



*ASUNTO: CONTRATACIÓN/ARRENDAMIENTOS*

**Régimen jurídico sobre validez de contratos de arrendamiento otorgados por una Sociedad Mercantil Municipal, referidos a una finca rústica de su propiedad y a cuatro pozos de titularidad del Ayuntamiento.**

**164/13**

FD

\*\*\*\*\*

**INFORME**

**I. ANTECEDENTES.**

Según los datos aportados por el Ayuntamiento referenciado, los antecedentes del asunto objeto del presente informe, de manera resumida, son los siguientes:

- Con fecha x de febrero de 2013, tiene entrada en la Oficialía Mayor escrito del Ayuntamiento de XX, mediante el que se solicita "... informe jurídico sobre los extremos que se indican de los asuntos siguientes:
- Contrato de arrendamiento de finca rústica propiedad de la sociedad Mercantil Municipal Granjeña de Desarrollo, S.A.U.: Régimen Jurídico de dicho contrato y validez o invalidez del mismo.
- Contrato de arrendamiento de pozos de titularidad del Ayuntamiento realizado por dicha sociedad: Régimen Jurídico de dicho contrato y validez o invalidez del mismo."



Junto con la solicitud de informe, se remite copia de la documentación siguiente:

- Escritura pública de elevación a público de contrato de arrendamiento rústico nº X, otorgada con fecha, X de junio de 2011, ante el notario, Don XX.
- Contrato de disposición y utilización de cuatro pozos, formalizado con fecha, X de marzo de 2011.
- Notificación de Resolución de la Presidencia de la Confederación Hidrográfica del Guadiana (CHG) de X/11/2011, sobre expediente de reconocimiento de derechos sobre aguas privadas existentes con anterioridad a X/01/1986, para 6 captaciones (tomas nº 1, 2, 4, 5, 10 y 11), a favor del Ayuntamiento de XX, para el uso nº 1, abastecimiento (2.406 habitantes), con un volumen máximo anual de 131.728,5 metros cúbicos.
- Por último, con fecha X/06/2013, se reciben copias de las escrituras públicas de constitución de la sociedad municipal (nº X, de X de mayo de 2004) y de subsanación de la anterior (nº X, de X de octubre de 2004).

## **II. LEGISLACIÓN APLICABLE.**

- Constitución Española de 1978 (CE).
  - Código Civil (CC).
  - Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LBRL).
  - Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril (TRRL).
  - Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), vigente hasta el 16 de diciembre de 2011 y, por tanto, en el momento de celebración del contrato.
  - Ley 33/2004, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP).
-



- Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC).
- Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio (TRLA).
- Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por el real Decreto 1372/1986, de 13 de junio (RBEL).
- Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por el Decreto de 17 de junio de 1955 (RSCL).
- Reglamento de Dominio Público Hidráulico, aprobado por el Real Decreto 849/1986, de 11 de abril (RDPH).

### III. FONDO DEL ASUNTO.

1º—. A la vista de las escrituras de constitución de la sociedad municipal, se deduce que la finca rústica objeto del contrato de arrendamiento le pertenece como bien patrimonial, habiendo sido entregada a la sociedad como aportación de capital en el momento de su constitución.

No ocurre lo mismo con los pozos, respecto de los que el ayuntamiento ha informado que su aprovechamiento le corresponde en virtud de la Resolución de la CHG de 16/11/2011, sin que se haya adoptado acuerdo ni acto alguno de cesión de los derechos a la sociedad ni para uso distinto; tampoco se ha instado ante el organismo de cuenca la modificación de la concesión en cuanto a su titularidad o a su uso.

2º—. Contrato de arrendamiento de finca rústica propiedad de la Sociedad Mercantil Municipal Granjeña de Desarrollo, S.A.U.: Régimen Jurídico de dicho contrato y validez o invalidez del mismo.

