

## 7. CONTRATO ESPECIAL: MIXTO

**Naturaleza jurídica del contrato suscrito entre la Administración y un particular en orden a la adquisición de una franja de terreno para la ampliación de un Centro Penitenciario, a cambio de un precio cierto y del reconocimiento de un derecho de uso de aguas residuales de dicho Centro en favor de los transmitentes. Consecuencias derivadas de la falta de competencia de la Administración contratante para acceder a la solicitud de aprovechamiento de aguas formulada por los transmitentes\*.**

### ANTECEDENTES

#### 1. En el escrito de consulta se hace constar lo siguiente:

«Con fecha de 26 de agosto de 2004 se ha presentado escrito por parte de don J. M. LL. y don M. LL., antiguos propietarios de los terrenos donde hoy se encuentra enclavado el Centro Penitenciario de ... en el que solicitan una entrevista con responsables de esta Subdirección para solventar unos problemas surgidos con el aprovechamiento de las aguas residuales del Centro.

Este posible conflicto surge de la necesidad de una segunda compra por parte de Instituciones Penitenciarias de una franja de terreno de 7.576 metros cuadrados para la construcción de un muro perimetral y de una depuradora de aguas, situados en terrenos adyacentes a los adquiridos previamente y en la que se llegaba a un acuerdo con los propietarios de 700 pesetas metro cuadrado y una serie de contraprestaciones, entre ellas la autorización para usar las aguas residuales del Centro Penitenciario para riego de las fincas colindantes. Hay que señalar que en esta Unidad no consta la escritura y sí los acuerdos celebrados entre las partes.

Dado que surgen dudas sobre la naturaleza jurídica de este acuerdo, las implicaciones que conlleva a ambas partes, las posibles actuaciones que podrían llevar a cabo en caso de no llegar a una solución y sus posibles repercusiones, es por lo que solicitamos informe al respecto sobre las cuestiones planteadas.»

---

\* Dictamen de la Abogacía General del Estado de 15 de octubre de 2004 (ref.: A. G. Interior 4/04). Ponente: Raquel Ramos Vallés.

7      2. Se adjunta a la solicitud de informe copia de la siguiente documentación:

«1. Orden de 14 de marzo de 1985 del Ministerio de Justicia acordando la adquisición de un terreno en ... para la construcción de un Centro Penitenciario. Documento 1.

2. Compraventa otorgada por don J. M. y don M. LL. a favor del Estado (Dirección General de Instituciones Penitenciarias), de 1 de julio de 1985. Primeros terrenos adquiridos, de una cabida de doce hectáreas, setenta y ocho áreas y diecinueve centiáreas (no son el objeto de la controversia). Documento 2.

3. Informe Técnico sobre la necesidad de adquirir una franja longitudinal en el límite izquierdo de la parcela anteriormente ocupada. Ésta sería de  $378,80 \times 20 = 7.576$  metros cuadrados. Documento 3.

4. Escrito de 30 de diciembre de 1988, presentado por los propietarios de los terrenos colindantes, ofreciendo la venta de la superficie necesaria, con una serie de contraprestaciones. Documento 4.

5. Resolución del Ministerio de Justicia (Dirección General de Servicios) de 12 de abril de 1989, aceptando la oferta planteada y accediendo a las solicitudes, con una serie de matizaciones. En este documento se señala la necesidad de aportar certificación del Registro de la Propiedad, acreditativa de la titularidad y libertad de cargas de la finca para iniciar los trámites oportunos ante la Dirección General de Patrimonio (no se tiene constancia de la recepción de estos documentos, ni de si se han llevado a cabo los trámites oportunos ante la Dirección General de Patrimonio). Documento 5.

6. Instancia de don M. y don J. M. LL., de 4 de julio de 2003, solicitando resolución confirmatoria de la anteriormente mencionada de fecha 12 de abril de 1989, en cuanto al uso de las aguas residuales del Centro Penitenciario. Documento 6.

7. Resolución de la Subdirección General de Servicios Penitenciarios de fecha 26 de diciembre de 2003, señalando que “no tiene inconveniente alguno en mantener el compromiso adquirido en su día por el Ministerio de Justicia [...], con las condiciones observadas en el escrito de 12 de abril de 1989. No obstante lo anterior, deberán recabar la previa obtención de licencias, autorizaciones o permisos necesarios, de acuerdo con la correspondiente legislación sectorial de aplicación en materia de vertidos”. Documento 7.

