



*ASUNTO: Contrato privado/Explotación de pastos*

**Contrato de derecho privado de explotación de pastos en  
finca patrimonial.**

**239/13**

FC

\*\*\*\*\*

**INFORME**

**I. HECHOS. ANTECEDENTES**

Arrendamiento de pastos en finca patrimonial. Se excluyó a un licitador por impago de parte de la renta del ejercicio anterior. Se ha presentado por aquel recurso de reposición contra la exclusión del proceso de licitación.

**II. LEGISLACIÓN APLICABLE**

- Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), aprobado por RD legislativo 3/2011.
- Ley 33/2003, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP)
- Reglamento General de la Ley Patrimonio de las Administraciones Públicas, aprobado RD 1373/2009, de 28 de agosto (RGLPAP)



- Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por RD 1372/1986 (RBEL)
- Ley 58/2003, General Tributaria (LGT)

### III. FONDO DEL ASUNTO

1. RÉGIMEN DEL CONTRATO.-La Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su Informe 25/08, de 29 de enero de 2009 entiende que el régimen jurídico aplicable a los procedimientos y formas de adjudicación de los contratos patrimoniales celebrados por una entidad local como consecuencia de quedar los mismos excluidos del ámbito de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público por su artículo 4.1 p) (correspondiente exactamente también con el artículo 4.1.p del TRLCSP), es el que resulta de las normas establecidas en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP) y de las normas que la complementan y, en especial, por el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales (RBEL), así como, en su caso, por las normas promulgadas sobre tal materia por las Comunidades Autónomas respecto de las normas declaradas no básicas, siendo de aplicación las normas sobre preparación y adjudicación de contratos de la Ley 30/2007, hoy Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) aprobado por RD legislativo 3/2011, cuando las normas patrimoniales así lo expresen.

Por tanto, en primer lugar, y por lo que al tipo de contrato se refiere, debemos acudir al artículo 4.1 p) del TRLCSP, que excluye de su ámbito de aplicación a “Los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, valores negociables y propiedades incorpóreas, a no ser que recaigan sobre programas de ordenador y deban ser calificados como contratos de suministro o servicios, que tendrán siempre el carácter de contratos privados y se regirán por la legislación patrimonial.” Añadiendo el apartado segundo de dicho precepto que “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.”.

Por su parte, el artículo 20.2 del TRLCSP determina que “Los contratos privados se regirán, en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de

---



normas específicas, por la presente ley y sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo o, en su caso, las normas de derecho privado, según corresponda por razón del sujeto o entidad contratante. En cuanto a sus efectos y extinción, estos contratos se regirán por el derecho privado.”

De este modo, el artículo 106 de la 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP), declarado como legislación básica por su Disposición Final Segunda determina: “La explotación de los bienes o derechos patrimoniales podrá efectuarse a través de cualquier negocio jurídico, típico o atípico.” Asimismo, el artículo 107.1 de dicha Ley, también legislación básica, establece que “los contratos para la explotación de los bienes y derechos patrimoniales se adjudicarán por concurso salvo que, por las peculiaridades del bien, la limitación de la demanda, la urgencia resultante de acontecimientos imprevisibles o la singularidad de la operación, proceda la adjudicación directa. Las circunstancias determinantes de la adjudicación directa deberán justificarse suficientemente en el expediente.”

Por consiguiente, teniendo en cuenta los preceptos citados, deberemos llegar a las siguiente conclusiones:

Es un contrato privado excluido del ámbito de aplicación del TRLCSP, no obstante se aplicarán los principios del TRLCSP para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse

Su adjudicación debe llevarse a cabo mediante concurso, es decir, y en la terminología del TRLCSP, procedimiento abierto con varios criterios de adjudicación.

Sus efectos y extinción se rigen por el derecho privado y no por TRLCSP.

Examinado el Pliego de Cláusulas Administrativas que ha regido en la licitación promovida por el Ayuntamiento observamos que en su cláusula segunda se establece que el procedimiento de adjudicación será el concurso. Sin embargo no contiene este pliego ningún criterio de valoración de las ofertas; limitándose a decir en su cláusula quinta “La adjudicación recaerá en el licitador que haga la mejor oferta en cada lote”. Ya en el acta de la Mesa de Contratación comprobamos cómo el único criterio de adjudicación parece que haya sido el precio; hecho que convierte al procedimiento en subasta y que, por consiguiente, contraviene lo establecido en el artículo 107.1 de la LPAP.

