la Junta de Extremadura, sino que es el Ayuntamiento, de conformidad con lo pactado, quien se tenía que ocupar, con su propio personal técnico de hacer el oportuno seguimiento; debiendo destacarse en todo caso que nunca el Ayuntamiento ha solicitado la exhibición o presentación de documentación alguna al efecto, la cual se habría aportado sin ningún problema pues anualmente se ha venido presentado ante las autoridades autonómicas antes citadas en cumplimiento de las prevenciones contenidas en la Ley de Minas.

En consecuencia con cuanto antecede, entendemos que la resolución debe llevar aparejada con carácter principal, por aplicación del principio “pacta



sunt servanda”el mantenimiento del contrato y la autorización a XX, S.L. a extraer en parcelas colindantes el volumen de áridos necesarios que garantice el canon establecido y la posibilidad de extraer los 966.900 m3 más que hubieran podido extraerse de no producirse tanto el deslinde del DPH como la ocupación por parte de otra empresa de la superficie inicialmente contratada, en los términos que se justifican en el Informe Pericial acompañado a este escrito como documento número 13.

*Llegados a este punto, entendemos que no es óbice a cuanto antecede el que el deslinde haya sido ratificado por una sentencia judicial firme, pues, al contrario, ello justificaría la obligación del Ayuntamiento de responder a XX, S.L. de la posesión legal, quieta y pacífica del bien objeto del contrato, en virtud del llamado saneamiento por evicción al que se refieren los Arts.1475 a 1483 del Cc.*

Debe recordarse al contratista que el instituto de la evicción, regulado en los artículos 1475 y siguientes del Código Civil está incardinado dentro del contrato de compraventa, y no en el de arrendamiento. Así, el propio artículo 1475 del CC determina: **“Tendrá lugar la evicción cuando se prive al comprador, por sentencia firme y en virtud de un derecho anterior a la compra, de todo o parte de la cosa comprada.”** Como vemos ni estamos en presencia de un contrato de compraventa ni se ha privado al contratista por sentencia firme anterior a la compra de todo a parte de la cosas comprada.

*De no resultar ello posible, la resolución del contrato debe determinar la obligación del Ayuntamiento de XX de indemnizar a XXX, S.L. de todos los daños y perjuicios causados, en aplicación de los dispuesto en los Arts.1.100, 1101, 1106 y 1107 Cc, aplicables por la remisión que realiza el Art.7,1 del Real Decreto Legislativo Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.*



*En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo, Sección 3ª, de 28 de mayo de 1986, señala en su Fundamento de Derecho SEGUNDO que “Lo que caracteriza a los contratos administrativos es que el incumplimiento por la Administración de las cláusulas del contrato obligará a la Administración, con carácter general al pago de los perjuicios que por tal causa se irroguen al contratista.., éste no tiene derecho genérico a la resolución, más que en los casos expresamente previstos en la Ley, pero económicamente le garantiza todo perjuicio derivado de un incumplimiento administrativo”.*

*Llegados a este punto entendemos que el importe de los perjuicios causados a la entidad XX, S.L., en el caso de que se viera privada definitivamente de la posibilidad de extraer los 966.900 m3 más que hubieran podido extraerse de no producirse tanto el deslinde del DPH como la ocupación por parte de otra empresa de la superficie inicialmente contratada ascienden a la suma de 1.812.937,50 Euros, como se justifica con el Informe Pericial antes aludido, en el que al propio tiempo se justifica el abono por parte de XX, S.L. al XX de cantidades muy superiores a las que se tendrían que haber abonado por la extracción realmente realizada, lo que determina que deba reconocerse a mi mandante el carácter de acreedor de referida Corporación Local por las sumas indebidamente abonadas a dicha Corporación.*

Vuelve a insistir el contratista en hacer recaer sobre el Ayuntamiento la responsabilidad de los efectos del deslinde y amojonamiento del DPH y a intentar ante éste una indemnización que ya le negó el TSJEx.

Nos cita el contratista como argumento a su pretensión indemnizatoria la STS de 28 de mayo de 1986, que si bien está referida al derecho a la indemnización del contratista, no hay que olvidar que el motivo de la pretensión de éste no está motivado por un “factum principis”, ni de una causa ajena a la Administración contratante, sino en un acto voluntario de la misma cual fue la **suspensión temporal total de construcción** de

---



la Ronda II de Burgos, **imputable exclusivamente** a la Administración contratante, hecho que es indiscutible y que ni siquiera fue discutido como tampoco el extremo de haber excedido de seis meses, es incuestionable que está obligada la Administración de abonar al contratista los daños y perjuicios que éste acredite en el correspondiente expediente haber sufrido así como al abono de la obra que realmente haya ejecutado con anterioridad a la suspensión..”

No es el caso que aquí se ha dado, como de forma reiterada ya hemos dicho y el propio contratista reconoce no sólo con sus actos sino con sus palabras.