8. Instancia de don M. y don J. M. LL., de 24 de abril de 2004, ante la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir, en la que se comunica a ese organismo la intención de utilizar las aguas residuales del Centro.

Por parte de ese organismo se dictó resolución de fecha 10 de mayo de 2004, señalando que todo aprovechamiento de aguas debe ser solicitado ante el Organismo de Cuenca correspondiente y, si procede, previo expediente administrativo se otorga la concesión, siendo nulo de pleno derecho cualquier otro tipo de reconocimiento. Documento 8.

3. La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado solicitó información a la Subdirección General de Servicios Penitenciarios del Ministerio del Interior acerca del grado de ejecución del acuerdo en cuestión, siendo informado verbalmente este Centro Directivo de que tanto el muro perimetral como la depuradora proyectados habían sido ya construidos en el Centro Penitenciario de ... sin que, sin embargo, se hubiera procedido a la formalización del acuerdo.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

I. Se formula consulta, en primer lugar, acerca de la naturaleza jurídica del acuerdo alcanzado entre don J. M. y don M. LL. y el Ministerio de Justicia (Subdirección General de Obras y Patrimonio), en virtud del cual aquéllos acceden a enajenar a la Administración una franja de terreno de 7.576 metros cuadrados para la construcción de un muro perimetral y una depuradora en el Centro Penitenciario de ..., obteniendo como contraprestación el precio convenido, a razón de 700 pesetas /metro cuadrado, y una autorización de uso de las aguas residuales del Centro Penitenciario para el riego de las fincas colindantes.

Se solicita informe, en segundo lugar, sobre las implicaciones que dicho acuerdo conlleva para ambas partes, y sobre las posibles repercusiones en caso de no alcanzarse una solución.

Comenzando por la primera de las cuestiones objeto de consulta, resulta preciso examinar la naturaleza jurídica del acuerdo alcanzado, la existencia o no de perfección del contrato y el contenido obligacional del mismo.

### 1) Naturaleza jurídica del acuerdo.

De la documentación que se acompaña se desprende que el acuerdo al que se refiere la consulta es, por razón de su contenido, un contrato mixto, más concretamente un contrato de compraventa con prestaciones distintas de la propia de este contrato, por cuanto que, junto a las prestaciones que, conforme al artículo 1.445 del Código Civil, son propias y características del contrato de compraventa –transmisión de una cosa determinada, en este caso, una franja de terreno, por un precio cierto en dinero– incluye otras diferentes, entre las que se comprende el reconocimiento de un derecho de uso sobre aguas residuales en favor de los transmitentes de los terrenos.

En principio, el contenido obligacional del referido acuerdo no resulta objetable, pues, tal y como reconoce el artículo 1.255 del Código Civil, «los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones

7 que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las Leyes, a la moral y al orden público», principio de libertad de pactos que, en lo que se refiere a las Administraciones Públicas, también consagra el artículo 4 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP), a cuyo tenor «la Administración podrá concertar los contratos, pactos y condiciones que tenga por conveniente, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración y deberá cumplirlos a tenor de los mismos, sin perjuicio de las prerrogativas establecidas por la legislación básica a favor de aquella».

Cabe señalar, en consecuencia, que los pactos y condiciones que las partes, en uso de su libre autonomía de la voluntad y dentro de los límites señalados, hayan decidido establecer, tienen fuerza vinculantes para las mismas y han de ser cumplidos a tenor de los mismos (arts. 1.091 del CC y 4 del TRLCAP, ya citado).

Sentada la anterior conclusión, con arreglo a la cual el contrato que se examina sería, por razón de su contenido obligacional, un contrato mixto, procede examinar su naturaleza jurídica pública o privada, de la que depende el régimen jurídico que la sea aplicable. Atendiendo a lo que constituye la prestación principal del contrato, que es la entrega de unos terrenos a cambio de un precio, estaríamos ante un contrato de compraventa de un inmueble, bien que con prestaciones adicionales o accesorias que posteriormente se analizarán.

El anterior contrato tiene carácter jurídico-público, es decir, se trata de un contrato administrativo y no de un contrato privado.

En la fecha en que los propietarios del terreno formalizaron su oferta, así como en la fecha en que dicha oferta se aceptó por la Administración regían el Texto Articulado de la Ley de Contratos del Estado aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril (LCE) y el Reglamento General de Contratación del Estado aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre (RCE).