---



Ahora bien, dicho esto, conviene recordar que Desde el punto de vista del desarrollo reglamentario del mencionado artículo 107.1 de la LPAP, el RD 1373/2009, de 28 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, en su artículo 82 respecto al procedimiento de adjudicación directa determina que en el procedimiento de adjudicación directa de la explotación, deberá aportarse al expediente una memoria que justifique los motivos que aconsejan la explotación del bien o derecho, así como las causas por las que se acude a su adjudicación directa, previo informe, en su caso, de los servicios técnicos correspondientes. A dicha memoria se unirá la documentación relativa a la personalidad y capacidad de quien interesa la explotación, y en su caso, de su representante; la identificativa del bien o derecho, tanto técnica como jurídica, incluyendo en su caso las certificaciones registral y catastral; y las condiciones de la explotación, con expresa mención del precio o de la renta derivada de la explotación, determinados de conformidad con lo previsto en el art. 114 de la Ley. La propuesta de resolución incorporará las citadas condiciones, que deberán ser previamente aceptadas por el interesado, y se someterá a informe del órgano al que corresponda el asesoramiento jurídico, así como al de la Intervención General.”

Por su parte, los artículos 97 a 99 del Reglamento de Bienes se refieren a la adjudicación de «lotes o suertes», que nosotros consideramos deben recogerse, junto con las justificaciones correspondientes a la utilización del sistema tradicional seguido en ese municipio en la correspondiente Ordenanza, si existiere o en su caso la que hubiera de aprobarse, recogiendo como decimos en la misma dichas peculiaridades tradicionales, complementándolas con la regulación contenida en el Decreto 1256/1969, 6 Junio de Pastos, hierbas y rastrojeras, y dando prevalencia en todo caso, a la costumbre y tradición local, las cuales son el fundamento a toda limitación de concurrencia, como reiteradamente tiene declarado el Tribunal Supremo ( SSTS de 17 de mayo de 1969; 11 de mayo de 1968; 17 de mayo de 1982; 3 de diciembre de 1956 y 25 de octubre de 1995).

2. DEUDAS DERIVADAS DE LA EJECUCIÓN DE UN CONTRATO PRIVADO Y LAS PROHIBICIONES DE CONTRATAR DEL TRLCSP.-El artículo 60. 1 d) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por RD legislativo 3/2011, establece como una de las prohibiciones para contratar con el sector público “No hallarse al corriente en el cumplimiento de las

---



obligaciones tributarias o de Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes, en los términos que reglamentariamente se determinen.”

La Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT), en su artículo 2.1. define a los tributos como “ingresos públicos que consisten en prestaciones pecuniarias exigidas por una Administración pública como consecuencia de la realización del supuesto de hecho al que la Ley vincula el deber de contribuir, con el fin primordial de obtener los ingresos necesarios para el sostenimiento de los gastos públicos.”

Así mismo, el apartado segundo del mencionado precepto nos dice :“Los tributos, cualquiera que sea su denominación, se clasifican en tasas, contribuciones especiales e impuestos”.

Por consiguiente, y como **CONCLUSIÓN**, las deudas que los particulares tengan con el Ayuntamiento como consecuencia de la ejecución de un contrato privado, ni tienen la consideración de ingresos de derecho público conforme determina el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por RD legislativo 2/2004, ni constituyen un tributo. Consecuencia de ello es que con arreglo a lo establecido en el arriba mencionado artículo 60 del TRLCSP, la existencia de deuda con el Ayuntamiento derivada de un contrato privado no constituye una prohibición de contratar.

3. MODIFICACIÓN DEL PLIEGO EN EL MOMENTO DE LA CELEBRACIÓN DE LA MESA DE CONTRATACIÓN.-Examinada el acta de la Mesa de contratación se observa que contiene el siguiente texto “... el Sr. Alcalde hace constar que su equipo de gobierno ha decidido que se incorpore una cláusula en este pliego en el que hay que estar al corriente de pagos con el Ayuntamiento para poder participar en el concurso”. Al margen de lo argumentado en el punto anterior sobre las causas de prohibición de contratar, el pliego de cláusulas puede ser modificado con posterioridad a su aprobación y publicación e incluso estando abierta la fase de licitación, pero en ningún caso puede ser modificado una vez cerrado el plazo de presentación de ofertas y menos en el mismo acto de apertura de éstas. Tal modo de proceder atenta contra el principio de seguridad jurídica, al margen de que de esta concreta actuación pudiera deducirse la intención de excluir a un licitador concreto que, al parecer, tiene una deuda con el Ayuntamiento derivada del contrato del ejercicio anterior; con lo que podríamos estar en presencia de una desviación

---



de poder (ejercicio de las potestades administrativas, para fines distintos de los fijados en el Ordenamiento jurídico)

4. EXIGIBILIDAD DE LAS DEUDAS DERIVADAS DE LOS CONTRATOS PRIVADOS CELEBRADOS POR LAS ADMINISTRACIONES.-Como hemos indicado en el punto primero del presente informe, de acuerdo con lo determinado en el artículo 20 del TRLCSP los contratos privados que celebren las Administraciones públicas se registrarán en cuanto a sus efectos y extinción por el derecho privado. Quiero ello decir que cualquier deuda que tuviera el particular con el Ayuntamiento como consecuencia del impago de parte o todo el importe de la renta establecida deberá dilucidarse bien por vía transaccional o, en el supuesto de que tras los requerimientos oportunos éste no satisficiera la deuda en cuestión, ante los tribunales ordinarios. Ningún efecto, como hemos venido sosteniendo, debe tener esta supuesta deuda sobre contratos futuros.

