INFORME 12/2019, DE 9 DE JUNIO DE 2021, SOBRE EL ALCANCE DE LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVA CONTRACTUAL A LOS NEGOCIOS JURÍDICOS PATRIMONIALES.

I – ANTECEDENTES

El Presidente de la Excma. Diputación Provincial de Málaga solicita informe a esta Comisión Consultiva de Contratación Pública en los siguientes términos:

"La Presidencia de la Excma. Diputación Provincial de Málaga, en virtud de los artículos 11.2 y 2 del Decreto 93/2005, de 29 de marzo, solicita informe a esta Comisión Consultiva de Contratación Administrativa adscrita a la Dirección General de Patrimonio de la Junta de Andalucía en atención a las consideraciones que a continuación se indican:

A) Visto el ordenamiento jurídico vigente que regula las disposiciones sustantivas-materiales y procedimentales de la actividad patrimonial de las Entidades Locales Andaluzas, esta Excma. Diputación Provincial de Málaga, en virtud de los negocios jurídicos patrimoniales que viene instrumentando, se plantea el grado y alcance de aplicación a los mismos de la actual normativa contractual, constituida hoy por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

Aclarar el alcance de la aplicación de la normativa contractual a los negocios jurídicos patrimoniales vendría a solventar gran parte de las dudas que a esta Administración le surge en esencia con las novedades introducidas por la citada LCSP y que se irán analizando a continuación.

B) Para una mejor compresión sistemática de la presente consulta la misma se aborda fundándola en primer lugar en el marco normativo vigente aplicable a la actividad patrimonial de las Entidades Locales, seguido del alcance de la aplicación de la LCSP y de las interpretaciones que vienen haciendo las distintas Juntas Consultivas de Contratación Administrativa.

1.- MARCO NORMATIVO.

El régimen jurídico aplicable en materia de bienes a las Entidades Locales Andaluzas viene regulado por las siguientes normas:

1. En materia Patrimonial

**Ley de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía 7/99, de 29 de septiembre –LBELA- y su Reglamento de desarrollo, Decreto 18/2006, de 24 de enero –RBELA-:*

-Art. 1.1 del RBELA:

"El patrimonio de las Entidades Locales de Andalucía está constituido por el conjunto de bienes, derechos y acciones que, por cualquier título, les pertenezcan, sometiéndose su régimen jurídico a la prelación de normas establecida en el artículo 1.2 de la Ley 7/1999, de 29 de septiembre, de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía, y en su caso, a las normas de derecho privado cuando les sean de aplicación".

La prelación de normas establecidas en el artículo 1.2 de la LBELA fue derogada por el número 1, apartado 4º del artículo 1 de la Disposición Derogatoria Única de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía.

Dicho precepto contenía la siguiente redacción:

"Los bienes que integran el patrimonio de las entidades locales se rigen por la presente Ley, por el reglamento que la desarrolle y por las ordenanzas propias de cada entidad, sin perjuicio de la Legislación básica del Estado que, en su caso, resulte de aplicación".

**Ley 7/85, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, que con ocasión de los bienes patrimoniales dispone en su artículo 80.2 lo siguiente:*

"Los bienes patrimoniales se rigen por su legislación específica y, en su defecto, por las normas de Derecho Privado".

** Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, cuyos artículos 1.2 y 3 disponen:*

"El régimen de bienes de las Entidades Locales se regirá:

1. *Por la legislación básica del Estado en materia de régimen local.*
2. *Por la legislación básica del Estado reguladora del régimen jurídico de los bienes de las Administraciones Públicas.*
3. *Por la legislación que en el ámbito de sus competencias dicten las Comunidades Autónomas.*
4. *En defecto de la legislación a que se refieren los apartados anteriores, por la legislación estatal no básica en materia de régimen local y de bienes públicos.*
5. *Por las Ordenanzas propias de cada Entidad Local.*
6. *Supletoriamente por las restantes normas de los ordenamientos jurídicos, administrativos y civil.*

En todo caso, se aplicará el derecho estatal de conformidad con el artículo 149.3 de la Constitución".

** Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas –LPAP-, que enumera la normativa de aplicación en función de la naturaleza jurídica de los bienes que regule, siendo ésta:*

-Art. 5.4 "Bienes y derechos de dominio público o demaniales", precepto de aplicación general al amparo del artículo 149.1.8º de la C.E en virtud del apartado 2 de la Disposición Final Segunda de la citada LPAP y que dispone:

"Los bienes y derechos de dominio público se regirán por las leyes y disposiciones especiales que les sean de aplicación y, a falta de normas especiales, por esta ley y las disposiciones que la desarrollen y la complementen. Las normas generales del derecho administrativo y, en su defecto, las normas del derecho privado, se aplicarán como derecho supletorio".

-Art. 7.3 "Bienes y derechos de dominio privado o patrimoniales", precepto de aplicación supletoria, dispone que:

"El régimen de adquisición, administración, defensa y enajenación de los bienes y derechos patrimoniales será el previsto en esta ley y en las disposiciones que la desarrollen o complementen. Supletoriamente, se aplicarán las normas del derecho administrativo, en todas las cuestiones relativas a la competencia para adoptar los correspondientes actos y al procedimiento que ha de seguirse para ello, y las normas del Derecho privado en lo que afecte a los restantes aspectos de su régimen jurídico".