En definitiva, como consecuencia del deslinde, acto ajeno a la voluntad, al conocimiento y a la buena fe del Ayuntamiento, **el contrato ha devenido de imposible cumplimiento en los términos establecidos**. Sin embargo por ello no son de aplicación los preceptos esgrimidos por el contratista del Código Civil , artículos 1.100, 1101, 1106 y 1107, para su pretensión indemnizatoria. Antes al contrario, debe tenerse en cuenta los artículos 1182, 1183 y 1184 del Código Civil:

**Artículo 1182.**

*Quedará extinguida la obligación que consista en entregar una cosa determinada cuando ésta se perdiere o destruyere sin culpa del deudor y antes de haberse éste constituido en mora.*

**Artículo 1183.**

*Siempre que la cosa se hubiese perdido en poder del deudor, se presumirá que la pérdida ocurrió por su culpa y no por caso fortuito, salvo prueba en contrario, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1.096.*

**Artículo 1184.**

*También quedará liberado el deudor en las obligaciones de hacer cuando la prestación resultare legal o físicamente imposible.*

Visto estos preceptos deberemos tener en cuenta el principio de *rebus sic stantibus*. Con relativa frecuencia, una vez celebrado un contrato, se producen hechos ajenos a la voluntad de las partes contratantes, que alteran sustancialmente las circunstancias contractuales, con la inevitable consecuencia de producirse determinados efectos que atentan contra la debida equivalencia de las prestaciones que surgen del contrato.

---



Estos supuestos de alteración de las circunstancias contractuales originan innumerables problemas que deben ser resueltos por nuestro Ordenamiento Jurídico, con independencia del silencio de la ley o de la previsión de las partes integrantes del contrato.

Ante el advenimiento de estos supuestos, la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha acudido a la denominada “*Cláusula Rebus Sic Stantibus*”, como un instrumento para intentar paliar las consecuencias derivadas del desequilibrio patrimonial producido por la alteración de las circunstancias contractuales.

El Tribunal Supremo, haciendo uso de todas las fuentes del derecho Español y, por tanto, de los Principios Generales del Derecho, concretamente del Principio de Equidad o Equivalencia de las prestaciones ha venido admitiendo una especie de remedio al desequilibrio contractual entendiendo que todo contrato, aun cuando no se diga expresamente, **contiene una cláusula oculta**, la “*Rebus Sic Stantibus*” que en definitiva establece que el resto de las obligaciones derivadas de ese contrato son válidas y vinculan a las partes, en tanto se mantengan las circunstancias iniciales en que se sustentó el contrato. (*contractus qui habent tractum succesivum vel dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelligitur*).

De este modo, cuando se den una serie de circunstancias excepcionales que modifiquen la equivalencia de las prestaciones, el Tribunal Supremo permite que la parte perjudicada pase a admitir la validez del contrato que suscrito, obteniendo de los tribunales, incluso de los árbitros, una especie de compensación o reducción proporcional de sus prestaciones.

Si bien es cierto, que el reconocimiento de esta cláusula, asegura una constante adecuación de los pactos contractuales con el principio general de la buena fe, pilar básico del tráfico jurídico-patrimonial, parece ser que no cohonesta adecuadamente con uno de los principios básicos que nuestra Teoría Contractual establece para la configuración de los contratos: el *pacta sunt servanda* (los pactos deben ser cumplidos).

Por ello, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha admitido la doctrina de la cláusula “*Rebus sic Stantibus*” con extremada cautela y de forma restrictiva por afectar al principio general “*pacta sunt servanda*” y al principio de seguridad jurídica, exigiendo los requisitos siguientes:

1. Entre las circunstancias existentes cuando se celebró el contrato y las





circunstancia a la hora de su cumplimiento, se haya producido una alteración extraordinaria.

2. Que ha consecuencia de esa alteración, se hayan producido una desproporción exorbitante y fuera de todo calculo de las pretensiones convenidas.

3. Que no exista otro medio jurídico para compensar ese desequilibrio. En este sentido el Tribunal Supremo es enormemente restrictivo es decir, casi siempre estima que existe otro mecanismo jurídico de compensación.

4. Que esas nuevas circunstancia fueran del todo imprevisibles para las partes al momento de la celebración del contrato.

5. Que la parte ( la que pida ante el Tribunal o arbitrio) que alguna la aplicación de esta cláusula, tenga buena fe y carezca de culpa.

La virtualidad de la Cláusula “*Rebus Sic Stantibus*”, entendida como adecuación del contenido contractual a las nuevas circunstancias o declaración de su ineficacia para el futuro, no se deriva de pacto contractual alguno, ni procede de la voluntad presuntas de las partes integrantes del contrato, ni es una cláusula pactada convencionalmente por las partes e incorporada al contrato. Se trata de una de las reglas de integración contractual imperativamente previstas por el artículo 1258 del Código Civil, que opera en los contratos de tracto sucesivo.