5. RESPONSABILIDAD A QUE ESTÁ AFECTA LA GARANTÍA DEPOSITADA POR LOS ADJUDICATARIOS.-El artículo 100 del TRLCSP establece que la garantía responderá de los siguientes conceptos:

- a) De las penalidades impuestas al contratista conforme al artículo 212.
- b) De la correcta ejecución de las prestaciones contempladas en el contrato, de los gastos originados a la Administración por la demora del contratista en el cumplimiento de sus obligaciones, y de los daños y perjuicios ocasionados a la misma con motivo de la ejecución del contrato o por su incumplimiento, cuando no proceda su resolución.
- c) De la incautación que puede decretarse en los casos de resolución del contrato, de acuerdo con lo que en él o en esta Ley esté establecido.
- d) Además, en el contrato de suministro la garantía definitiva responderá de la inexistencia de vicios o defectos de los bienes suministrados durante el plazo de garantía que se haya previsto en el contrato.

En todo caso, y sin olvidar que estamos ante un contrato privado, hay que tener en cuenta que el propio Pliego de Cláusulas queda claro la obligación de abonar en concepto de fianza el 10% del precio de adjudicación; estando, por otra parte obligado el adjudicatario, entre otras, a reparar los daños que cause en la finca, tales como la alambrada.

---



Queda por tanto clara la obligación de depositar el 10 % del importe de adjudicación en concepto de fianza, así como el precio de adjudicación, dividido éste último en dos pagos: el 50% a los diez días de la adjudicación y el otro 50% a la terminación del contrato. Por consiguiente, la garantía no queda incorporada como pago del 10 % del precio del contrato. Sin embargo, y así lo viene a afirmar la Secretaria de la Corporación, siendo cierto esto último, debería exigirse por igual a todos los licitadores; cuestión que al parecer no se viene haciendo. Tal modo de proceder es arbitrario y atenta tanto contra el principio de confianza legítima como contra el de igualdad.

Por consiguiente, o se considera que el reclamante depositó la garantía definitiva y que su importe se detrae del total del precio de adjudicación o se exige de todos los licitadores el mismo trato; es decir, abono del 10% en concepto de fianza y 100 % del pago del precio de licitación.

En cuanto a los desperfectos que al parecer se han causado en la alambrada, no queda clara la autoría de la misma. Sería discrecional y arbitrario que el Ayuntamiento la imputara sin pruebas al arrendatario afectado. No olvidemos, tal como hemos venido afirmando que estamos en presencia de un contrato de derecho privado y que los efectos y extinción se dirimen ante la jurisdicción ordinaria. Así, si no queda acreditado la autoría de los daños a la alambrada y negando el arrendatario que hubiese sido él el responsable, no debe aplicarse la garantía a estos efectos. Debiéndose proceder a su exigencia en vía judicial con la aportación de las pruebas que en su caso correspondan; salvo que media previo acuerdo entre ambas partes .

6. RECURSO DE REPOSICIÓN PRESENTADO POR EL ARRENDATARIO DE UNO DE LOS LOTES.-Con fecha de entrada en el Ayuntamiento de 16 de octubre de 2013, se ha presentado por el arrendador afectado, a la sazón licitador rechazado por presunta deuda al Ayuntamiento derivada de la ejecución del contrato. Mediante referenciado recurso solicita la anulación de todo el proceso de licitación o, en su defecto, de la parte que a él le afecta por haber sido rechazada su oferta .

De todo lo argumentado hasta aquí extraemos como una de las conclusiones que la introducción en el pliego de una nueva cláusula por la que excluiría a todo licitador que no estuviera al corriente de todo tipo de pagos con el Ayuntamiento, es absolutamente extemporánea, antijurídica y con cierto matiz voluntariamente discriminatorio. Consecuentemente con todo ello tal cláusula

---



se debe tener por no introducida y regir el pliego que en su día el órgano de contratación aprobó.

Los efectos de lo anterior es que deben retrotraerse las actuaciones de apertura de ofertas al momento inicial de la misma, considera válidas las propuestas de adjudicación realizadas por la mesa del resto de lotes y admitir la presentada por el recurrente; que por otro lado parece que sea el único licitador para ese lote. Así pues, si su oferta está dentro de los parámetros establecidos en el pliego, debe ser admitida y procederse por la Mesa a realizar propuesta de adjudicación en su favor del lote en cuestión por el precio que oferta. Siguiéndose a continuación con el resto de trámites hasta llegar a la adjudicación y firma del correspondiente contrato.

Badajoz, octubre de 2013