<u>2. En materia contractual</u>

La vigente Ley de Contratos del Sector Público también trata los negocios jurídicos patrimoniales excluyéndolos de su ámbito de aplicación y remitiendo en primera instancia su regulación a la legislación patrimonial y específica, al decir:

-Art. 9.2 "Relaciones jurídicas, negocios y contratos excluidos en el ámbito del dominio público y en el ámbito patrimonial":

"Se encuentran excluidas de la presente Ley las autorizaciones y concesiones sobre bienes de dominio público y los contratos de explotación de bienes patrimoniales distintos a los definidos en el artículo 14, que se regularán por su legislación específica salvo en los casos en que expresamente se declaren de aplicación las prescripciones de la presente Ley".

"Quedan, asimismo, excluidos de la presente Ley los contratos de compraventa, donación permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, valores negociables y propiedades incorporales, 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…".

-Art. 26.2 "Contratos Privados":

"Los contratos privados que celebren las Administraciones Públicas se regirán, en cuanto su preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas…".

-Art. 4 "Régimen aplicable a los negocios jurídicos excluidos":

"Las relaciones jurídicas, negocios y contratos citados en esta sección quedan excluidos del ámbito de la presente Ley, y se regirán por sus normas especiales, aplicándose los principios de esta Ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse".

3. Orden de Prelación de las Normas citadas

Analizada la dispersión normativa de aplicación en cuanto al régimen jurídico de la actividad patrimonial de las Entidades Locales Andaluzas, y teniendo en cuenta los preceptos transcritos, parece ser intención del legislador abordar la regulación de los negocios jurídicos patrimoniales desde la legislación patrimonial y específica quedando relegada el alcance de la normativa de contratación a los solos efectos de resolver las dudas y lagunas que pudieran presentar, como así indican los artículos 4 y 9.2 de la LCSP.

En este sentido, se considera la siguiente prelación de normas patrimoniales aplicables a las Entidades Locales Andaluzas:

**Normativa Estatal Básica de Régimen Local.*

Constituida ésta por las siguientes disposiciones:

-Ley 7/85, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local: Artículos 47.2 i), j), m), n), ñ) y 79 a 83.
-Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, que aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local: Artículo 54.3.

**Normativa Estatal Básica y de Aplicación General de bienes de las Administraciones Públicas.*

Desconociendo normativa alguna básica y de aplicación general en materia de bienes de las Entidades Locales, ésta queda regulada hoy día por la prevista para las Administraciones Públicas, cuáles son:

-Ley 33/2003, de 3 de noviembre, Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas: Apartados Segundo (aplicación general) y Quinto (legislación básica) de la Disposición Final Segunda.
-Real Decreto 1373/2009, de 28 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre: Apartados Uno (aplicación general) y Segundo (legislación básica) de la Disposición Final Única.

**Normativa Autonómica sobre régimen de los bienes de las Entidades Locales y sobre Régimen Local.*

En Andalucía está constituida por las siguientes normas:

-Ley 7/1999, de 29 de septiembre, de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía.
-Decreto 18/2006, de 24 de enero, sobre el Reglamento de la Ley de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía.
-Ley 5/2010, de 11 de junio de Autonomía Local de Andalucía: Artículos 50 a 53.

**Normativa estatal no básica sobre el Patrimonio de las Administraciones Públicas y sobre los bienes de las Entidades Locales y el Régimen Local.*

En defecto o ausencia de regulación prevista en la normativa básica y de aplicación general de las Administraciones Públicas y de Régimen Local, así como de la autonómica sobre el régimen de los bienes de las entidades locales y sobre régimen local, es de aplicación en cuanto no se opongan a ellas, las siguientes normas:

-Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, preceptos no básicos ni de aplicación general conforme los apartados segundo y quinto de su Disposición Final Segunda.

-Real Decreto 1373/2009, de 28 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, preceptos no básicos ni de aplicación general conforme los apartados primero y Segundo de la Disposición Final Única.

-Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales.

-Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, que aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local: Artículos 74 a 87.

**Ordenanzas propias de cada Entidad.*

**Restantes normas del ordenamiento jurídico, administrativo y civil.*

2.- RÉGIMEN Y ALCANCE DE APLICACIÓN DE LA NORMATIVA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.

Fijado el marco normativo aplicable a los negocios jurídicos patrimoniales y teniendo en cuenta la carencia en la legislación andaluza de bienes de regulación de las distintas operaciones jurídicas patrimoniales resueltas por ésta mediante la técnica del reenvío a la normativa contractual como analizaremos a continuación, se plantea si dicho reenvío queda sólo para solventar las dudas y lagunas no resueltas por la legislación específica patrimonial, con ocasión de los procedimientos patrimoniales desarrollados por Real Decreto 1373/2009, de 28 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, cuyos preceptos en su mayoría no básicos ni de aplicación general conforme los apartados primero y Segundo de su Disposición Final Única vendrían resultar de aplicación supletoria.

Dicho esto, desarrollaremos el régimen y alcance de aplicación de la normativa contractual en atención a las siguientes consideraciones:

2.1.- <u>Regulación Jurídica en la LCSP</u>

Contenida en los siguientes preceptos anteriores transcritos –art. 4, 9.2 y 26.2-.

De estos preceptos se observa una clara exclusión de la normativa contractual a los negocios jurídicos que del ámbito patrimonial en ella se regulan, abocando en primer lugar la aplicación de la normativa específica y patri-

monial, y relegando la propia aplicación de la LCSP para los casos en que sea de remisión expresa por la normativa patrimonial o en defecto de norma específica aplicable.