2.1. Al pertenecer la finca a la sociedad en virtud de aportación de capital que realizó el Ayuntamiento, su régimen jurídico será el propio de los bienes patrimoniales de las entidades locales. Por lo que hace a la capacidad dispositiva que sobre tales bienes pueda tener la sociedad municipal, según se establece en la propia escritura "... se efectúa en pleno dominio, con todos sus derechos inherentes y accesorios, y en concepto de libre de toda carga, gravamen o arrendamiento, responsabilidad o afección." Siendo su régimen

---



jurídico el propio de los bienes patrimoniales de las entidades locales, su aprovechamiento y explotación es el regulado en los artículos 106.1 y 107.1 de la LPAP (preceptos de carácter básico en virtud de lo dispuesto en el apartado 5 de su Disposición Final Segunda), 83 del TRRL y 92 del RBEL, preceptos que remiten a la normativa reguladora de la contratación administrativa. La regla general será la de adjudicación por concurso; más discutible es el empleo de la subasta, que podría ser justificable en aquellos supuestos en los que la única finalidad que se persigue es la obtención de recursos. En todo caso, el ámbito de la adjudicación directa resulta muy restringido y aplicable sólo en aquellos supuestos en los que lo justifiquen "... las peculiaridades del bien, la limitación de la demanda, la urgencia resultante de acontecimientos imprevisibles o la singularidad de la operación, ..." (artículo 107.1 de la LPAP).

2.2. En relación con el eventual procedimiento de contratación, se suscitan cuestiones diversas derivadas de los ámbitos subjetivos y material del TRLCSP y de la naturaleza privada que tiene el contrato en cuestión para la misma. Conforme al artículo 3.1 del LCSP, se considera que forman parte del sector público "d) Las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de entidades de las mencionadas en las letras a) a f) del presente apartado sea superior al 50%." Sin embargo, en los términos de los apartados 2 y 3 del mismo precepto, las sociedades mercantiles no son a efectos del LCSP ni administración pública ni poder adjudicador. Como consecuencia de ello, para la adjudicación de sus contratos la sociedad mercantil municipal estará a lo dispuesto en el artículo 176 del LCSP, que en todo caso exige la aplicación de los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación (apartado 1), que la adjudicación recaiga en la oferta económicamente más ventajosa (apartado 2), y la existencia de unas instrucciones internas en materia de contratación (apartado 3).

2.3. El artículo 4.1 del LCSP excluye expresamente el contrato de arrendamiento de bienes inmuebles de su ámbito material. Pero el apartado 2 del mismo precepto señala que tales contratos (los excluidos de su ámbito de aplicación) se regularán por sus normas especiales (en nuestro caso los ya citados 106.1 y 107.1 de la LPAP, 83 del TRRL y 92 del RBEL) y añade que son aplicables "... los principios de esta Ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse."

---



2.4. Además, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 20.1 del LCSP, el contrato celebrado por la sociedad municipal tiene carácter privado. Por tanto, resulta de aplicación la regla del apartado 2 del mismo precepto, cuya parte primera remite a la propia norma a los efectos de su preparación y adjudicación, en tanto que determina que sus efectos y extinción se regirán por el derecho privado. Por ello, no es en vano, que el precepto siguiente, artículo 21, en su apartado 2, prevea expresamente que “2. El orden jurisdiccional civil será el competente para resolver las controversias que surjan entre las partes en relación con los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos privados. Este orden jurisdiccional será igualmente competente para conocer de cuantas cuestiones litigiosas afecten a la 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.”

2.5. Llegado este punto, debe señalarse que la validez o invalidez del contrato de arrendamiento dependerá de la adecuación del mismo, en su formación y en su contenido, a las normas que lo regulan. Pero no toda irregularidad del contrato conlleva su invalidez. Las principales modalidades de la invalidez de los contratos (o de la nulidad en sentido amplio) son la nulidad de pleno derecho y la anulabilidad. Su determinación se realizará de conformidad con la regulación de los artículos 6.3 y 1.300 a 1.314 del CC y 31 y siguientes del LCSP.

Por lo que atañe a su preparación o adjudicación, va a depender de si se han seguido o no las normas y procedimientos preceptivos, lo que deberá realizarse a la luz de los antecedentes de que disponga el Ayuntamiento. A este respecto, la escritura constitutiva de la sociedad municipal, en el otorgamiento Primero, párrafo tercero, establece expresamente que “La Sociedad se regirá por las disposiciones legales y reglamentarias imperativas y por los Estatutos Sociales.”