Así destacamos en este orden dos viejas sentencias del Tribunal Supremos:

- *STS 17 DE MAYO DE 1957: Esta Sentencia establece las siguientes conclusiones en relación con la aplicación de la citada cláusula: A) que la cláusula rebus sic stantibus no esta legalmente reconocida; B) Que, sin embargo, dada su elaboración doctrinal y los principios de equidad a que puede servir, existe una posibilidad de que sea elaborada y admitida por los tribunales; C) Que es una cláusula peligrosa y , en su caso, debe admitirse cautelosamente; D) Que su admisión requiere como premisas fundamentales: a) alteración extraordinaria*



*de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración; b) una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las prestaciones de las partes contratantes que verdaderamente derriben el contrato por aniquilación del equilibrio de las prestaciones, y c) que todo ello acontezca por la sobrevenida de circunstancias radicalmente imprevisibles y E) En cuanto a sus efectos, hasta el presente, le ha negado los rescisorios, resolutorios o extintivos del contrato otorgándole solamente los modificativos del mismo, encaminados a compensar el desequilibrio de las prestaciones.*

- STS 6 JUNIO DE 1959: Que frente al principio tradicional clásico pacta sunt Servanda y la no revisibilidad de las obligaciones, en que se basa toda nuestra legislación desde el ordenamiento de Alcalá, ha obrado la moderna doctrina resucitando la cláusula romana rebus sic stantibus, sus teorías de estabilización tendentes a corregir y compensar las grandes diferencias que la inestabilidad de los cambios y las intensas fluctuaciones de las monedas de la mayor parte de los países originan en los negocios jurídicos, sobre todo los convenios a largo plazo, que divorcian la voluntad originaria de los contratantes de la realidad efectiva al momento de su conservación. Esta sentencia establece que la admisión de la cláusula rebus sic stantibus va a dar lugar a una modificación del contrato, teniendo efectos resolutorios tan solo en supuestos excepcionales, restando a la rebus sic stantibus su cualidad rescisoria y manteniendo el negocio jurídico en toda su integridad, para variar únicamente la parte que había experimentado fluctuación.

En este mismo sentido las STS de 27 de junio de 1984 y 19 de abril de 1985

*SUPLICO AL AYUNTAMIENTO DE XX: Que teniendo por presentado este escrito con los documentos que lo acompañan y su copia lo admita y declare pertinente, tenga por formuladas las manifestaciones que en el mismo se contienen, acuerde la incoación del correspondiente procedimiento para la resolución del contrato administrativo suscrito con fecha 29 de octubre de 2001 entre el Ayuntamiento y la compañía mercantil denominada XX, S.L., para la extracción de áridos por parte de XX S.L. en la finca conocida como la*



*“Alameda del Rio”, La cual se corresponde con la Parcela 288 del Polígono 680 del Término Municipal de xx, y tras los trámites oportunos dicte resolución por la que se autorice a XX, S.L. La extracción en las parcelas colindantes a la finca objeto del contrato el volumen de áridos necesarios para garantizar el mantenimiento y cumplimiento de las condiciones y pactos establecidos en el mismo, volumen ascendente a la cifra de 966.900 m3. SUBSIDIARIAMENTE, y para el caso de que no fuese estimada la petición que antecede interesa igualmente al derecho de esta parte se dicte resolución por la que se acuerde la resolución del citado contrato e indemnizar a AGLOMERADOS Y CONSTRUCCIONES AFRA, S.L. en la cantidad de 1.812.937,50 Euros, en concepto de resarcimiento de los daños y perjuicios derivados de la imposibilidad de cumplir el mismo en los términos pactados.*

Visto todos los datos, normativa y hechos aquí recogidos, por parte de esta Oficialía se llegan a las siguientes

#### CONCLUSIONES:

**PRIMERA.**-La norma aplicable a la preparación y adjudicación del contrato debió ser el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y no la Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas.

**SEGUNDA.**-El contrato en cuestión no es administrativo, ni siquiera administrativo especial, sino de derecho privado. En consecuencia con ello, los efectos y extinción se regulan por las normas de derecho privado y las cuestiones litigiosas derivadas de las mismas deberán resolverse ante la jurisdicción civil.

**TERCERA.**-No se trata de un aprovechamiento especial de bienes de dominio público sino de un arrendamiento de un bien patrimonial

**CUARTA.**-Dada la confusión de documentos aportados para la identificación y superficie de la finca objeto del contrato, se recomienda al Ayuntamiento acredite documentalmente e identifique dicha finca así como que compruebe la superficie real de la misma después del deslinde del DPH.

**QUINTA.**-El deslinde aprobado declara la posesión y la titularidad dominical a favor del Estado, sin que el mismo sea competencia del Ayuntamiento y sin que éste haya



intervenido como Administración pública investida de prerrogativas espaciales.

**SEXTA.**-El contratista pretendió mediante recurso contencioso administrativo contra deslinde del DPH, y planteado ante el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, obtener de éste tanto la declaración de la vigencia del contrato con el Ayuntamiento como indemnización por la pérdida **sentencia** de 21 de mayo de 2009.

**SÉPTIMA.**-Las dos únicas soluciones posibles ante la realidad incuestionable de la merma de la superficie objeto del contrato como consecuencia del deslinde I DPH es o la resolución del contrato sin contraprestación ni indemnización por ninguna de las partes, o la adecuación del contrato a la realidad física de la finca, es decir la modificación del contrato en cuanto a la superficie objeto de explotación y el establecimiento de un nuevo precio adecuado a esta nueva superficie susceptible de explotación.

Badajoz, mayo de 2012