2.2- Negocios Jurídicos Patrimoniales: Procedimientos de Aplicación.

Vista la exclusión jurídica dada por la LCSP y para clarificar los procedimientos de aplicación a los diferentes negocios jurídicos patrimoniales, se analizan a continuación la regulación contenida de las distintas figuras del ámbito patrimonial desde la Legislación de Bienes de las Entidades Locales:

-Autorizaciones (Licencias en la Legislación de Bienes de las EELL de Andalucía) y Concesiones Demaniales

Excluidas de la LCSP –art. 9.2 párrafo primero- y remitidas, sin perjuicio de la normativa sectorial y especial que sea de aplicación, por la legislación andaluza de bienes a la normativa contractual –art. 54.1 y 2 RBELA, art. 5.4 y 84.3 LPAP- se plantea en la medida que no contradiga a la regulación dada por la LBELA y RBELA, la aplicación no básica ni general prevista en los artículos 91 a 104 de la LPAP, así como la de los preceptos correspondientes del RBEL de 1986 y del TRRL.

-Contratos de explotación de bienes patrimoniales

Igualmente excluidos de la LCSP –art. 9.2- e independientemente de los reenvíos a la normativa contractual que se dicen en la normativa de bienes –art. 77.1 RBELA, 83 TRRL y 92.1 RBEL 1986, art. 110.1 LPAP- se plantea en todo aquello que no contradiga a LBELA y al RBELA, la aplicación no básica ni general que de la explotación de bienes y derechos ha regulado la LPAP en sus artículos 105 a 109 y su reglamento de desarrollo RGLPAP en sus artículos 79 a 89 (reglas sobre capacidad, competencia, objeto, plazo, formalización, gastos y pagos, y los procedimientos de adjudicación ya sea directo o por concurso), así como lo regulado por el RBEL de 1986 y el TRRL.

-Otros negocios jurídicos patrimoniales: compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, valores negociables y propiedades incorporales.

Remitida por la LCSP –art. 9.2- a la legislación específica y reenviada por la legislación andaluza de bienes –art. 10.1 y 19 LBELA y art. 12 RBELA- a la legislación contractual para las reglas de la preparación y adjudicación de estos negocios jurídicos patrimoniales, se plantea, en la medida que no contradiga a la legislación de bienes, la aplicación no básica ni general que de la adquisición y disposición onerosa de bienes y derechos ha regulado la LPAP en su Título V sobre la Gestión Patrimonial (artículos 90 a 124, relativos a los arriendos y enajenaciones, en especial énfasis a los procedimientos en él regulados) y en el Capítulo IV del Título I "Adquisiciones Onerosas" (artículos 22 a 33 sobre normas generales de capacidad, objeto, formalización y gastos, así como las normas de los procedimientos de adquisición directa y por concurso) de su reglamento de desarrollo RGLPAP, así como lo regulado por el RBEL de 1986 y el TRRL.

3.-INTERPRETACIÓN DE LAS JUNTAS CONSULTIVAS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.

Visto la importancia del alcance de aplicación de la normativa contractual a los negocios jurídicos patrimoniales se comprueba en el seno de las Juntas Consultivas de Contratación Administrativa una tendencia a su exclusión derivado del propio ámbito de aplicación de la Directiva Comunitaria de la que trae causa enfocada a la contratación pública de los contratos de suministros, obras o servicios –art.1 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE-.

Dicha exclusión debería relegar la técnica de los reenvíos anteriormente analizada a los casos en que una vez aplicada por completo la normativa patrimonial, sigan existiendo dudas o lagunas que hayan de resolverse por la normativa contractual.

Al efecto se citan:

-Informe 25/2008 de 29 de enero de 2009, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa que dice "…el régimen de 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, es el que resulta de las normas establecidas en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas y de las normas que la complementan y, en especial, por el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, 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, cuando las normas patrimoniales así lo expresen".

-Informe 4/2003, de 11 de julio, de la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa de Andalucía, con ocasión de los posibilidad de utilizar la contratación menor en la adjudicación de los contratos privados, que concluye: "Las normas relativas a los contratos menores son normas de preparación y adjudicación de los contratos y por tanto aplicables a los contratos privados de la Administración, salvo a los contratos patrimoniales que se les aplicará la legislación patrimonial".

-Informe 10/2017, de 27 de septiembre de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, que dice: "…la adjudicación de los contratos patrimoniales se rige por sus normas específicas. Como puso de relieve esta Junta en sus informes 4/2009, de 15 de abril, y 10/2010, de 15 de septiembre, conforme el artículo 4.1 p) TRLCSP, los <<contratos patrimoniales>> -entendiendo por tales aquellos contratos regulados en la normativa patrimonial de las Administraciones Públicas- están excluidos de la aplicación del TRLCSP y esa exclusión hace que los reenvíos de las normas patrimoniales a las disposiciones de la normativa de contratación pública resultan en la práctica carentes de efectividad.

Aunque esta exclusión no es absoluta; primero porque la Disposición Adicional Segunda del propio TRLCSP contempla las reglas referentes a las competencias de los órganos de contratación de las entidades locales referidas a los contratos patrimoniales y segundo porque, de conformidad con el artículo 4.2 TRLCSP, los contratos, negocios y relaciones jurídicas excluidos se regulan por sus normas especiales, aplicándose los principios del mismo para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse".