En la escritura de elevación a público del contrato de arrendamiento, se advierte un defecto de carácter formal que seguramente ya ha sido salvado, y es que el contrato se otorga por la Sra. Tejada Barragán en nombre y representación de la empresa municipal y también en nombre de la otra parte del contrato en virtud de mandamiento verbal, sin que conste si la representación ha sido ratificada o se ha presentado el pertinente apoderamiento; no obstante se advierte que este vicio, como consta en la

---



propia escritura, es de ineficacia, no de invalidez, y referido exclusivamente a la escritura pública, ya que el contrato de arrendamiento fue celebrado con la participación de ambas partes. En cuanto a su contenido, se detectan al menos los siguientes vicios:

- La cláusula segunda, podría vulnerar lo establecido en el artículo 106.3 de la LPAP (precepto que, si bien no tiene carácter básico, es de aplicación supletoria), que establece el plazo máximo del arriendo en 20 años, incluidas las prórrogas, plazo que puede ser ampliado cuando concurren "... causas excepcionales debidamente justificadas."

- La cláusula quinta, podría vulnerar el artículo 92.2 del RBEL, que exige que el usuario satisfaga un "2. En todo caso, el usuario habrá de satisfacer un canon no inferior al 6 por 100 del valor en venta de los bienes." El tono imperativo de la norma no ofrece lugar a dudas y sobre la vigencia del citado precepto, la Junta Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, en su informe 2/2009, de 6 de noviembre, sostiene que "... se considera que el hecho de que el procedimiento de adjudicación pondere otros criterios además del precio no impide que resulte de aplicación lo dispuesto en el artículo 92.2 del RBEL, y que en consecuencia se mantenga la exigencia para cualquier forma de cesión de uso de los bienes patrimoniales de satisfacer un canon no inferior al 6 por cien del valor del bien." En relación con ello, se recuerda que en las escrituras de constitución y modificación de la sociedad consta informe de perito independiente, emitido con fecha 23/08/2004, que establece el valor de mercado en 92.218,50 euros (con lo que el canon anual debería fijarse al menos en 5.533,11 euros). Desde luego es indudable que el precio es ostensiblemente menor durante los tres primeros años, en los que la renta anual es de 100 euros, lo que supone que el valor en venta de la finca (30 hectáreas de árboles frutales y barbecho) debería ser igual o inferior a 1.666,67 euros. Transcurrido esos tres primeros años, se deja la determinación de la renta al albur del eventual resultado de un complejo sistema de estimación directa, al que se remite a tales efectos, cuyo resultado es a todas luces incierto.

**3º—** Contrato de arrendamiento de pozos de titularidad del Ayuntamiento realizado por dicha sociedad: Régimen Jurídico de dicho contrato y validez o invalidez del mismo.

3.1. Esta cuestión, atiende primeramente a un distinto orden normativo, el relativo al dominio público hidráulico, contenido principalmente en el Texto

---



Refundido de la Ley de Aguas y en su Reglamento de desarrollo. Es el artículo 1.3 del TRLA el que establece que “Las aguas continentales superficiales, así como las subterráneas renovables, integradas todas ellas en el ciclo hidrológico, constituyen un recurso unitario, subordinado al interés general, que forma parte del dominio público estatal como dominio público hidráulico.” La integración de las aguas en el ciclo hidrológico da lugar a su incorporación legal al dominio público hidráulico estatal, por la notable importancia del interés general llamado a proteger. Así, el artículo 2 del TRLA incluye en el dominio público hidráulico del Estado “a) Las aguas continentales, tanto las superficiales como las subterráneas renovables con independencia del tiempo de renovación.” La gestión de este importante recurso requiere una especial atención, exigiendo por ello el artículo 14 del TRLA su sometimiento, entre otros, a los principios de “Unidad de gestión, tratamiento integral, economía del agua, desconcentración, descentralización, coordinación, eficacia y participación de los usuarios.” y reservando al Estado la función de otorgar las concesiones y autorizaciones referentes al dominio público hidráulico en las cuencas hidrográficas que excedan del ámbito territorial de una sola Comunidad Autónoma (artículo 17, apartados c y d del TRLA), que ha sido atribuida a los correspondientes organismos de cuenca (en nuestro caso, la Confederación Hidrográfica del Guadiana), por el artículo 24.a) del tan citado TRLA.

