

Supuestos similares al que hemos consultado ahora han obtenido pronunciamientos divergentes en el orden penal, de los que constituyen buena muestra las sentencias del Tribunal Supremo de 4 y 9 de diciembre de 1998 (RJ 1998\9225 y RJ 1998\10329, respectivamente).

*Novena.* Y todo esto, sin perjuicio que, en aplicación de lo que disponen los artículos 76 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local, y los artículos 21 y 96 del Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de los entes locales, el concejal de Urbanismo, como asistente a la Comisión de Gobierno, a pesar de no tener voto, se tendrá que abstener y ausentarse de la Sala cuando se delibere y se someta a votación del órgano un expediente de petición de licencia de obras, en el que haya –como profesional– elaborado el proyecto. ■

## Posibilidad de enajenación directa, por debajo del valor de mercado, de terrenos del patrimonio municipal del suelo con destino a la promoción y la construcción de viviendas de protección oficial<sup>1</sup>

Francisco Cacharro Gosende  
Vicesecretario  
de la Diputación Provincial  
de Ourense

### 1. Antecedentes

Un ayuntamiento de la provincia de Ourense suscribió, en fecha 26 de octubre de 1999, un convenio de colaboración con Xestión Urbanística de Ourense, S. A. (en ade-

lante, Xestur) con la finalidad de promover la construcción de viviendas de protección oficial en dicho municipio. En la cláusula primera del citado convenio, el ayuntamiento se comprometió a facilitar la compra por parte de Xestur de suelo con una repercusión máxima por parcela (vivienda) de 150.000 pesetas, siendo su superficie bruta de 120 m<sup>2</sup> como mínimo (exigiéndose además la existencia de una porción de terreno para ubicar el depósito de combustible y otras instalaciones necesarias para el servicio de las viviendas, y señalándose también que podría haber a mayores terrenos para uso común –zonas verdes, de esparcimiento o deportivas– y que dichos terrenos serán de cesión gratuita por el ayuntamiento, incluyéndose su valor en el correspondiente al de las parcelas de las viviendas).

Para dar cumplimiento a esta obligación, el ayuntamiento dispone de terrenos en una finca denominada Veiga de Baixo (que, en el propio acuerdo plenario de 28 de octubre de 1999 se ponían a disposición de Xestur para la construcción de las viviendas).

Dichos terrenos, según la ordenación urbanística vigente, se clasifican como suelo urbanizable, constituyendo un único sector (SUR-4) de 51.250 m<sup>2</sup> de superficie, según la corrección de errores de la Ordenanza del suelo urbanizable, norma 3.7.7.4 del Plan general de ordenación municipal del municipio (acuerdo plenario de 5 de mayo de 2001; BOP 107, de 11 de mayo). Al respecto, debe señalarse que el acuerdo de 26 de octubre de 1999 hacía referencia a una única finca de 25.000 m<sup>2</sup>; la discrepancia se debe a que en tal fecha, y debido a un error de medición, la superficie registrada e inventariada a favor del ayuntamiento se reducía a esa cifra, si bien en la actualidad se ha procedido ya a la inscripción del exceso de cabida detectado, figurando ahora en el Registro de la Propiedad núm. 2 de Ourense dos fincas de titularidad del ayuntamiento: la 11.027 (T.1506, L.97, F.24, 1.<sup>a</sup>) con una superficie de 46.861 m<sup>2</sup> y la 11.028 (T.1506, L.97, F.27, 1.<sup>a</sup>) con 2.486 m<sup>2</sup> (esta última, fuera del

1. En la fecha de emisión del informe, se encontraba vigente en Galicia la Ley 1/1997 de 24 de marzo, del suelo de Galicia, la cual, en la fecha de su publicación en este número 1 de *Cuadernos de Derecho Local*, ha sido derogada y sustituida por la Ley 9/2002 de 30 de diciembre, de ordenación urbanística y protección del medio rural en Galicia. Como es lógico, el informe analizaba el problema planteado a la vista de la Ley 1/1997.

Tras la lectura del nuevo texto legal, creo que las conclusiones del informe mantienen su vigencia, aun cuando para sostenerlas ahora se exige un esfuerzo argumentativo sensiblemente menor. En efecto, la nueva Ley 9/2002 se limita, al hablar de la enajenación de terrenos del PMS en su artículo 179.2, a prever la posibilidad de su enajenación (o su sustitución por el importe metálico, cuando se trate de los terrenos correspondientes al 105 de cesión del aprovechamiento urbanístico) “bien mediante los correspondientes instrumentos de equidistribución o bien mediante convenio”. Parece que el instrumento de equidistribución será el medio idóneo –aunque no exclusivo– para los supuestos de enajenación por sustitución de la cesión en terrenos por una cesión en metálico. Para el resto de casos, el convenio será el mecanismo de enajenación. Estos convenios deben conceptuarse entre los convenios urbanísticos de ejecución, regulados en el título VIII de la ley (de hecho, el artículo 239.2 alude a los convenios para sustituir en metálico las

cesiones de terrenos), lo que a efectos prácticos implicaría la obligación de someterlos a información pública antes de su aprobación, en los términos del artículo 240. Dado que nada se nos dice en la nueva ley sobre el régimen sustantivo de un convenio para enajenación de PMS como el que se plantea en el supuesto, habrá de acudirse, para determinar la legalidad de una enajenación directa, por debajo del valor de mercado, a una empresa pública promotora de viviendas protegidas, a la regulación supletoria contenida en el viejo Texto refundido de 1976, tal y como se plantea en el informe, aunque ahora sin el obstáculo que suponía, en la Ley 1/1997, la previsión de un mecanismo, aparentemente preferente, de enajenación mediante “oferta al mercado”.

