

Acuerdo n^o: **34/14**
Consulta: **Alcaldesa de Quijorna**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **12.11.14**

ACUERDO de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 12 de noviembre de 2014, emitido ante la consulta formulada por la alcaldesa de Quijorna, a través del consejero de Presidencia, Justicia y portavoz del Gobierno, al amparo del artículo 13.1 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, sobre la resolución del contrato de constitución de derecho de superficie para la construcción y explotación de parque deportivo sobre terrenos de la Dehesa Boyal del Ayuntamiento de Quijorna, celebrado con la empresa A.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 20 de octubre de 2014 tuvo entrada en el registro del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen preceptivo formulada por el consejero de Presidencia, Justicia y Portavoz del Gobierno, con fecha 24 de julio de 2014, sobre petición firmada por el alcalde de Quijorna relativa al expediente sobre la resolución del contrato de constitución de derecho de superficie para la construcción y explotación de parque deportivo sobre terrenos de la Dehesa Boyal del Ayuntamiento de Quijorna, celebrado con la empresa A.

El estudio de la ponencia correspondió, por reparto de asuntos, a la Sección V, presidida por el Excmo. Sr. D. Andrés de la Oliva Santos, que formuló y firmó la oportuna propuesta de acuerdo, deliberada y aprobada

por unanimidad en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 12 de noviembre de 2014.

El escrito de solicitud de dictamen fue acompañado de la documentación que, numerada y foliada, se consideró suficiente.

SEGUNDO.- Del expediente remitido se extraen los siguientes hechos de interés para la emisión del dictamen:

1. El Pleno del Ayuntamiento de Quijorna en sesión celebrada el día 2 de marzo de 2010 acordó aprobar el expediente de contratación, mediante procedimiento abierto de la contratación y adjudicación de un derecho de superficie para la construcción y explotación de parque deportivo sobre los terrenos de la Dehesa Boyal del Ayuntamiento de Quijorna, así como el pliego de prescripciones técnicas y el pliego de cláusulas económico administrativas que habían de regir dicha contratación.

2. En sesión celebrada el día 1 de junio de 2010, el Pleno del Ayuntamiento acordó la adjudicación provisional del citado contrato a la mercantil “A”, por ser el único ofertante y en las condiciones recogidas en su oferta económica.

3. Tras la presentación de aval bancario para la garantía definitiva por importe de 94.320 €, de 15 de octubre de 2010, y del certificado de la Agencia Tributaria de estar al corriente de sus obligaciones tributarias, certificado del Impuesto de Actividades Económicas de la Agencia Tributaria y Certificado de la Tesorería de la Seguridad Social de no tener pendiente de ingreso ninguna reclamación por deudas ya vencidas con la seguridad social, la adjudicación definitiva fue realizada por decreto de la Alcaldía de 3 de noviembre de 2010, formalizándose el contrato el día 16 de noviembre de 2010.

4. La cláusula octava del contrato, relativa a su régimen jurídico establece:

“En lo no previsto en el presente contrato y en los pliegos de condiciones técnicas, de cláusulas administrativas y oferta económica y documentación técnica (sobre B), respecto de las relaciones jurídicas derivadas del presente contrato se estará:

- En cuanto a la preparación y adjudicación del contrato, a las disposiciones vigentes en materia de contratación del Sector Público Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (...) y Reglamento de desarrollo, aprobado por el Real Decreto 1098/2001.

- En cuanto a sus efectos y extinción, por las disposiciones del Derecho Civil Común”.

5. El día 7 de junio de 2013, la empresa adjudicataria del contrato presenta escrito en el que *“a fin de actualizar y ratificar la solvencia económica financiera de la empresa A, acreditada en su día”*, solicita autorización y aceptación al Ayuntamiento para incorporar a su accionariado a la empresa B y *“la aceptación de la acreditación de solvencia económico financiera presentada por dicha empresa y que actualiza la acreditación de solvencia presentada inicialmente por A”*. Solicitud que reitera el día 20 de junio de 2013.

Con fecha 25 de junio de 2013, la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Quijorna acuerda tomar conocimiento y aceptar la incorporación de la mercantil B al accionariado de A mediante la adquisición de participaciones societarias que se acuerden entre ambas partes. En relación con la solvencia económico financiera, el acuerdo indica que *“se llevarán a efecto los trámites oportunos, una vez resulte acreditado el contenido del apartado anterior”*.