El artículo 4 de la LCE, tras calificar en su regla 1.<sup>a</sup> como contratos administrativos los contratos cuyo objeto directo fuesen la ejecución de obras, la gestión de servicios públicos del Estado, así como la prestación de suministros al mismo, en su regla 2.<sup>a</sup> disponía lo siguiente:

«Los contratos distintos de los anteriores, como los de contenido patrimonial, de préstamo, depósito, transporte, arrendamiento, sociedad y cualesquiera otros, que tengan carácter administrativo por declararlo así una Ley, por su directa vinculación al desenvolvimiento regular de un servicio público o por revestir características intrínsecas que hagan precisa una especial tutela del interés público para el desarrollo del contrato, se regirán, en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción por sus normas administrativas especiales; en su defecto, y

por analogía, por las disposiciones de la presente Ley relativas a los contratos de obras, gestión de servicios públicos y suministros, y, finalmente, por las demás normas del Derecho administrativo. En defecto de este último, serán de aplicación las normas del Derecho privado.»

Con fundamento en el artículo 4, regla 2.<sup>a</sup>, de la LCE, el artículo 7 del RCE, tras reiterar en su párrafo primero la citada regla legal sobre el régimen aplicable a los contratos administrativos especiales en punto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción, disponía lo siguiente:

«A los expresados efectos, tendrán carácter administrativo especial los siguientes contratos de la Administración:

1. Los de contenido patrimonial, de préstamo, depósito, transporte, arrendamiento, sociedad y cualesquiera otros cuando concurra en ellos alguna de las circunstancias siguientes:

- a) Que así lo declare expresamente una Ley.
- b) Que esté directamente vinculado al desenvolvimiento regular de un servicio público.
- c) Que revista características intrínsecas que hagan precisa una especial tutela del interés público para el desarrollo del contrato.»

A la vista del artículo 4, regla 2.<sup>a</sup>, de la LCE y del artículo 7 del RCE, no cabe duda de que tenían la consideración de contratos administrativos (los llamados contratos administrativos especiales) y no de contratos privados los contratos de contenido patrimonial en que concurriera alguna de las circunstancias indicadas, es decir, que lo declarase así una Ley, que estuviese directamente vinculado el contrato al desenvolvimiento de un servicio público o que revistiera el contrato características intrínsecas que hiciesen necesaria una especial tutela del interés público.

Pues bien, este carácter de contrato administrativo ha de reconocerse a la compraventa de que se trata aquí, dado que, siendo un contrato de contenido patrimonial, dicha compraventa está directamente vinculada al desenvolvimiento de un servicio público, desde el momento en que la compraventa lo es de unos terrenos cuyo destino es la construcción sobre los mismos de unas obras e instalaciones con destino inmediato a un Centro Penitenciario y para el funcionamiento del mismo (construcción de un muro perimetral del Centro y de una depuradora de aguas para el mismo), siendo, por tanto, patente y notoria la vinculación directa e inmediata de la compraventa a un fin o servicio público.

A la misma conclusión –configuración del contrato de compraventa de que aquí se trata como un contrato administrativo y no como un contrato privado– conduce la legislación actualmente vigente.

El artículo 5 del TRLCAP dispone lo siguiente:

«1. Los contratos que celebre la Administración tendrán carácter administrativo o carácter privado.

2. Son contratos administrativos:

a) Aquellos cuyo objeto directo, conjunta o separadamente, sea la ejecución de obras, la gestión de servicios públicos y la realización de suministros, los de consultoría, asistencia o de servicios [...].

b) Los de objeto distinto a los anteriormente expresados, pero que tengan naturaleza administrativa especial por resultar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante, por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla o por declararlo así una Ley.

3. Los restantes contratos celebrados por la Administración tendrán la consideración de contratos privados y en particular, los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, propiedades incorpóreas y valores negociables [...]

Con arreglo al precepto que acaba de transcribirse son contratos administrativos no sólo los enumerados en su apartado 2.a) –contratos de obras, gestión de servicios públicos, suministro, consultoría y asistencia o servicios–, sino también los contratos de objeto distinto a los indicados cuando: 1) resulten vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante; 2) satisfagan de forma directa e inmediata una finalidad pública de la específica competencia de dicha Administración; y 3) cuando lo declare así una Ley.