Por lo demás, cabe destacar que la nueva ley contempla la posibilidad de constituir un patrimonio autonómico de suelo por parte de la Xunta de Galicia, en colaboración con los municipios, entre otras finalidades para atender la demanda de viviendas protegidas. De llevarse a la práctica, esta innovación podría, lógicamente, convertir en historia pasada la problemática abordada en nuestro informe, ya que la incorporación de terrenos del PMS al futuro patrimonio de suelo de la comunidad permitiría poner a disposición del organismo oficial de vivienda o de sus empresas instrumentales el suelo necesario para sus actuaciones.

sector); existiendo además una carretera local que separa ambas fincas, con una superficie de 1.640 m<sup>2</sup>, lo que en total arroja una superficie de 51.347 m<sup>2</sup> (levemente superior a la contemplada en el PGOM para el sector, que, una vez corregida, es como se dijo de 51.250 m<sup>2</sup>).

En todo caso, el Pleno del ayuntamiento procedió a su vez a rectificar el acuerdo de 26 de octubre de 1999 (de ratificación del convenio con Xestur) señalando, en un acuerdo de 5 de mayo de 2001, que la superficie a la que se hacía referencia en el acuerdo de ratificación del convenio eran los 46.861 m<sup>2</sup> (que se corresponden con la finca registral 11.027, finca 25-A del inventario municipal).

A la vista de estos antecedentes, puede decirse que, en el estado actual de tramitación del expediente, se plantean dos problemas distintos, que constituyen el objeto de la consulta:

a) De una parte, la posibilidad legal de que por parte del ayuntamiento se proceda a la enajenación directa, por precio inferior al de mercado, de terrenos del patrimonio municipal de suelo a la empresa pública Xestur, S. A., con destino a la construcción de viviendas protegidas; indirectamente, de esta cuestión derivan dos: la incidencia que sobre la misma pueda tener el carácter de sociedad mercantil pública de Xestur, S. A.; y qué calificación ha de darse al contrato mediante el que se instrumente tal enajenación, así como cuál será el procedimiento a seguir.

b) De otra parte, la subsistencia de aparentes contradicciones entre las superficies registrales y las contempladas en la planimetría del PGOM (que, como se dijo, considera un SUR-4 de 51.250 m<sup>2</sup>; sin embargo, la finca 25-A, que, de acuerdo con los planos de ordenación, integra dicho sector –que la ordenanza considera formado, exclusivamente, por terrenos de propiedad municipal– sólo posee 46.861 m<sup>2</sup>; incluso sumando la superficie del tramo de la carretera local correspondiente, 1.640 m<sup>2</sup>–en la fotocopia del plano de ordenación que obra en el expediente no se aprecia correctamente si se incluye la carretera local en el sector–, no se alcanzaría la superficie considerada como total del sector SUR-4). Lo que abre la posibilidad, bien de la subsistencia de un error de medición, bien de que exista alguna propiedad particular en el SUR-4, lo que debe aclararse.

A continuación, se abordarán separadamente ambas cuestiones.

## 2. Consideraciones jurídicas

### 2.1. Posibilidad de enajenación directa a Xestur, S. A., por importe inferior al de mercado, de terrenos del PMS con destino a la promoción de viviendas de protección oficial

Los terrenos que se proyecta vender forman parte del patrimonio municipal de suelo del ayuntamiento que

constituye un patrimonio separado respecto del resto de bienes municipales, y cuyas finalidades –de acuerdo con los artículos 155 de la Ley 1/1997, de 24 de marzo, del suelo de Galicia, y 276 del Texto refundido de la Ley de régimen de suelo y ordenación urbana, de 26 de junio de 1992, cuya vigencia subsiste tras la Sentencia 61/1997 del Tribunal Constitucional y la disposición derogatoria de la Ley 6/1998, de 13 de abril– son las de “obtener reservas de suelo para actuaciones de iniciativa pública, facilitar la ejecución del plan y contribuir a la regulación del mercado de terrenos destinados al desarrollo urbanístico”, debiendo ser destinados dichos terrenos a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública o a otros usos de interés social, de acuerdo con el planeamiento (artículo 157.1 de la LSG y 280 del TRLS de 1992).

La enajenación de terrenos integrantes del PMS mediante compraventa constituirá un negocio jurídico contractual, un auténtico contrato, cuya calificación resulta, a mi juicio, problemática. En efecto, y aun cuando, en principio, cabría considerarlo un contrato privado de la Administración (en tanto que negocio jurídico sobre bienes inmuebles, tal y como señala el artículo 5.3 del Texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas –TRLCAP–) existen también argumentos para reconducir tal calificación a la de un contrato administrativo especial de los contemplados en el artículo 5.2.b) del TRLCAP, en la medida en que se considere que con la venta de terrenos para la promoción de viviendas sociales se está satisfaciendo “de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia” del ayuntamiento (en concreto, la finalidad y el destino de construcción de viviendas sociales contemplada en la legislación urbanística que se citó). A esta cuestión nos referiremos más adelante, y es que, cualquiera que sea la solución que se adopte –contrato privado de la Administración o contrato administrativo especial– la preparación y la adjudicación de dicho contrato se regirá por sus normas administrativas específicas, con carácter preferente a las del propio TRLCAP (según establecen los artículos 7.1, inciso último, para los contratos administrativos especiales, y 9 para los contratos privados, ambos de la Ley de contratos; aunque el artículo 9 remite a la legislación patrimonial, esta legislación patrimonial remite a su vez, en cuanto al PMS, a su regulación específica (de la que, a su vez, la legislación patrimonial será supletoria), ex artículo 16.1 del RBEL). Esas normas administrativas específicas, en uno u otro caso, son las contenidas en la legislación urbanística. Por consiguiente, y para responder a la cuestión planteada –si es posible la enajenación directa de los terrenos a un precio inferior al del mercado a favor de Xestur, S. A.– debe analizarse dicha legislación administrativa específica, integrada por la Ley del suelo de Galicia (artículos 155 a 157), rigiendo, con carácter

