

INFORME JURÍDICO: DERECHO DE RETRACTO EN SUBASTA DE COTO DE CAZA

ANTECEDENTES

Primero.- La Alcaldesa del Ayuntamiento de XXXX, solicita, mediante escrito de fecha YYYY que se emita informe, por este Servicio de Asistencia a Municipios, Arquitectura y Urbanismo, sobre la posibilidad de aplicación del derecho de retracto en la subasta de un coto de caza. Requerida para subsanar la solicitud aportando informe de secretaría, este es aportado con fecha XXXX.

Segundo.- El Ayuntamiento de XXXX manifiesta:

-que es titular de un coto de caza en XXXX, denominado YYYY, que estaba adjudicado a un particular en su explotación.

-que en el año XXXX se hace una ampliación de dicho coto, manteniendo el contrato con el adjudicatario, limitando el aprovechamiento a las hectáreas estipuladas en el contrato para mantenimiento de la caza en el coto.

-que cumplido el contrato se saca a licitación el aprovechamiento del coto, incluyendo todas las hectáreas, originales y añadidas.

-una vez abiertas las plicas de la licitación, se producen varias reclamaciones. El Ayuntamiento solicita informe jurídico sobre las alegaciones presentadas

Tercero.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 14 del Reglamento del Servicio de Asistencia a Municipios, junto con dicha solicitud, se remiten por el Ayuntamiento los siguientes documentos:

- Informe del Secretario Interventor
- Copia del acta de la mesa de contratación de apertura de ofertas presentadas

Sobre los referidos antecedentes han de considerarse los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- El presente informe se emite en virtud de lo previsto en el Reglamento de Asistencia Jurídica, Económica y Técnica de los municipios de la provincia de Zamora, publicado en el BOP de Zamora nº 41 de 5 de abril de 2004, que regula el funcionamiento del Servicio de Asistencia a Municipios de la Diputación Provincial de Zamora, estableciendo los requisitos y

procedimiento para dicha asistencia, dando cumplimiento de este modo a lo dispuesto en el artículo 36.1.b) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, que establece que es competencia de las Diputaciones Provinciales la asistencia y la cooperación jurídica, económica y técnica a los Municipios, especialmente los de menor capacidad económica y de gestión.

Se han cumplido los requisitos y procedimiento establecidos en dicho Reglamento; en concreto, la petición de informe está suscrita por la Alcaldesa de la entidad local y dirigida al presidente de la Corporación Provincial (art. 13.1).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15.2 del citado Reglamento, el informe emitido no será vinculante para la entidad local solicitante.

Segundo.- El artículo 41 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por el Real Decreto 1372/1986 dispone que «el aprovechamiento de la riqueza cinegética o piscícola se regulará por la Legislación especial aplicable y por la normativa reguladora de la contratación de las Corporaciones Locales».

En este caso la Legislación sectorial especial viene integrada por la Ley 4/1996, de Caza de Castilla y León y por el Decreto 83/1998, de 30 de abril por el que se desarrolla reglamentariamente la anterior Ley. A este respecto y en relación con los cotos privados de caza señala el artículo 22.2 y 3 de la Ley 4/1996 lo siguiente:

2. El arriendo, la cesión, el encargo de gestión, o cualquier otro negocio Jurídico con similares efectos, de los aprovechamientos cinegéticos por los titulares de los cotos privados de caza, no eximirá a éstos de sus responsabilidades, como tales titulares, a los efectos de lo dispuesto en esta Ley, salvo acuerdo entre las partes.

3. En los casos de nuevos arrendamientos, y para favorecer y fomentar la continuidad de la gestión cinegética, se establecen los derechos de tanteo y retracto a favor de los arrendatarios preexistentes, en los términos y con las condiciones que reglamentariamente se determinen.

A dicho precepto añade el artículo 27.3 del Decreto 83/1998 lo siguiente:

3. En los casos de nuevos arrendamientos, el titular de un acotado estará obligado a comunicar, de forma fehaciente, las ofertas recibidas al anterior arrendatario, indicando al menos, precio, condiciones del arrendamiento y nombre del postor, pudiendo aquel ejercitar el derecho de tanteo en el plazo de veinte días naturales desde la comunicación. Así mismo, el arrendatario anterior tendrá derecho de retracto en el plazo máximo de nueve días naturales desde la celebración del contrato y si ésta no se conociera se contará dicho término desde la notificación del negocio Jurídico al Servicio Territorial.

En el caso de que ofrecido debidamente no se ejercite el derecho de tanteo en plazo, no podrá ejercitarse el derecho de retracto, siempre que se mantengan las condiciones que le fueron comunicadas.

El Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León tiene declarado que el derecho de retracto establecido en la Ley de caza y desarrollado en su

reglamento no es disponible por las partes y no pueden contenerse en los pliegos cláusulas que impliquen su exclusión.

Sentencia de 18 noviembre de 2002 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de Burgos, Sala de lo Contencioso administrativo, “No puede dejarse al arbitrio de la Administración titular de la tierra, el reconocimiento de los derechos reconocidos en la Ley, pues, no se le concede esta facultad, y además el acuerdo así adoptado es contrario a una norma de rango superior, con violación de lo dispuesto en el artículo 51 de la Ley 30/92 (artículo 128 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas) , y lo preceptuado en el artículo 22.3 de la Ley 4/1996”.