-Informe recaído en expediente 20/16, de 10 de octubre de 2018 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, con ocasión de la "Calificación de contrato de participación financiera en empresas privadas" que dice:

"…durante el período que media entre la consulta y la elaboración del presente informe la legislación ha cambiado. Por eso, resulta menester, en opinión de esta Junta Consultiva, aludir a la actual Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, en la cual se trata esta cuestión en el artículo 9, relativo a las relaciones jurídicas, negocios y contratos excluidos en el ámbito patrimonial, que excluye de la aplicación de la ley los contratos de compraventa, donación, permuta arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, valores negociables y propiedades incorporales, 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. Del mismo modo que ocurría con la legislación anterior, bajo este precepto cabe considerar que este tipo de negocios jurídicos son contratos patrimoniales.

Finalmente, en este punto, cabe destacar que este tipo de contratos tampoco están descritos en el anexo IV de la Ley 9/2017.

En conclusión, tanto en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de 2011 como en la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, los negocios jurídico de compra de acciones de

sociedades mercantiles privadas a que se refiere la consulta tienen el carácter de contratos patrimoniales, estando excluidos del ámbito de aplicación de la normativa contractual pública.

2.-En cuanto a su régimen jurídico, éste será el propio de la legislación patrimonial. Así lo expusimos en nuestro Informe 47/2011 en el que añadíamos que los contratos patrimoniales no pueden adjudicarse por procedimiento negociado o mediante un contrato menor, pues al estar excluidos del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y ahora de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público) los contratos patrimoniales, "no pueden aplicarse a los mismos las modalidades que son propias de las normas que regulan tales contratos, como el procedimiento negociado y el contrato menor, pudiendo aplicar en cada caso la subasta, el concurso o la adjudicación directa…".

C) A la vista de la exclusión de los negocios jurídicos patrimoniales de la LCSP con preferencia de aplicación de la normativa patrimonial específica anteriormente analizada –art. 9.2, 26.2 y 4 LCSP- y las interpretaciones dadas por las distintas Juntas Consultivas de Contratación Administrativa, es por lo que se solicita consulta a esta Comisión Consultiva de Contratación Administrativa, sobre las siguientes

<u>CUESTIONES</u>:

1.- Los reenvíos a la normativa contractual que del ámbito demanial y patrimonial hace la LBELA y el RBELA, ¿Han de entenderse efectuados a los solos efectos de resolver las dudas y lagunas que no hayan podido solventarse con la vigente normativa patrimonial, o también a los efectos de preparación y adjudicación de los contratos?

En este sentido y antes de aplicar las reglas de la preparación y adjudicación de la LCSP, ¿Resulta de aplicación las reglas sustantivas, materiales y procedimentales de la contratación patrimonial previstas en el Real Decreto 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?

A este efecto, en lo que no se regule por la LBELA, RBELA, RBEL, LBRL y TRRL ¿Sería de aplicación a los procedimientos de los negocios jurídicos patrimoniales (Ej, arrendamiento, enajenación, adquisición, concesión etc.), la regulación contenida en el citado RGLPAP y por tanto el resto de reglas que en él se regulan, como la capacidad, las prohibiciones para contratar, la solvencia, garantías, las mesas de contratación y la publicidad de las licitaciones, entre otros aspectos?

2.-De aplicarse íntegramente la normativa patrimonial previo al reenvío normativo a la LCSP que hace la LBELA y el RBELA, ¿Resultaría de obligada aplicación a los negocios jurídicos patrimoniales el régimen dispuesto por la Disposición Adicional Décimosexta de la LCSP que contempla el uso de medios electrónicos, informáticos y telemáticos para los procedimientos contemplados en la propia LCSP?

Sin perjuicio de que la normativa patrimonial apunte la posibilidad de utilizar medios electrónicos en determinados procedimientos patrimoniales (art. 33.1, 93.3, 108 a) y 112.2 d) RGLAPA), que vendría asimismo dar salida al uso de medios electrónicos en las relaciones con los ciudadanos que ya señala la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público; aplicar una gestión íntegra electrónica a los procedimientos patrimoniales supondría una limitación a la concurrencia efectiva del licitador derivado de la propia naturaleza de estos que precisamente no son en la mayoría de los casos empresas con recursos técnicos y económicos que les permita fácilmente relacionarse con la Administración, sino personas físicas interesadas en el negocio jurídico patrimonial propuesto.

3.- Por último y visto todo lo informado, se consulta a esta Comisión si en la aprobación de los expedientes patrimoniales de cualesquiera negocio jurídico patrimonial (Ej. concesión, compraventa, arriendo, licencia, permuta,

mutación etc.) resulta de aplicación el apartado 8 de la Disposición Adicional Tercera de la LCSP considerando si resulta preceptivo o no en los mismos, el informe jurídico del/la Secretario/a de la Entidad Local."