supletorio, las normas sobre PMS contenidas en el Texto refundido de la Ley de régimen de suelo y ordenación urbana, de 9 de abril de 1976, así como otras normas urbanísticas estatales que pudieran conservar su vigencia y resultar aplicables al caso.

Pues bien, la Ley del suelo de Galicia distingue, en su artículo 157, cuatro supuestos distintos, a saber:

a) En primer lugar, el supuesto que “exista demanda de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública”. En este caso, el ayuntamiento deberá “ofrecer al mercado los terrenos integrados en el patrimonio municipal del suelo aptos para esa finalidad, mediante su enajenación o permuta, para que sean destinados a la construcción de este tipo de viviendas”. La ley añade que “subsidiariamente” (lo que parece referirse al supuesto de que esa oferta al mercado no llegue a fructificar en una enajenación o permuta con la finalidad indicada) el ayuntamiento podrá realizar esta iniciativa (venta o permuta de los terrenos para la construcción de viviendas protegidas) “directamente o mediante convenio con el Instituto Galego da Vivenda e o Solo o con otras entidades públicas”.

b) Un segundo supuesto es aquel en que, al contrario que en el caso anterior, no existe demanda de viviendas protegidas. En este caso, según la ley, el ayuntamiento “podrá enajenar los terrenos incluidos en el patrimonio municipal del suelo, debiendo destinar necesariamente los recursos obtenidos a finalidades de naturaleza urbanística”.

c) Al margen de las dos opciones anteriores, y sin delimitar ningún supuesto de hecho previo habilitante, el artículo 157.4 de la LSG permite a los ayuntamientos ceder gratuitamente los bienes incluidos en el PMS “en los supuestos previstos en la legislación vigente y cumpliendo los requisitos establecidos en la misma”, remitiendo, por tanto, a la vigente legislación patrimonial de las entidades locales (básicamente, al artículo 276.2 de la Ley de Administración local de Galicia y los artículos 109 y siguientes del Reglamento de bienes de las entidades locales).

d) Por último, la LSG regula un supuesto residual, para el caso de que el uso de los terrenos o las características del polígono o la unidad reparcelable no resulten adecuados a los fines del PMS. En este caso, el ayuntamiento, si existe conformidad de todos los propietarios afectados, “podrá transmitir el aprovechamiento urbanístico que les corresponda en el mismo por el precio resultante de su valor urbanístico” (en realidad, este supuesto parece que corresponde a las llamadas *cesiones en metálico* tanto del 10% del aprovechamiento tipo como, en su caso, del exceso de aprovechamiento real; la cesión en metálico encubriría, así, una venta del suelo correspondiente a dichos aprovechamientos, la cual podría realizarse como resultado del proyecto de equidistribución, o posteriormente, cuando dicho proyecto

contemplase la cesión de suelo y, efectuada esta en virtud de su aprobación definitiva, con posterioridad se apreciase el supuesto de hecho del artículo 157.5 de la LSG y se procediese a la enajenación del terreno cedido en el modo indicado). En todo caso, el específico carácter de este supuesto lo vuelve irrelevante para el problema que aquí nos ocupa.

De una lectura detenida del artículo 157 de la LSG, se desprende que los supuestos a) y b) que se acaban de citar se configuran en la ley como alternativas en función de la existencia, en el municipio, de demanda de viviendas protegidas: si existe tal demanda, procederá actuar conforme al supuesto a), y, si no existe, podrá actuarse conforme al supuesto b). Debe señalarse que el supuesto b) se configura como una mera posibilidad (“podrá”) que no excluye otro tipo de actuaciones (por ejemplo, no hacer nada, reteniendo el suelo en el PMS, a la espera de que surja esa demanda en el futuro), en contraste con el supuesto a), configurado aparentemente como una obligación municipal (“deberá”). A su vez, el supuesto a) establece dos modos de llevar a cabo la enajenación de terrenos para la construcción de viviendas, jerarquizándolos entre sí: como regla general, esos terrenos deberán “ofrecerse al mercado”, sin más precisiones (pero parece claro que debe existir una oferta pública, y que el procedimiento será el de subasta, conforme al artículo 277.1 de la LALG; también parece que el precio –tipo de licitación de la subasta– debe ser el de mercado, pues es al mercado al que se ofrecen los terrenos); subsidiariamente –es decir, para el caso de que la oferta al mercado resultase infructuosa o inviable– la ley autoriza, indistintamente, la enajenación directa (ya sea a entidades públicas o a particulares) o mediante convenio con el IGVS u otras entidades públicas. Resulta llamativo que la LSG, aparentemente, establece aquí un principio de subsidiariedad de la actuación pública en la promoción de viviendas protegidas (obligando a los entes públicos dedicados a dicha actividad a competir en una subasta para la obtención de los terrenos con los promotores privados, o bien esperar a que la subasta quede desierta para poder actuar residualmente), lo que no parece muy congruente con la finalidad de “obtener reservas de suelo para actuaciones de iniciativa pública” que el artículo 155.1 de la LSG asigna al PMS.