Pues bien, reiterando lo dicho, no cabe duda de que la compraventa de que aquí se trata ha de caracterizarse como un contrato administrativo, ya que queda comprendida en el apartado 2.b) del artículo 5 del TRLCAP: se trata de un contrato de objeto distinto a los enumerados en el apartado 2.a) del citado precepto y, como se ha dicho, es clara su vinculación directa e inmediata a una finalidad pública (el terreno se adquiere para la construcción del muro perimetral del Centro Penitenciario y para la construcción de una depuradora de aguas que precisa el propio Centro); dicho en otros términos, se trata de un contrato que se caracteriza «por satisfacer de forma directa e inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla» (Administración Penitenciaria).

No desvirtúa este criterio la circunstancia de que el artículo 5.3 del TRLCAP, al aludir a los contratos privados de la Administración, enumere a los contratos de compraventa sobre bienes inmuebles, ya que, como se encarga de señalar dicho precepto, ello es para «los restantes contratos celebrados por la Administración», es decir, para los contratos que no estén comprendidos en el apartado 2.b) del artículo 5, por lo que si el contrato de compraventa (y lo mismo puede decirse de los demás contratos que enumera el apartado 3 de dicho precepto) está comprendido en el apartado 2.b), por concurrir alguna de las circunstancias que establece esta norma, dicho contrato de compraventa será administrativo y no privado.

Aunque el TRLCAP aluda, al delimitar los contratos privados, a ciertos contratos como los de compraventa y arrendamiento sobre bienes

inmuebles, ello no significa que éstos tengan siempre carácter privado, pues éste será el caso siempre y cuando no reúnan las notas propias de los contratos administrativos; si tales notas están presentes serán contratos administrativos de compraventa (*vid.* Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1980, Ar. 2843; 24 de febrero de 1987, Ar. 3359; 16 de diciembre de 1988, Ar. 10161), de arrendamiento de bienes (Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 1978, Ar. 132; 7 de marzo de 1983, Ar. 1622; 15 de marzo de 1985, Ar. 2824) u otros tipos contractuales propios del Derecho privado como la permuta (sentencia de 13 de julio de 1988, Ar. 6060). En este sentido, y a propósito del contrato de compraventa, la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1980 (Ar. 5020) precisa que «si bien es cierto que, en principio, el contrato de compraventa de un bien inmueble por un ente municipal debe considerarse de carácter civil [...], no es menos cierto que cuando el contrato de que se trata tienda a la satisfacción directa e inmediata de una finalidad pública [...] y se integra dicha finalidad en la causa del contrato, debe subsumirse éste dentro de un concepto amplio de obras y servicios públicos».

Tratándose, pues, de un contrato administrativo, su preparación y adjudicación deberían haberse efectuado con arreglo a las normas del Derecho administrativo, en particular, con arreglo a las normas del entonces vigente Texto Articulado de la Ley del Patrimonio del Estado aprobado por Decreto 1022/1964, de 5 de abril, que preveía la posibilidad de la adquisición directa (art. 55), como era lo procedente en el caso de que se trata por obvias razones, tras lo cual debería haberse otorgado la correspondiente escritura pública e inscribirse la adquisición así efectuada en el Registro de la Propiedad.

Dado que, según se ha informado verbalmente a este Centro Directivo, ninguna de dichas actuaciones se ha efectuado, procede analizar, con carácter previo al examen de la concurrencia o no del incumplimiento contractual que denuncia la parte vendedora, las consecuencias que se siguen por no haberse realizado las mencionadas actuaciones.

## 2) Perfección del contrato.

Al ser el contrato de compraventa de que aquí se trata un contrato administrativo, su perfección tendría que haber tenido lugar en virtud del oportuno acto de adjudicación; así resulta de lo que disponía el artículo 4, regla 2.ª, de la derogada LCE en relación con el artículo 32 de dicho texto legal y las previsiones de la LPE.