II – INFORME

1- Respecto a la primera de las cuestiones planteadas por la Diputación Provincial de Málaga "*Los reenvíos a la normativa contractual que del ámbito demanial y patrimonial hace la LBELA y el RBELA, ¿Han de entenderse efectuados a los solos efectos de resolver las dudas y lagunas que no hayan podido solventarse con la vigente normativa patrimonial, o también a los efectos de preparación y adjudicación de los contratos?* "

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) detalla en los artículos 4 a 11 una serie de relaciones jurídicas, negocios y contratos excluidos de su ámbito de aplicación, consecuencia de las exclusiones realizadas por la Directiva 24/2014/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública. En este sentido, el artículo 4 LCSP establece que *"Las relaciones jurídicas, negocios y contratos citados en esta sección quedan excluidos del ámbito de la presente Ley, y se regirán por sus normas especiales, aplicándose los principios de esta Ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse".* Además, el artículo 346.3 LCSP dispone que los contratos excluidos por esta Ley quedan exceptuados de la comunicación al Registro de Contratos del Sector Público.

El artículo 9 LCSP viene referido a las exclusiones de las relaciones jurídicas, negocios y contratos en el ámbito del dominio público y en el ámbito patrimonial.

En el apartado primero del citado artículo establece que*"Se encuentran excluidas de la presente Ley las autorizaciones y concesiones sobre bienes de dominio público y los contratos de explotación de bienes patrimoniales distintos a los definidos en el artículo 14, que se regularán por su legislación específica salvo en los casos en que expresamente se declaren de aplicación las prescripciones de la presente Ley". (...).*

En su apartado segundo establece que *"Quedan, asimismo, excluidos de la presente Ley los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, valores negociables y propiedades incorporales, (…) que tendrán siempre el carácter de contratos privados y se regirán por la legislación patrimonial".*

Los primeros, es decir, las autorizaciones y concesiones sobre bienes de dominio público, se regularán por su legislación específica, salvo en los casos en que expresamente se declaren de aplicación las prescripciones de la LCSP. Los segundos, es decir los contratos patrimoniales, se regirán por la legislación patrimonial. Ambos apartados del artículo 9 tienen en común que se remiten a la legislación específica que regule la relación jurídica, el negocio o contrato, aunque el apartado primero incluye la salvedad de una posible remisión a la LCSP para establecer el régimen jurídico de la autorizaciones y concesiones sobre el dominio público, salvedad no incorporada en el apartado segundo referido a los contratos patrimoniales.

Si bien es cierto que la LCSP regula en sus disposiciones adicionales 2ª y 3ª algunos aspectos referidos a los contratos y negocios patrimoniales celebrados por las entidades locales, tales como el órgano competente para su celebración, el órgano competente para la evacuación de trámites en los expedientes de contratación, etc., la LCSP califica a los contratos patrimoniales como contratos privados en el artículo 9.2., excluyéndolos de su ámbito de aplicación como se ha apuntado anteriormente.

Por otro lado, la normativa específica reguladora de las figuras patrimoniales contiene a su vez remisiones constantes a la normativa de contratos del sector público. Por ejemplo, el artículo 110.1 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre de Patrimonio de las Administraciones Públicas (en adelante LPAP), que no tiene carácter básico, dispone que los contratos, convenios y demás negocios jurídicos sobre bienes y derechos patrimoniales se regirán, 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, y en cuanto a sus efectos y extinción se regirán también por esta Ley y por las normas de derecho privado.

Como se puede apreciar tanto por la normativa contractual como por la normativa patrimonial, la intención del legislador estatal ha sido clara, es decir, someter, con carácter general, la celebración de negocios y contratos patrimoniales a su legislación específica, supliendo las lagunas que ofrezca esta acudiendo a la legislación de contratos del sector público.

Incluso es preciso resaltar que la LPAP contiene referencias o remisiones a la legislación de contratos administrativos o a la legislación de contratos del sector público, dependiendo esta distinta denominación del momento de redacción del artículo en concreto, es decir con anterioridad a la LCSP de 2007 o posterior a la LCSP 2007, cuando cambia el ámbito subjetivo de la Ley. Por ejemplo, el artículo 94 LPAP, que tiene carácter básico, hace referencia a la prohibición para ser titular de concesiones demaniales: *"En ningún caso podrán ser titulares de concesiones sobre bienes y derechos demaniales las personas en quienes concurra alguna de las prohibiciones de contratar reguladas en el* 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;* y el artículo 137, de carácter no básico, se refiere a las formas de constituir la garantía: "*La garantía podrá constituirse en cualquier modalidad prevista en la legislación de contratos del sector público (...)".*

Esta remisión a la normativa aplicable en materia de contratación de las entidades locales ya se hacía aún más en el Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales. A modo de ejemplo se pueden señalar los siguientes artículos:

- Artículo 78.2: "*Las concesiones se otorgaran previa licitación, con arreglo a los artículos siguientes y a la normativa reguladora de la contratación de las Corporaciones Locales*".

- Artículo 81: "*Serán nulas las concesiones que se otorgaren sin las formalidades que se establecen en los artículos siguientes, y para lo no dispuesto por ellos, en la normativa reguladora de la contratación de las Corporaciones Locales".*

- Artículo 90.4:"*Constituida la garantía definitiva y, en su caso, pagado o consignado el valor del proyecto, se formalizará la concesión con arreglo a la normativa reguladora de la contratación de las Corporaciones Locales".*

- Artículo 92.1: "*El arrendamiento y cualquier otra forma de cesión de uso de bienes patrimoniales de las entidades locales se regirá, en todo caso, en cuanto a su preparación y adjudicación por la normativa reguladora de contratación de las entidades locales. Será necesaria la realización de subasta siempre que la duración de la cesión fuera superior a cinco años o el precio estipulado exceda del 5 por 100 de los recursos ordinarios del presupuesto".*