Al margen de la alternativa configurada por el par de supuestos a) y b), y sin sujeción a ningún supuesto de hecho previo, aparece también un supuesto c) –la cesión gratuita– que la LSG se abstiene de regular, remitiéndose a la legislación patrimonial, conforme a la cual la cesión podrá hacerse para fines que redunden en beneficio de los habitantes del municipio, a favor tanto de entes públicos como de instituciones privadas sin ánimo de lucro. Los fines pueden ser aquí cualesquiera, dentro de la genérica definición finalista del artículo 109.2 del RBEL, y es obvio que entre dichos fines benefi-

ciosos para la población municipal se encontraría la promoción de viviendas protegidas, expresamente aludida como tal en el artículo 110 del RBEL.

La norma que se analiza es, evidentemente, farragosa, y no abarca (tal vez por su casuismo, por su propio afán regulador) todos los supuestos que pueden darse. No se nos dice, por ejemplo, qué debe hacerse si, en el supuesto *d)* no existe conformidad de todos los propietarios. No se contempla el supuesto de que el propio ayuntamiento decida constituirse en promotor de viviendas protegidas (y, de tomar al pie de la letra lo establecido en el que hemos llamado supuesto *a)*, podría incluso concluirse la exclusión legal de esta posibilidad). Tampoco se aclara, en el supuesto *a)*, en qué consiste ese acto de oferta al mercado de terrenos (aunque, como vimos, parece claro que debe verificarse mediante subasta pública partiendo de precios de mercado, salvo que se trate de permuta). Ya vimos cómo, junto a esta enajenación al mercado, se contempla la cesión gratuita, como alternativa no condicionada a otro supuesto previo que no sea el cumplimiento de las condiciones que establece la legislación patrimonial. Pero igualmente se observa que la ley ignora por completo la posibilidad de un supuesto intermedio entre la cesión gratuita y la enajenación a precio de mercado, como es el planteado en el convenio suscrito por Xestur y el ayuntamiento: la venta por un precio inferior al de mercado a una entidad pública, con destino a la promoción de viviendas. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que el contenido de los convenios con el IGVS u otras entidades públicas (entre las que cabe situar a Xestur, en tanto que sociedad instrumental del IGVS) no tiene por qué limitarse a reflejar un contrato de compraventa, sino que puede, además, contener toda una serie de cláusulas complementarias, habituales en la práctica administrativa (por ejemplo, sobre establecimiento de dotaciones públicas, previsiones de actuaciones futuras en función de la demanda de viviendas, realización de actuaciones complementarias de urbanización, coparticipación del ayuntamiento en la promoción o en la realización de actuaciones urbanísticas conjuntas...) justificadas para la solución de problemas específicos del municipio de que se trate y que pueden –y suelen– obtener un cauce más efectivo a través de la vía del convenio de colaboración con otras entidades públicas que mediante su inclusión en los contratos que se adjudiquen a promotores privados (en los que, en muchos casos, sería absolutamente inviable introducir este tipo de cláusulas).

Con carácter general, puede decirse que son dos las opciones que tiene la Administración para actuar cuando desarrolla actividades de tipo prestacional, consistentes en la producción de bienes o servicios: o bien actúa por sí misma o bien busca la colaboración del mercado. Esas mismas dos opciones se abren –al menos,

en teoría– al ayuntamiento para conseguir que los terrenos del PMS alcancen el destino que la ley –y el planeamiento, a través de la clasificación y la calificación de los predios, que puede, como en el caso del SUR-4 del municipio, contemplar un uso específico de “vivienda protegida”– les asigna: uno, mediante la colaboración del mercado, entregando dichos terrenos a los agentes económicos que operan en él; otro, mediante la iniciativa pública, bien del propio ayuntamiento (al amparo del artículo 128.2 de la Constitución, teniendo en cuenta que los bienes del PMS constituyen un patrimonio de la entidad local) bien a través de otra entidad pública. Pero, insisto, la LSG no regula esta segunda forma de actuación, con la excepción de la cesión gratuita del artículo 157.4. Es decir: la LSG ignora prácticamente los mecanismos de iniciativa pública en la promoción de viviendas protegidas, con la excepción citada. Ante esta falta de regulación, cabe preguntarse por el significado de dicho silencio normativo, esto es, si encubre una prohibición de dichas actuaciones públicas, limitándolas a los supuestos de cesión gratuita, o si, por el contrario, nos hallamos ante una simple laguna normativa, susceptible de ser integrada mediante la aplicación de normas supletorias.