Dado que, como se ha dicho, no se efectuó actuación alguna de preparación y adjudicación del contrato, cabría entender que el contrato no sólo no se perfeccionó, sino que incluso se habría incurrido en el supuesto de nulidad de pleno derecho que sancionaba el artículo 47.1.c) de la entonces vigente Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958 y que hoy sanciona el artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de

7 Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, cual es la de haberse prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

Ahora bien, en el supuesto que se examina no sólo existe un acuerdo de voluntades entre la parte vendedora (don J. M. y don M. LL.), y la parte compradora (la Administración General del Estado), desde el momento en que los primeros ofrecen la transmisión de la franja de terreno colindante al Centro Penitenciario en la que, según los estudios técnicos, procede emplazar el muro perimetral y la depuradora proyectados, por un precio de 700 pesetas el metro cuadrado y a cambio de una serie de prestaciones accesorias (la concesión administrativa del aprovechamiento de las aguas residuales del Centro para el riego de su finca, la dotación a dicha finca de un punto de derivación de energía eléctrica en alta, y la autorización administrativa para la conexión a la red de agua potable en la arqueta donde el Centro tiene la toma de la red pública), y la Administración (la Subdirección General de Obras y Patrimonio del Ministerio de Justicia) acepta dicha oferta en su Resolución de 12 de abril de 1989 (con posterioridad existe una nueva plasmación del acuerdo de voluntades entre las partes en la Resolución de 26 de diciembre de 2003, dictada, en esta ocasión, por la Subdirección General de Servicios Penitenciarios del Ministerio del Interior que, en contestación al escrito de don J. M. y don M. LL. de 4 de julio de 2003, por el que se solicitaba «confirmación expresa de la concesión en su día otorgada, sirviendo este escrito de petición en forma», se declara que «... este Centro Directivo, a la vista de lo expuesto anteriormente, no tiene inconveniente alguno en mantener el compromiso adquirido en su día por el Ministerio de Justicia, en cuanto a su solicitud de aprovechamiento de aguas residuales, con las condiciones observadas en el escrito de 12 de abril de 1989»), sino que, de la información facilitada verbalmente a este Centro Directivo, resulta que el acuerdo alcanzado entre los señores LL. y el Ministerio de Justicia (Subdirección General de Obras y Patrimonio), ha sido ejecutado en lo que se refiere a sus prestaciones principales (entrega de los terrenos y pago del precio pactado), por cuanto que, según se indica, el muro perimetral y la depuradora ya han sido construidos sobre los terrenos objeto de contrato, lo que presupone la entrega de los mismos, y la parte vendedora no ha formulado reclamación alguna en relación con el precio, por lo que cabe entender que éste ha sido satisfecho.

Así las cosas, y ante la realidad de los hechos consumados, ni puede desconocerse ésta ni, en consecuencia, sería jurídicamente viable la invocación, por parte de la Administración del Estado de vicios, formales o sustantivos, tendentes a dejar completamente sin efecto la situación creada, máxime cuando tales vicios son imputables a la propia Administración. En suma, y ante la ejecución material del referido acuerdo ha de aceptarse la misma y, partiendo de ello, admitir una situación que, aun siendo completamente fáctica, equivale a la que habría resultado de haberse procedido regularmente, es decir, dando cumplimiento a las previsiones de la LCE y de la LPE.



### 3) Contenido del contrato.

A la vista del acuerdo alcanzado entre los señores LL. y la Administración del Estado (Ministerio de Justicia), los primeros se obligaron a transmitir los terrenos necesarios para el emplazamiento del muro perimetral y la depuradora en el Centro Penitenciario de ..., y la Administración se obligó, como parte compradora, al abono del precio convenido, así como también a las prestaciones accesorias que se han enumerado anteriormente y entre las que se incluye la concesión de uso de las aguas residuales del Centro.

Exigiéndose que la obligación asumida por un contrato sea, además de posible (desde el punto de vista material) y determinada, lícita (arts. 1.271 y siguientes del CC), la prestación consistente en el otorgamiento de una concesión para el aprovechamiento de aguas residuales no puede, considerada abstractamente, reputarse ilícita, es decir, contraria a Derecho, puesto que el otorgamiento de concesiones sobre el dominio público hidráulico es un acto regulado y, por tanto, admitido por la legislación sectorial (Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio –TRLA– y Reglamento del Dominio Público Hidráulico, aprobado por Real Decreto 849/1986, de 11 de abril). Ahora bien, cuestión distinta es que en el concreto caso de que se trate sea legalmente procedente el otorgamiento de una concesión hidráulica, ya que, como fácilmente se comprende, no podrían violentarse las prescripciones de la legislación sobre aguas a pretexto de que la Administración se hubiese obligado como prestación asumida por ella en una relación contractual y, por esta vía, que se otorgase una concesión que legalmente no procediese.