- Artículo 112.1: "*Las enajenaciones de bienes patrimoniales se regirán en cuanto su preparación y adjudicación por la normativa reguladora de la contratación de las Corporaciones Locales".*

La normativa autonómica andaluza en materia de bienes de las entidades locales contiene también multitud de remisiones a la legislación de contratos: artículos 10, 19 o 43, entre otros, de la Ley 7/1999, de 29 de septiembre, de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía (en adelante LBELA); artículos 12, 21, 32 o 33, entre otros, del Decreto 18/2006, de 24 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía (en adelante RBELA). A modo de ejemplo, se citan los siguientes:

-El artículo 10 LBELA regula el procedimiento de adquisición de bienes a título oneroso, señalando que: *"La adquisición de bienes a título oneroso se regirá, en cuanto a su preparación y adjudicación, por la normativa reguladora de la contratación de las Administraciones Públicas".*

-El artículo 19 LBELA regula la enajenación de bienes patrimoniales señalando asimismo que: *"Las enajenaciones de bienes patrimoniales se regirán, en cuanto a su preparación y adjudicación, por la normativa reguladora de la contratación de las Administraciones Públicas".*

En este punto se hace necesario examinar el régimen de fuentes aplicable en materia de gestión del patrimonio de las entidades locales, en aras de dilucidar si es procedente o no acudir a la LCSP para la preparación y adjudicación de los negocios y contratos patrimoniales.

En primer lugar, hay que entender todas estas normas patrimoniales son anteriores a la reforma operada por la Ley 30/2007, de 30 de octubre de Contratos del Sector Público, por lo que las remisiones deben entenderse con cautela, dado que la entonces legislación sobre contratos de las Administraciones Públicas sí que incluía dentro de su ámbito de aplicación los negocios y contratos patrimoniales, es decir, no existía una exclusión expresa tal y como la conocemos hoy día.

En segundo lugar, hay que señalar que la normativa específica en materia patrimonial, pese a su remisión a la legislación de contratos del sector público, regula procedimientos propios para adquirir o disponer de bienes y derechos patrimoniales, así como el contenido de los expedientes patrimoniales. De este modo, el artículo 52.2 de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía establece los procedimientos a través de los cuales las Entidades Locales podrán disponer de sus bienes y derechos:*" Las entidades locales de Andalucía podrán disponer de sus bienes y derechos de carácter patrimonial mediante subasta pública, concurso o adjudicación directa, previo cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos, sin necesidad de autorización previa de la Comunidad Autónoma de Andalucía, cualquiera que sea su importe".*

Y el artículo 14.1 del RBLELA regula el contenido del expediente patrimonial, estableciendo un contenido propio distinto del contenido de un expediente de contratación administrativa: "*Cualquier acto de adquisición y disposición onerosas de bienes y derechos patrimoniales de la Entidad Local precisará, en todo caso, expediente en el que consten las siguientes actuaciones:*

> *a) Memoria de la Presidencia de la Entidad Local en la que se especifiquen los bienes o derechos que van a ser objeto de adquisición o disposición. En ella se hará constar que se ha dado cumplimiento a la depuración física y jurídica del bien cuando así proceda.*
>
> *b) Pliego de condiciones que haya de regir el contrato.*
>
> *c) Pliego de prescripciones técnicas, cuando sea necesario por la naturaleza u objeto del contrato.*
>
> *d) Informe de la Intervención al que se unirá la preceptiva retención del crédito por el importe del gasto, cuando éste corresponda. Si el gasto se financia con aportaciones de distinta procedencia, deberá acreditarse en el expediente su disponibilidad mediante aquellos documentos en los que conste de manera fehaciente. La constancia de esta documentación por la Intervención bastará para fiscalizar de conformidad el expediente, sin perjuicio de que el ingreso efectivo de la aportación se haga posteriormente.*
>
> *e) Informe de valoración suscrito por persona técnica competente.*

En tercer lugar, los pronunciamientos de los órganos consultivos en materia de contratación han sido numerosos sobre esta cuestión, siendo la tónica general la aplicación de la normativa específica a los negocios y contratos patrimoniales como a continuación se expone.

La Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, en el Informe 25/2008, de 29 de enero de 2009, es partidaria de aplicar las normas relativas a la contratación pública para la preparación y adjudicación de los contratos patrimoniales cuando la normativa patrimonial establezca dicha remisión. Posteriormente, en el

Informe 47/11, de 1 de marzo, concluye que, dado que los contratos patrimoniales están excluidos del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, no pueden aplicarse a los mismos las modalidades que son propias de las normas que regulan los contratos del sector público, como el procedimiento negociado y el contrato menor, pudiendo aplicar en cada caso los procedimientos que son propios a los contratos patrimoniales regulados en su normativa específica. Más recientemente, en el Informe 2/2020, de 16 de marzo concluye que el contrato sometido a consulta (adquisición de un inmueble) es un contrato no regulado en la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, al que debe aplicarse la normativa propia de los contratos patrimoniales.

La Junta Consultiva de Contratación de Aragón defiende la exclusión de la aplicación de la normativa aplicable en materia de contratación pública a los contratos patrimoniales, con la excepción de las particularidades sobre la atribución de órganos municipales para celebrar contratos patrimoniales que recogidas en las disposiciones adicionales 2ª y 3ª de la LCSP, ya que las posibles remisiones que hace la normativa aplicable en materia del patrimonio de las Administraciones Públicas a la normativa aplicable en materia de contratación pública carecen de efectividad por la expresa exclusión que vienen haciendo las leyes reguladoras de los contratos del sector público desde el año 2007 (Informe 6/2015, de 12 de mayo en relación con los Informes 4/2009, de 15 de abril, Informe 10/2010, de 15 de septiembre, Informe 14/2013, de 26 de junio e Informe 15/2013, de 26 de junio).