A mi juicio, la solución correcta es, claramente, esta última, y ello por las siguientes razones:

*a)* En primer lugar, porque la exclusión de esas posibles fórmulas de iniciativa pública en la promoción de viviendas contradiría precisamente una de las razones de ser del PMS, recogida en la propia LSG (artículo 155.1) y en el artículo 276.1 del TRLS de 1992 (como norma básica que el legislador autonómico no puede desvirtuar): me estoy refiriendo a la “obtención de reservas de terreno para actuaciones de iniciativa pública”. Actuaciones entre las que, lógicamente, se incluye la promoción de viviendas protegidas. Pues bien: si de la lectura del artículo 157 de la LSG resultase que, salvo en los supuestos de cesión gratuita de terrenos del PMS, no fuese posible la venta directa a otros entes públicos, sino que estos entes públicos se viesen obligados a competir con los promotores privados en la licitación o a esperar el fracaso de esta para poder adquirir los terrenos del ayuntamiento, es claro que el artículo 157 incurriría en contradicción con el 155.1 de la propia LSG y con el 276 del TRLS de 1992, pues, evidentemente, el recorte de posibilidades de actuación para las administraciones sería tan extraordinario que convertiría en excepcional la finalidad de obtener terrenos para actuaciones de iniciativa pública. Semejante antinomia debe ser desechada, en la medida en que tampoco la LSG contiene una prohibición expresa al respecto, siendo la interpretación más razonable, desde un punto de vista sistemático, la que aquí se defiende, en el sentido de que se trata de un simple olvido del legislador gallego.

b) En segundo lugar, y argumentando *a fortiori*, carece de sentido que la LSG prohíba la enajenación directa a entes públicos por debajo del precio de mercado, cuando permite la cesión gratuita: es evidente que quien puede lo más puede lo menos, y que si se permite la sustracción al mercado de bienes del PMS para su donación, también podría permitirse su enajenación a bajo precio.

c) En tercer lugar, esa enajenación directa a otros entes públicos a precio inferior al de mercado encubre, en realidad, una fórmula de colaboración que, desde el punto de vista material y económico equivale a una auténtica cofinanciación, por parte del ayuntamiento, de la actuación, con lo que se erige, de hecho, en copromotor de las viviendas protegidas (algo que, en el supuesto que nos ocupa, resulta todavía más claro, ya que en el convenio suscrito entre Xestur y el ayuntamiento el ente local asume los costes de urbanización de la actuación y la cesión gratuita de los terrenos destinados a zona verde). Ello significa que la exclusión de esta fórmula llevaría a negar la posibilidad de que el ayuntamiento llevase a cabo, por sí, o en colaboración con otra entidad, una actuación de iniciativa pública, interpretación que, como se dijo, pugnaría con las propias finalidades del PMS recogidas en la legislación autonómica y en la básica estatal, además de suponer, muy probablemente, una vulneración de los principios constitucionales de autonomía local y de libre iniciativa pública económica (al no permitir esa iniciativa con el propio patrimonio municipal) ya que esa hipotética exclusión condicionaría hasta extremos injustificables las posibilidades de implementar políticas municipales autónomas de impulso de la construcción de viviendas protegidas.

d) Un último argumento, abundando más en la contradicción con otras normas de la propia LSG y el TRLS de 1992, y en la necesidad de una interpretación flexible que salvaguarde la sistemática y el propio espíritu del legislador, se extrae si se tiene en cuenta que el obligar a sacar a subasta pública, como medio preferente, los terrenos del PMS, acabaría por convertir al ayuntamiento en un especulador más del mercado inmobiliario, introduciendo un factor de tensión especulativa a través de las subastas (al resultar adjudicatarios, lógicamente, los mejores postores) ya que el resultado de las mismas, a no dudarlo, constituirá un valor de referencia del precio del suelo en el municipio, con lo que la utilización del PMS podría producir justamente el efecto contrario al querido por la ley, que señala, como otro de sus objetivos, la “regulación de los mercados de suelo” y el facilitar la ejecución del planeamiento.

En suma, parece claro, por lo que se acaba de exponer, que el artículo 157 de la LSG no regula (pero tampoco los prohíbe expresamente) una serie de supuestos en los que pueden proceder fórmulas de actuación

sobre el PMS para la construcción de viviendas protegidas distintas a las contempladas en dicho artículo como preferentes (la oferta al mercado o la cesión gratuita), y caracterizadas todas ellas por tratarse de actuaciones de iniciativa pública, que precisamente constituyen una de las razones de ser del PMS. Es el caso de la promoción por el propio ayuntamiento o por otras entidades públicas (a través, en su caso, de sociedades instrumentales), una de cuyas modalidades es la de la enajenación a precio inferior al mercado a otros entes públicos, precisamente para facilitar la consecución del destino principal del PMS, es decir, la construcción de viviendas protegidas, en unión, además, de otras fórmulas intermedias que puedan establecerse mediante convenio entre las administraciones implicadas. Para estos casos, lo que existe es una laguna normativa en la LSG, laguna normativa que será preciso integrar acudiendo a la normativa estatal, de carácter supletorio, integrada por el Texto refundido de la Ley de régimen del suelo y ordenación urbana, de 9 de abril de 1976.

Pues bien: la regulación del TRLS de 1976 –al que, dado su carácter supletorio, entiendo que sólo es posible acudir en supuestos como el que nos ocupa, en que se acredita la existencia de una auténtica laguna normativa– es, en este sentido, más flexible y clara al respecto de los modos de enajenación de terrenos del PMS. Así, y partiendo de una regla general (artículo 168) similar a la de la LSG, aunque más precisa que la genérica “oferta al mercado” (enajenación mediante subasta pública, cuyo tipo de licitación será el valor urbanístico, concepto que hoy se debería reconducir al resultante de las normas del título III de la Ley 6/1998), admite también, en una serie de supuestos (que responden típicamente a iniciativas públicas sin propósito especulativo) recogidos en el artículo 169, la enajenación directa a otros entes públicos. Ni que decir tiene, entre dichos supuestos se encuentra el de construcción de viviendas por organismos oficiales [artículo 169.1.c)]. Además, y en el artículo 166.1, se permite que la cesión sea por debajo del “valor urbanístico” del suelo en los casos en que su destino sea la construcción de viviendas sociales (como es el caso que nos ocupa aquí). Ciertamente, el artículo 166.1 preveía para estos casos un mecanismo de tutela del ente local (mediante autorización previa del entonces Ministerio de la Gobernación), mecanismo que hoy puede considerarse inaplicable, al no contemplarse entre los previstos en materia de tutela patrimonial por la vigente legislación de régimen local posterior a la Constitución (que, al recoger el principio de autonomía, obliga a una interpretación restrictiva de dichos mecanismos), pudiendo considerarlo derogado por ser incompatible con dicha legislación local (que no impone tal limitación en materia de gestión de bienes locales).