Partiendo de la anterior premisa y dado que, por otra parte, no correspondía al Ministerio de Justicia ni al Ministerio del Interior (Departamento este último que actualmente ostenta la competencia en materia penitenciaria) el reconocimiento de derechos especiales o exclusivos sobre las aguas, sino al Organismo de Cuenca competente [arts. 24.a), 52.1 y 59.1 del TRLA], el Ministerio de Justicia no debió acceder a la solicitud de aprovechamiento de aguas (dicho Departamento accedió al aprovechamiento de aguas residuales en su Resolución de 12 de abril de 1989) ni, por ser éste elemento relevante de la oferta formulada por los señores LL., aceptar ésta, sino que debió supeditar la aceptación de la oferta a que el Organismo de cuenca competente se pronunciase sobre el otorgamiento de la concesión, comunicándolo así a los ofertantes el aludido Departamento ministerial, de forma que, sólo una vez que dicho Organismo de Cuenca hubiese mostrado su parecer favorable al otorgamiento de la concesión, podría entonces aceptarse la oferta para tramitar luego el oportuno expediente de contratación con arreglo a las previsiones de la LCE y de la LPE.

**II.** La falta de otorgamiento de la concesión de uso de aguas residuales es considerada por los vendedores como incumplimiento del contrato; así, en su escrito de 23 de agosto de 2004 invocando el artículo 1.124 del CC

7 (precepto que, en relación con las obligaciones recíprocas, permite a la parte que cumplió su obligación, ante la situación de incumplimiento de la otra, exigir, bien la resolución de la obligación, bien su cumplimiento, con resarcimiento de daños y perjuicios en ambos casos), reclaman una indemnización de daños y perjuicios causados por considerar la resolución de la venta «de todo punto improcedente por los perjuicios que al servicio público se producirían».

Ahora bien, con carácter previo al reconocimiento de tal derecho de indemnización procede verificar si la prestación cuyo incumplimiento se denuncia (el otorgamiento de una concesión de uso de aguas residuales por el órgano competente según la legislación sectorial en materia de aguas), resulta o no de posible cumplimiento desde el punto de vista legal.

En este sentido ha de señalarse que no consta en la documentación remitida que los interesados, don J. M. y don M. LL., hayan solicitado formalmente el otorgamiento de la concesión de uso a la Confederación Hidrográfica. Así, en el escrito que con fecha de 30 de abril de 2004 dirigen a la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir, cuya copia se adjunta como documento número 8, se limitan a «comunicar a esa Confederación la intención de esta parte de utilizar las aguas residuales del Centro Penitenciario que permitan dar cumplimiento a la concesión que en su día dio el Ministerio de Justicia y ha sido confirmada en el 2003 por Instituciones Penitenciarias (Ministerio del Interior) como parte del precio de la venta realizada». Y, lógicamente, a falta de solicitud expresa de parte, no es posible que la Confederación Hidrográfica haya resuelto expresamente sobre la procedencia de acceder o no al otorgamiento de la concesión, pues en el escrito de 10 de mayo de 2004 la Confederación Hidrográfica se limita a indicar que «todo aprovechamiento de aguas debe ser solicitado ante el Organismo de Cuenca correspondiente, en este caso la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir, que una vez tramitado, si procede, expediente administrativo, con el visto bueno de la Oficina de Planificación Hidrológica, se puede otorgar concesión de aguas públicas».

Ante la situación descrita, este Centro Directivo considera que procede instar a los vendedores, don J. M. y don M. LL., a que soliciten en forma el otorgamiento de la concesión de uso de aguas residuales ante el Organismo de Cuenca competente, solicitud que deberá ser apoyada por el Ministerio del Interior (Subdirección General de Instituciones Penitenciarias), como interesado en dicho otorgamiento en la medida de que del mismo depende que pueda reputarse cumplido el acuerdo de compraventa en su día alcanzado o que, en caso contrario, pueda apreciarse una situación que pudiera, en su caso, generar algún tipo de responsabilidad para la Administración.

En este sentido debe tenerse en cuenta que son los interesados (la parte vendedora) quienes han de solicitar el otorgamiento de la concesión (como, por otra parte, se indicaba en la Resolución de la Subdirección

General de Servicios Penitenciarios de 26 de diciembre de 2003, antes citada) y que, en tanto la Confederación Hidrográfica no desestime expresamente su solicitud, no cabe apreciar una situación que, según lo dicho, pudiera generar algún tipo de responsabilidad para la Administración.