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña, en su Informe 6/2012, de 7 de junio, considera que la regulación patrimonial establecida en la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas y en el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales es previa a la LCSP 2007 y, por tanto, responde al régimen previo establecido por el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y concluye que los contratos patrimoniales se rigen por lo que dispone su normativa específica, pudiéndose acudir a los principios que informan la contratación pública para resolver las dudas y lagunas que se presenten.

La Junta Regional de Contratación Administrativa de Murcia también señala en su Informe 1/2010, de 29 de abril, respecto a los negocios patrimoniales, que, al ser negocios excluidos del ámbito de aplicación de la normativa aplicable en materia de contratación pública, debe aplicarse, tanto para la preparación como para la adjudicación, efectos y extinción de dichos contratos las previsiones de la normativa patrimonial

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid viene a decir en su Informe 5/2009, de 6 de noviembre, que son contratos excluidos del ámbito de aplicación de la normativa aplicable en materia de contratación pública, si bien deberá acudirse a ésta para suplir posibles lagunas que la normativa patrimonial no haya tratado.

La Comisión Consultiva de Contratación Pública de Andalucía también ha analizado en numerosos informes la cuestión sobre la aplicación de la normativa contractual a los contratos y negocios patrimoniales. Así, en su Informe 4/2003, de 11 de julio, al igual que lo hizo con posterioridad la Junta Consultiva del Estado, indicaba lo siguiente sobre la posibilidad de utilizar la contratación menor en la adjudicación de los contratos privados: "(…) *por lo que se refiere a los contratos patrimoniales previstos en el apartado 1 del artículo 9, es decir a los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídico análogos sobre bienes inmuebles, propiedades incorporales y valores negociables, se les aplicará en primer lugar, en cuanto a su preparación y adjudicación, las normas de la legislación patrimonial de la correspondiente Administración pública, y que en nuestra Comunidad está contenida en la Ley 4/1986, de 5 de mayo, del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Andalucía, y en el Decreto 276/1987, de 11 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento para su aplicación, disposiciones en las que no está contemplada la contratación menor".*

Por su parte, en el Informe 6/2014, de 28 de abril de 2015, en el que se analiza, con base en el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del

Sector Público (en adelante, TRLCSP), si procede o no la aplicación de las reglas de prohibición de contratar a la adquisición de bienes inmuebles y por extensión, a los contratos patrimoniales se indica que :

" La figura del contrato patrimonial (en nuestro supuesto la adquisición o compraventa de bienes inmuebles por parte de una entidad local) queda excluida del ámbito de aplicación del TRLCSP al disponer en su artículo 4 apartado 1.p) que: "los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento (…), que tendrán siempre el carácter de contratos privados y se regirán por la legislación patrimonial (…). No obstante, podemos entender que esta exclusión no es rígida, al quedar flexibilizada con lo dispuesto en el apartado 2 antes referido, cuyo literal reproducimos: "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 otra parte, el TRLCSP, en su disposición adicional segunda, establece norma específicas de contratación en las Entidades Locales (…) así, el propio legislador, por una parte, establece la exclusión de los contratos patrimoniales y, por otra, establece reglas específicas de contratación en las Entidades Locales. Si la normativa de contratación anterior (Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio) consideraba los contratos patrimoniales como contratos privados, rigiéndose, en primer lugar, en cuanto a su preparación y adjudicación por la legislación patrimonial y, en defecto de normas específicas, por la citada Ley y sus disposiciones de desarrollo, y en cuanto a sus efectos y extinción por las normas de derecho privado, el TRLCSP los excluye de su ámbito de aplicación. Por lo que en un principio y de acuerdo con el articulado, en cuanto al régimen jurídico a aplicar a los contratos patrimoniales, se estará a lo dispuesto por la legislación patrimonial, pero en ningún caso serían de aplicación directa los preceptos del TRLCSP (podríamos entender que ni por defecto) y por tanto, como consecuencia lógica, las prohibiciones de contratar, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 4.2 (...)".

El Informe 6/2014, de 28 de abril de 2015 analiza los argumentos de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado y de la Junta Consultiva de Aragón para concluir que el legislador estatal, al optar por excluir los contratos patrimoniales del ámbito de aplicación de la normativa reguladora de la contratación pública, no pretendía asentar un régimen de prohibiciones para contratar válido para los contratos administrativos pero inaplicable para los contratos patrimoniales, por lo que debe entenderse que toda remisión que hace la legislación patrimonial a la legislación aplicable en materia de contratación debe entenderse plenamente vigente. De tal forma que el Informe 6/2014 señala que *"Todo lo anterior nos lleva a considerar que excluidos los contratos patrimoniales de la aplicación de la normativa de contratación, teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 4.2 del TRLCSP, en aquellos aspectos que la legislación patrimonial no regule y se remita a la legislación de contratos de las Administraciones Públicas continua vigente tal remisión"* así como que *"Las prohibiciones de contratar no se encuentran reguladas en la legislación patrimonial, por lo que son de aplicación las tasadas en el TRLCSP a los contratos patrimoniales celebrados por las Entidades Locales de Andalucía"*.