A modo de conclusión, en este apartado, podemos establecer:

a) Que la cesión gratuita de terrenos del PMS es perfectamente posible, en los términos del artículo 157.4 de la LSG y de la legislación patrimonial local a la que ésta remite; no difiriendo del régimen de cesión gratuita del resto de los bienes patrimoniales de la Administración municipal.

b) Que la enajenación directa a otras administraciones o entidades de ellas dependientes es igualmente posible, entendiendo que se trata de simples técnicas para la implementación de actuaciones de iniciativa pública sobre el PMS que la Ley del suelo de Galicia no contempla, pero que tampoco prohíbe (y no podría prohibir so pena de contradecirse a sí misma y a la legislación básica estatal que atribuyen al PMS, como finalidad primordial, la obtención de reservas de suelo para actuaciones de iniciativa pública). Debiendo entender que existe por tanto una laguna normativa en la LSG que debe integrarse acudiendo a la legislación estatal supletoria (TRLR de 1976), siendo, por tanto, las posibilidades de enajenar terrenos del PMS con los fines indicados las contempladas en dicho texto refundido estatal, que, específicamente, contempla el supuesto de enajenación directa por debajo del valor de mercado cuando el fin último de la operación sea la construcción de viviendas protegidas.

## 2.2. Incidencia sobre las conclusiones precedentes del carácter de sociedad mercantil pública de Xestur, S. A.

Las normas en que nos apoyamos para sostener la legalidad de la enajenación directa de terrenos del PMS se refieren siempre a supuestos en que el adquirente del suelo es un "organismo oficial". Esta es la expresión que emplea el artículo 169.1.c) del TRLR de 1976. La cuestión que se plantea aquí es si en el caso que nos ocupa el carácter de sociedad mercantil de capital íntegramente público que reviste la entidad Xestur, S. A. constituye un impedimento a la aplicación de dicha norma.

La respuesta ha de ser, a mi juicio, negativa. En efecto, el carácter de sociedad mercantil de Xestur, S. A. constituye una mera técnica organizativa de derecho privado al servicio de intereses públicos de las administraciones de que depende (el Instituto Galego da Vivenda e o Solo y el Instituto Ourensán de Desenvolvemento Económico). Dicho en otros términos, Xestur, S. A. es un instrumento, una herramienta (aunque con forma jurídico-privada) de dichas administraciones para el logro de sus fines (en este caso, la promoción de viviendas protegidas como elemento de una política social de vivienda). Este carácter instrumental es el que ha llevado a la jurisprudencia a sostener que, aunque externamente se trate de sociedades mercantiles, en realidad, internamente, deben ser considerados como parte de la Administración. O, en otros términos, su forma mercantil no desvirtúa su naturaleza intrínseca de entidades

públicas, ya que, como señala la STS de 28 de septiembre de 1978, "la unidad de la Administración se comunica en cierta medida al conjunto de empresas públicas desde el momento en que es aquella quien fiscaliza y decide por y sobre tales empresas".

Partiendo de estas premisas, y en la medida en que Xestur es el instrumento a través del que actúa el "organismo oficial de la vivienda" propiamente dicho (el IGVS, en unión del INORDE) resulta claro que la capacidad de este para adquirir terrenos del PMS por debajo del precio de mercado debe transmitirse a dicha sociedad instrumental, en la medida en que dicha facultad no constituye "ejercicio de autoridad", límite general a la capacidad de actuación de este tipo de empresas de acuerdo con la disposición adicional 12 de la Ley 6/1997, de 14 de abril (relativa a las sociedades mercantiles estatales, pero aplicable supletoriamente al caso que aquí nos ocupa). A la misma conclusión llega el dictamen del profesor Jiménez de Cisneros Cid, que obra en el expediente, con una completa cita de jurisprudencia sobre esta materia, y al que me remito en este punto.

## 2.3. Calificación del contrato de venta de los terrenos del PMS. Procedimiento a seguir

Sentadas las conclusiones precedentes, procede abordar ya la cuestión del procedimiento a seguir para llevar a cabo la venta de los terrenos a Xestur, cuestión para la que resulta relevante la calificación del contrato.

Como ya se adelantó, resulta difícil, con carácter general, establecer una regla de calificación de los contratos cuyo objeto es la enajenación de inmuebles del PMS para la construcción de viviendas protegidas. Por una parte, se trata de negocios jurídicos inmobiliarios, reconducibles, por tanto, a la categoría de contratos privados de la Administración (artículo 5.3 del TRLCAP). Pero también, en la medida en que satisfagan de forma directa e inmediata fines de la específica competencia de la Administración podrían ser considerados contratos administrativos especiales [artículo 5.2.b) del TRLCAP]. Así lo declaró la STS de 21 de diciembre de 1993, en el caso de la venta de un suelo destinado a la promoción industrial.