Y en la más reciente de la misma sala de 18 abril de 2008, sobre este mismo asunto:” Poniendo en relación dicha normativa transcrita, sobre todo lo dispuesto en la normativa sectorial de caza reseñada, y la Jurisprudencia transcrita con la cuestión de autos no ofrece ninguna duda que la Ley 4/1996 de Caza de Castilla y León reconoce de forma imperativa, y al margen de la voluntad de la Administración, al arrendatario preexistente el derecho a ejercitar el derecho de tanteo y retracto en el caso del nuevo arrendamiento, y ello para «favorecer y fomentar la continuidad de la gestión cinegética», como expresamente señala el artículo 22.3 de la Ley de Caza 4/1996; y esta Sala se ha pronunciado con reiteración sobre los requisitos subjetivos, objetivos y formales que deben concurrir para poder ejercitar tales derechos, sobre la circunstancia de que dicho derecho no es ajeno al derecho administrativo y que tampoco es disponible para la Administración contratante, amén de que la Sala advierte sobre los eventuales fraudes de Ley que en este ámbito pueden cometerse para impedir el ejercicio de dicho derecho de tanteo y retracto. Así, no ofrece ninguna duda que para poder reconocer y ejercitar ese derecho de tanteo y retracto se necesita la preexistencia de un arrendatario anterior, que éste lo sea de los aprovechamientos cinegéticos de un coto de caza y que se proceda a verificar la contratación de un nuevo arrendamiento de esos mismos aprovechamientos.”

Se considera pues admisible dentro de un procedimiento de adjudicación de aprovechamientos cinegéticos, tramitado de conformidad a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, el otorgamiento de los derechos de tanteo o retracto a favor del anterior arrendatario en la forma y plazos determinados en el apartado 3 del art. 27 del Decreto 83/1998, de 30 de abril, citado.

Tercero.- En cuanto a la alegación de que las propuestas presentadas hacen referencia a una legislación derogada, en concreto al texto refundido de la Ley de contratos del sector público aprobado por RD legislativo 3/2011 y no a la vigente ley de contratos Ley 9/2017 de contratos del Sector público y por tanto deben declararse nulas de pleno derecho, hay que hacer constar que:

- el pliego de condiciones aprobado por el Ayuntamiento que rige el aprovechamiento de caza mayor y menor del coto “XXXX, en el monte de

utilidad pública n.º XXXX” en la localidad de YYYY, en cuanto a las Propositiones, establece que “ Podrán presentar proposiciones todas aquellas personas físicas o jurídicas que tengan plena capacidad para contratar y no se hallen incurso en ninguna de las incompatibilidades a las que se refiere el artículo 71 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, Reguladora de Contratos del Sector Público.

Se presentarán en dos sobres cerrados, debidamente firmados por el licitador o persona que lo represente, que contendrán:

Sobre “A”: Contendrá exclusivamente la proposición económica conforme al modelo que se anexa.

Sobre “B”: Justificante de haber constituido fianza provisional del 3% del presupuesto mínimo de licitación, declaración de no estar incurso en causa de prohibición para contratar, en caso de personas jurídicas poder de bastanteo, haciendo constar en cada uno de los sobres, nombre del licitador, fotocopia del N.I.F y domicilio.”

- La jurisprudencia ha seguido un criterio restrictivo al aplicar las causas de nulidad indicando que solo pueden ser aplicables a las infracciones expresamente previstas en la Ley. Por lo tanto, en el caso de existir defectos parciales en el documento que presenta el interesado no podemos hablar de la existencia de nulidad de pleno derecho.

Para apreciar una supuesta anulabilidad procedimental debe ponderarse la importancia que reviste el defecto detectado, la relevancia del derecho conculcado, y la posición en la que queden los interesados, en particular su posible indefensión.

La forma, ha de ser entendida como garantía para los administrados no como «hito formal obstaculizador del procedimiento». La anulación debe interpretarse siempre de forma restrictiva y sólo cuando la proposición carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a indefensión de los interesados.

- El hacer referencia simplemente a una legislación derogada es un defecto formal que deberá ser subsanado, requiriendo a los licitadores para que acrediten que tienen plena capacidad para contratar y no se hallan incurso en ninguna de las incompatibilidades a las que se refiere el artículo 71 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, Reguladora de Contratos del Sector Público, antes de seguir con la tramitación del procedimiento.

Por todo ello, y en base a la exposición jurídica aquí enumerada, pueden formularse las siguientes

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Se considera pues admisible dentro de un procedimiento de adjudicación de aprovechamientos cinegéticos, tramitado de conformidad a la Ley 9/2017, de 8 de Noviembre, de Contratos del Sector Público, el otorgamiento de los derechos de tanteo o retracto a favor del anterior

arrendatario en la forma y plazos determinados en el apartado 3 del art. 27 del Decreto 83/1998, de 30 de abril, citado y el artículo 22.2 y 3 de la Ley 4/1996 de 12 de Julio, de Caza de Castilla y León

SEGUNDA.- El hacer referencia simplemente a una legislación derogada es un defecto formal que deberá ser subsanado, requiriendo a los licitadores para que acrediten que tienen plena capacidad para contratar y no se hallan incurso en ninguna de las incompatibilidades a las que se refiere el artículo 71 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, Reguladora de Contratos del Sector Público, antes de seguir con la tramitación del procedimiento.