Conforme al artículo 52.1 del TRLA, todo uso privativo del dominio público hidráulico requiere su previa adquisición bien por disposición legal bien por concesión administrativa y, conforme al artículo 59.1 del TRLA, el aprovechamiento privativo obtenido el Ayuntamiento se limitará a la concesión administrativa, en cuyo otorgamiento, el artículo 60 del TRLA, impone que se observe el orden de preferencia y confiere prioridad absoluta a los aprovechamientos con destino al abastecimiento de las poblaciones, ya que pese a que ese orden puede ser alterado por el Plan Hidrológico de la cuenca correspondiente, deberá respetar en todo caso la supremacía del uso de abastecimiento. El organismo de cuenca ha reconocido a favor del Ayuntamiento y para uso exclusivo de abastecimiento de derechos de aprovechamiento de seis captaciones, con fundamento en el régimen especial regulado en las Disposiciones Transitorias Segunda, Tercera y Cuarta del TRLA, toda vez que ha acreditado su existencia anterior al 01/01/1986, procediendo a su consiguiente anotación en el Catálogo de Aguas Privada,

---



determinando tanto sus características como las condiciones a las que quedan sometidas.

3.2. Con independencia del régimen del dominio público hidráulico, según se desprende del contenido de la Resolución de CHG de 16/11/2011, los derechos reconocidos ha sido otorgados a favor del Ayuntamiento para uso exclusivo de abastecimiento de la población, quedando integrados tales derechos en su patrimonio. Por lo que, conforme a los artículos 79.3 de la LBRL, 74.2 del TRRL y 2, apartados 1 y 2, y 5 del RBEL, las captaciones y sus aprovechamientos quedan calificados como bienes de servicio público, siendo por tanto su régimen jurídico el propio de esta clase de bienes.

3.3. El régimen de utilización de los bienes de servicio público viene establecido en los artículos 84 de la LPAP (precepto de carácter básico en virtud de lo dispuesto en el apartado 5 de su Disposición Final Segunda), 74 del RBEL y 113 y siguientes del RSCL. No habiendo adoptado el Ayuntamiento acto alguno de cesión de los derechos a favor de la sociedad municipal, no puede considerarse válida la inclusión de los pozos en el contrato de arrendamiento, porque lo prohíbe el citado artículo 84 de la LPAP al establecer que “1. Nadie puede, sin título que lo autorice otorgado por la autoridad competente, ocupar bienes de dominio público o utilizarlos en forma que exceda el derecho de uso que, en su caso, corresponde a todos.”

3.4. Asimismo, se ha vulnerado el régimen de utilización de los bienes de servicio público que, si bien permite el arrendamiento de las instalaciones, lo es, conforme al artículo 138.1 del RSCL, a los exclusivos efectos de la prestación del servicio mismo, en este caso el abastecimiento de agua de la población. Aquí, lo que se está haciendo es un uso de carácter patrimonial de un bien de servicio público sin haber llevado a cabo la preceptiva desafectación del mismo y, además, por una sociedad que, pese a ser de titularidad municipal, carece de título para ello.

3.5. Por último, se han vulnerado las condiciones para la inscripción de derechos sobre aguas privadas establecidas expresamente en la Resolución de la CHG de X/11/2011. En concreto, el apartado 1º prohíbe la variación de las características del aprovechamiento o dedicar las aguas a otro fin o uso distinto de los existentes con anterioridad a X/01/1986, lo que se ha llevado a cabo al realizarse el uso por persona distinta al propio Ayuntamiento y al permitirse el uso de riego cuando el único amparado es el de abastecimiento.

---





3.4. Todas estas circunstancias podrían lugar a la invalidez del uso otorgado por la Sociedad Mercantil Municipal Granjeña de Desarrollo, S.A.U., a favor del arrendatario. Si así lo apreciara el Ayuntamiento, estaría en condiciones de ejercitar las acciones administrativas y jurisdiccionales que estime conveniente, tanto contra la usurpación de las captaciones como contra los actos de disposición que han alterado su régimen, características o usos.

Badajoz, junio de 2013.