En mi opinión, la opción por una u otra calificación dependerá del contenido concreto de cada contrato. Así, y en el supuesto en que, además de acordarse la compraventa del terreno, se establezcan obligaciones en cuanto a la construcción de las viviendas protegidas (plazos, modo de ejecución, cláusulas penales en caso de incumplimiento...) el contrato debería calificarse de contrato administrativo especial, en la medida en que, en virtud de dicho clausulado, el contrato trascienda la mera compraventa inmobiliaria y se convierta en fuente del entramado de obligaciones que permitan la transformación del suelo en el sentido indicado, pues en ese

caso puede afirmarse plenamente que el contrato tiene por objeto satisfacer de forma “directa e inmediata” (esto es, por sí solo) los fines de competencia de la Administración. En cambio, en el caso de que el objeto contractual se reduzca a la mera compraventa, sería un contrato privado. En el caso que nos ocupa en el presente informe, la fuente de las obligaciones que articulan la colaboración interadministrativa para la consecución de ese fin público (la promoción de las viviendas) está constituida en realidad por el convenio de colaboración de 26 de octubre de 1999. Es en el convenio donde se articula esa relación obligacional entre Xestur y el Ayuntamiento de Pereiro de Aguiar (sin perjuicio de que dicho convenio de colaboración se encuentre excluido de la legislación de contratos –artículo 3.1.c) del TRLCAP– su naturaleza jurídica contractual no es discutible). Por consiguiente, sería perfectamente admisible que, como instrumento de ejecución de dicho convenio se celebrase un simple contrato de compraventa inmobiliaria que, como tal, sería un genuino contrato privado de la Administración, en la medida en que, por sí solo, no implicaría la satisfacción inmediata de la finalidad administrativa de promoción de viviendas, sino una simple operación instrumental, cuyo objeto de reduciría a la enajenación inmobiliaria.

Cabría, no obstante, y siguiendo la misma argumentación, el supuesto de que al contrato de compraventa se le añadiesen, modificando su objeto, una serie de cláusulas relativas a la construcción de las viviendas (es decir, a la satisfacción de la finalidad administrativa del convenio, al que complementarían, y no se limitarían a ejecutar) en cuyo caso, y en base a la presunción sobre el carácter administrativo de los contratos en caso de duda establecida por la jurisprudencia, el contrato debería ser calificado como contrato administrativo especial. Ocurre que, en este supuesto, y como ya se ha dicho, lo que este acuerdo entre las partes vendría a hacer sería complementar el convenio, o lo que es lo mismo: vendría a modificar o ampliar aquel, constituyendo, por tanto, un nuevo convenio administrativo entre el ayuntamiento y Xestur, excluido del ámbito del TRLCAP, lo que simplifica notablemente su tramitación administrativa, al exonerar a Xestur de la necesidad de justificar documentalmente la concurrencia de los requisitos comunes de cualquier contratista, así como de la prestación de las garantías de la contratación administrativa (innecesarias entre entes públicos).

La disyuntiva contrato privado/contrato administrativo se resuelve así, pues, en otra: contrato privado (que ejecuta un convenio administrativo previo)/convenio administrativo (que completa o modifica el convenio previo).

De otra parte, el convenio contempla, además de la intermediación del ayuntamiento para obtener los terrenos (que se instrumentaría, en este caso, mediante su compraventa), la cesión gratuita de los terrenos destinados a zonas verdes. Cesión gratuita (en realidad, un

contrato de donación) que en principio posee su trámite específico en el artículo 110 del RBEL, trámite que es distinto al de la cesión onerosa. Sin embargo, de la lectura del texto de la cláusula primera del convenio, la cesión gratuita de estos espacios para uso común de las viviendas se revela, en realidad, como una parte del contrato de compraventa de las parcelas edificables, hallándose su valor incluido en “el correspondiente al de las parcelas de las viviendas”. En última instancia, lo que sucede aquí es que el precio de los terrenos se ve reducido en la medida en que no se aplica ningún valor de repercusión por la superficie de los mismos destinada a zonas verdes. Dicho en otros términos: la cláusula primera del convenio contempla en realidad no una cesión gratuita propiamente dicha, sino una fórmula para el cálculo del valor de los terrenos objeto de compraventa, fórmula que prevé la no-repercusión de estos últimos en el precio final de la transmisión, que tiene carácter único. Más aún, si se tiene en cuenta que los terrenos constituyen un sector de suelo urbanizable, que deberá ser desarrollado a través de un plan parcial, al que será de aplicación lo dispuesto en el vigente reglamento de planeamiento en cuanto a cesiones de zonas verdes y espacios de uso deportivo y para equipamiento comunitario, resulta que, a la postre, y en virtud de la normativa urbanística vigente, Xestur, en tanto que promotor –una vez que sea propietario de la superficie del sector– deberá efectuar, en los términos del reglamento de planeamiento concretados en el Plan parcial, las cesiones de dichas superficies a favor del ayuntamiento (sin perjuicio de que puedan convivir con espacios de carácter dotacional privado). Ello explica, en último término, y justifica, la no-repercusión del valor de las superficies que van a tener ese destino. Por consiguiente, entiendo que no nos hallamos ante dos negocios jurídicos (una compraventa, por una parte, y una donación, por otra) sino ante una única operación de compraventa, para el cálculo de cuyo precio no se tiene en cuenta el valor de repercusión de algunos terrenos, como parte de una fórmula de fijación de precio por debajo del valor de mercado, perfectamente lícita, como se expuso en la consideración jurídica primera de este informe.