Del otorgamiento de dicha concesión dependerá que se pueda considerar totalmente cumplido el acuerdo de continua referencia; de su denegación, que pueda apreciarse una situación de incumplimiento contractual imputable a la Administración o una situación equivalente que pudiera generar la responsabilidad de la misma.

En consecuencia, una vez se haya dictado la correspondiente resolución en el expediente de concesión de uso de aguas residuales que se tramite ante la Confederación Hidrográfica, procede dar traslado de la misma a este Centro Directivo, para que, a la vista de su resultado, se dictamine sobre las actuaciones que, en cada caso, deban seguirse.

En atención a todo lo expuesto, la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado formula las siguientes

## CONCLUSIONES

**Primera.** El acuerdo alcanzado entre don J. M. y don M. LL. y el Ministerio de Justicia (Subdirección General de Obras y Patrimonio) por el que los primeros convinieron transmitir una franja de terreno de 7.576 metros cuadrados para la construcción de un muro perimetral y de una depuradora de aguas en el Centro Penitenciario de ... por un precio de 700 pesetas por metro cuadrado y una serie de contraprestaciones adicionales, entre ellas, la concesión del derecho de uso de las aguas residuales del Centro para el riego de su finca, es un contrato mixto, más concretamente, un contrato de compraventa con prestaciones distintas de las propias de este contrato, de naturaleza jurídico-pública –contrato administrativo–.

**Segunda.** Dado que el otorgamiento de concesiones para el aprovechamiento de aguas sólo procede con arreglo a las previsiones de la legislación sectorial correspondiente (actualmente, Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio y Reglamento del Dominio Público, aprobado por Real Decreto 849/1986, de 11 de abril), y puesto que el mismo corresponde al Organismo de Cuenca competente, el Ministerio de Justicia no debió acceder a la solicitud de aprovechamiento de aguas formulada por don J. M. y don M. LL. ni, por ser éste elemento relevante de la oferta formulada por los señores LL., aceptar dicha oferta, sino que debió supeditar la aceptación de la misma a que el Organismo de Cuenca competente se pronunciase sobre el otorgamiento de la concesión, comunicándolo así a los ofertantes el aludido Departamento ministerial, de forma que, sólo una vez que dicho Organismo de Cuenca hubiese mostrado su parecer favorable al otor-

7 gamiento de la concesión, podría entonces aceptarse la oferta para tramitar luego el oportuno expediente de contratación con arreglo a las previsiones del Texto Articulado de la Ley de Contratos del Estado, aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril y del Texto Articulado de la Ley de Patrimonio del Estado, aprobado por Decreto 1022/1964, de 5 de abril.

**Tercera.** No obstante no haberse procedido en la forma indicada en la anterior conclusión, no puede desconocerse la realidad de la ejecución del acuerdo reseñado en la conclusión primera en cuanto a sus prestaciones principales (entrega del terreno –y subsiguiente ejecución de las obras– y pago del precio) ni es jurídicamente viable la invocación, por parte de la Administración de vicios, formales o sustantivos, tendentes a dejar completamente sin efecto la situación creada. Ante la ejecución material del referido acuerdo, ha de aceptarse la misma y, partiendo de ello, admitir una situación que, aun siendo completamente fáctica, equivale, en cuanto a su resultado material, a la que se habría conseguido de haberse procedido regularmente.

**Cuarta.** De no otorgarse la concesión de aprovechamiento de aguas residuales por no ser legalmente posible, podría apreciarse una situación que, en principio, sería susceptible de generar responsabilidad de la Administración.

**Quinta.** Con carácter previo al reconocimiento de cualquier responsabilidad a cargo de la Administración, procede instar a los vendedores, don J. M. y don M. LL., a que soliciten ante el Organismo de Cuenca competente el otorgamiento de la concesión de uso de aguas residuales, solicitud que debería ser apoyada por la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, en la medida en que de su otorgamiento depende la posibilidad de reputar cumplido o incumplido en acuerdo en su día alcanzado.

Una vez la Confederación Hidrográfica haya dictado resolución en el expediente de concesión de aguas que se tramite al efecto, deberá remitirse copia de dicha resolución a este Centro Directivo, para que, a la vista de lo en ella acordado, se emita nuevo dictamen sobre las actuaciones que proceda adoptar.