El Informe 4/2019, de 26 de febrero de 2020, emitido también por esta Comisión Consultiva de Contratación Pública de Andalucía concluye que el RBELA hace una remisión expresa para la disposición onerosa de bienes patrimoniales a la normativa reguladora de la contratación en cuanto a su preparación y adjudicación. Es la propia normativa patrimonial específica la que se remite a la normativa contractual.

En consecuencia, esta Comisión Consultiva entiende que antes de aplicar las reglas de la preparación y adjudicación de la LCSP, resultarían de aplicación las reglas sustantivas, materiales y procedimentales de la contratación patrimonial previstas en la normativa específica, teniendo validez las remisiones que se hacen a la legislación contractual y, si no hubiera, podría acudirse a los principios de la LCSP para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse. No es esto contradictorio con señalar que los procedimientos para tramitar los contratos y negocios patrimoniales, así como las formas de adjudicación, son los previstos en la normativa patrimonial.

2- En la segunda cuestión la Diputación Provincial de Málaga plantea si, en caso de aplicarse íntegramente la normativa patrimonial previo al reenvío normativo a la LCSP que hace la LBELA y el RBELA, resultaría de obligada aplicación a los negocios jurídicos patrimoniales el régimen dispuesto por la disposición adicional decimosexta de la LCSP que contempla el uso de medios electrónicos, informáticos y telemáticos para los procedimientos contemplados en la propia LCSP.

Tal como se ha concluido en el punto anterior, los negocios y contratos patrimoniales deben regirse por su normativa específica, por lo que no sería aplicable lo dispuesto en la disposición adicional decimosexta de la LCSP, debiendo aplicarse en su defecto lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en cuyo artículo 70.2 se dispone que *"Los expedientes tendrán formato electrónico y se formarán mediante la agregación ordenada de cuantos documentos, pruebas, dictámenes, informes, acuerdos, notificaciones y demás diligencias deban integrarlos, así como un índice numerado de todos los documentos que contenga cuando se remita. Asimismo, deberá constar en el expediente copia electrónica certificada de la resolución adoptada".*

3- En la última de las cuestiones la Entidad Local plantea si "*en la aprobación de los expedientes patrimoniales de cualesquiera negocio jurídico patrimonial (Ej. concesión, compraventa, arriendo, licencia, permuta, mutación etc.) resulta de aplicación el apartado 8 de la Disposición Adicional Tercera de la LCSP considerando si resulta preceptivo o no en los mismos, el informe jurídico del/la Secretario/a de la Entidad Local".*

La Disposición adicional tercera *"Normas específicas de contratación pública en las Entidades Locales"* establece lo siguiente:

"8. Los informes que la Ley asigna a los servicios jurídicos se evacuarán por el Secretario. Será también preceptivo el informe jurídico del Secretario en la aprobación de expedientes de contratación, modificación de contratos, revisión de precios, prórrogas, mantenimiento del equilibrio económico, interpretación y resolución de los contratos. Corresponderá también al Secretario la coordinación de las obligaciones de publicidad e información que se establecen en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno.

Conforme a lo dispuesto en la letra e) de la disposición adicional octava de la Ley 7/1985, de 2 de abril Reguladora de las Bases del Régimen Local, en los municipios acogidos al régimen regulado en su Título X, corresponderá al titular de la asesoría jurídica la emisión de los informes atribuidos al Secretario en el presente apartado. La coordinación de las obligaciones de publicidad e información antedichas corresponderá al titular del Órgano de Apoyo a la Junta de Gobierno".

La disposición adicional 3ª apartado 8 se refiere a los expedientes de contratación y a los expedientes generados en la fase de ejecución de los contratos del sector público que celebren las entidades locales no siendo por tanto de aplicación a los expedientes patrimoniales. Dejando a salvo lo que en relación con la preceptividad o no en los mismos, del informe jurídico del/la Secretario/a de la Entidad Local pueda establecer la normativa específica aplicable a las corporaciones locales, ya reguladora de los expedientes patrimoniales, ya de las funciones del Secretario de la Entidad Local.

III – CONCLUSIONES

1- En el régimen de la contratación patrimonial deben de aplicarse las reglas sustantivas, materiales y procedimentales previstas en la normativa patrimonial que sea de aplicación teniendo en cuenta la prelación de fuentes y teniendo validez las remisiones que se hacen a la legislación contractual y, si no hubiera norma aplicable, podría acudirse a los principios de la LCSP para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse.

2- Los negocios y contratos patrimoniales deben regirse por su normativa específica, por lo que no sería aplicable lo dispuesto en la disposición adicional 16ª de la LCSP, debiendo aplicarse por tanto lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas en defecto de norma específica.

3- La disposición adicional 3ª apartado 8 LCSP se refiere a los expedientes de contratación y a los expedientes generados en la fase de ejecución de los contratos del sector público que celebren las entidades locales, no siendo por tanto de aplicación a los expedientes patrimoniales Dejando a salvo lo que en relación con la preceptividad o no en los mismos, del informe jurídico del/la Secretario/a de la Entidad Local pueda establecer la normativa específica aplicable a las corporaciones locales, ya reguladora de los expedientes patrimoniales, ya de las funciones del Secretario de la Entidad Local.

Es todo cuanto se ha de informar.