Definida así la operación que se pretende realizar, el procedimiento a seguir sería el siguiente:

a) En el caso de que la operación consista en un mero contrato privado de compraventa, y teniendo en cuenta la normativa del RBEL sobre enajenaciones (modificada por la norma especial del TRLS de 1976 que permite la venta directa y por debajo del precio de mercado) bastaría un acuerdo municipal, en el que se estableciese, con referencia al convenio, la operación que se va a realizar, la superficie que se vende y el precio de dicha venta. En el expediente deberá constar la valoración pericial de los terrenos (sin perjuicio de que no se vaya a tomar esta para la fijación del precio) así como las

certificaciones administrativas y del Registro de la Propiedad sobre la naturaleza de los bienes. Al amparo del principio de libertad de pactos, pueden incluirse las cláusulas propias de la compraventa que se consideren oportunas. La competencia para la adopción del acuerdo corresponderá al Pleno si la enajenación no estuviera prevista en el presupuesto o si, estándolo, el valor de los bienes excediese del 10% de los recursos ordinarios del presupuesto o, en todo caso, de 500 millones de pesetas. En otro caso, la competencia correspondería al alcalde, salvo, lógicamente, de posibles acuerdos municipales sobre delegación de competencias [cf. artículos 21.1.p) y 22.2.o) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de bases del régimen local]. En el caso de que el acuerdo corresponda al Pleno, se adoptará por mayoría simple, salvo que el valor de los bienes exceda del 20% de los recursos ordinarios del presupuesto, en cuyo caso se requerirá mayoría absoluta, y, por tanto, informe preceptivo de Secretaría [artículo 47.3.j) de la Ley 7/1985, de 2 de abril].

Además, y conforme al artículo 276.1 de la LALG, si el valor de los bienes excediese del 25% de los recursos ordinarios, se precisaría autorización de la comunidad autónoma. No se considera, en cambio, que sea precisa la autorización administrativa superior prevista en el artículo 166 del TRLS de 1976 por tratarse de enajenación por debajo del valor de mercado, ya que ese mecanismo de tutela previsto en una norma preconstitucional debe considerarse derogado por la disposición derogatoria de la Ley de bases del régimen local, así como por la del Texto refundido de disposiciones vigente en materia de régimen local y la propia Ley de Administración local de Galicia, por resultar incompatible con las mismas, que no contemplan ningún supuesto de autorización superior en caso de enajenación de bienes que no sea el ya citado al principio de este párrafo.

Con posterioridad al acuerdo, el contrato debería formalizarse en escritura pública ante notario, para lo que es competente el alcalde, de acuerdo con el artículo 41.1.12 del Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales (Real decreto 2568/1986, de 28 de noviembre).

b) En el caso de que la operación exceda de la simple compraventa y constituya un convenio administrativo complementario del anterior, las formalidades serán las mismas que se describieron para la venta, sin perjuicio de otras que pudiesen derivar del contenido del eventual convenio complementario.

#### **2.4. Subsistencia de contradicciones entre las superficies registradas de titularidad municipal y las contempladas en la planimetría del PGOM**

Si bien esta cuestión no afecta a la operación de venta de la parcela a Xestur, resultaría conveniente aclararla de cara a facilitar la posterior gestión urbanística de los

terrenos, siendo conveniente la adquisición por Xestur de la totalidad de la superficie del sector –salvo, en su caso, las dotaciones públicas ya existentes. Por consiguiente, deberían aclararse estos extremos y, caso de resultar la existencia de propiedades particulares en el sector, procederse a su adquisición. ■

### **Reclamación de daños formulada ante un ayuntamiento por un accidente de circulación por el choque con un jabalí**

Jorge Pueyo Moy  
Jefe de sección de la Asesoría Jurídica  
de la Diputación Provincial  
de Huesca

#### **1. Antecedentes**

*Primero.* Mediante un escrito de fecha 3 de septiembre de 2001 se solicitó asistencia jurídica por parte de un ayuntamiento de la provincia de Huesca para la resolución, entre otros asuntos, de la reclamación de daños formulada por un ciudadano. A esta petición se añadía la propuesta municipal de designación de un letrado concreto.

La Presidencia de la Diputación Provincial de Huesca contestó en fecha 13 de septiembre que, en tanto no hubiera recurso contencioso-administrativo y el ayuntamiento no contara con una póliza de seguros, no se asumiría la defensa jurídica para el ayuntamiento, sin perjuicio de que sí se diera la oportuna asesoría jurídica para la tramitación del expediente administrativo.

Finalmente, el alcalde presidente del ayuntamiento remite un escrito solicitando asesoramiento para la resolución de la reclamación de daños referida –escrito de fecha 16 de octubre, registrada el 22 siguiente–, acompañando la documentación de que dispone el ayuntamiento al respecto.

*Segundo.* Con el objeto de proceder a la emisión del correspondiente informe jurídico, son de relevancia los siguientes hechos, que a continuación se relacionan:

a) Con fecha 8 de abril del año 2000 a las 0.45 horas se produce, al parecer, una colisión del vehículo propiedad del reclamante con un jabalí en el punto kilométrico 148 de la N-240, junto al coto municipal de caza número HU-10418-D.

b) A la mañana siguiente la Guardia Civil levanta un atestado, a requerimiento del accidentado, que consta en el expediente al que nos remitimos.