6. El día 18 de julio de 2014, tiene entrada en el registro del Ayuntamiento de Quijorna notificación de diligencia de embargo de aval bancario de C de 14 de octubre de 2010 constituido por la sociedad adjudicataria del contrato hasta cubrir un importe de 89.546,66 €.

A la vista de la anterior diligencia de embargo, el alcalde solicita informe a la Secretaría-Intervención sobre el procedimiento a seguir para la resolución del contrato.

Con fecha 31 de julio de 2014, el Secretario-Interventor emite informe el que concluye que procede la incoación de un procedimiento de resolución contractual, de conformidad con el artículo 223.b), f) e i) TRLCSP y en el PCAP,

“- Por haber sido declarada la mercantil citada en situación de insolvencia provisional por Juzgado de lo Social.

- Por no estar al corriente con sus obligaciones con la Seguridad Social por importe total acreditado en el expediente por importe de 89.546,66 euros y ser ésta una causa de imposibilidad de contratar y por tanto una causa de nulidad de pleno derecho del contrato.

- Por no acreditar la solvencia económico financiera para la ejecución del citado contrato”.

7. Por escrito presentado el día 12 de septiembre de 2014, la adjudicataria del contrato solicita *“un plazo de sesenta días para presentar las acreditaciones oportunas y poder realizar los trámites administrativos necesarios para regularizar la situación económica de la empresa”.*

8. Ese mismo día, 12 de septiembre, el Pleno del Ayuntamiento de Quijorna acuerda incoar el procedimiento de resolución del contrato de constitución de derecho de superficie para la construcción y explotación de parque deportivo sobre terrenos de la Dehesa Boyal del Ayuntamiento de

Quijorna, celebrado con la empresa A, por los motivos anteriormente citados, y da audiencia a la empresa adjudicataria del contrato y a la entidad avalista.

Por escrito presentado el 26 de septiembre de 2014, la empresa adjudicataria del contrato presenta alegaciones en las que manifiesta que la elevación a público del contrato no se ha podido realizar hasta la fecha por causa inicialmente imputable al Ayuntamiento de Quijorna (faltaba -según manifiesta- el visto bueno de la Comunidad de Madrid. Según expone en su escrito:

“A solicitó a ese ayuntamiento la elevación a público del contrato de adjudicación, según consta en documento que se adjunta, con fecha 27 de enero de 2011, momento en el que nuestra empresa cumplía todos los requisitos legales para su elevación a público; y dado que dicho trámite se retrasó, nuestra empresa tuvo que prescindir de los inversores y financiación de que disponía en ese momento y cambiar los planteamientos de la línea de negocio prevista, sufriendo las consecuencias económicas del retraso ocasionado por causas ajenas a nosotros y derivando en la situación actual con el consiguiente perjuicio ocasionado”.

Con fecha 3 de octubre de 2014, el secretario interventor del Ayuntamiento realiza informe jurídico en el que considera que en las alegaciones del adjudicatario resulta reconocida implícitamente la insolvencia de la empresa, aunque se trate de una situación provisional y transitoria y propone desestimar las alegaciones presentadas.

Ese mismo día, 3 de octubre de 2014, el alcalde dicta propuesta de resolución desestimatoria de las alegaciones presentadas y de resolución del contrato.

A la vista de los hechos anteriores, cabe hacer la siguiente,

CONSIDERACIÓN DE DERECHO

ÚNICA.- De acuerdo con el artículo 13.1. letra.f).4º de la Ley 6/2007 de 21 de diciembre, Reguladora del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, este órgano deberá ser consultado en los expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid concernientes, entre otros aspectos relacionados con la contratación del sector público, a la resolución de los contratos administrativos, *“en los supuestos establecidos por la legislación de contratos de las Administraciones Públicas”*.

Asimismo, el artículo 195.3 de la 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), vigente en el momento de aprobación de los pliegos de contratación (y sin perjuicio de lo que posteriormente se expondrá), se refiere a la necesidad de dictamen del Consejo de Estado u órgano equivalente de las Comunidades Autónomas, en los supuestos de interpretación, nulidad y resolución de contratos administrativos, cuando se formule oposición por el contratista.

En el presente caso, resulta necesario analizar, en primer lugar, la naturaleza del contrato cuya resolución pretende el ayuntamiento consultante, porque el procedimiento de resolución contractual contemplado en el artículo 195 LCSP es, únicamente, para los contratos administrativos.

El contrato tiene por objeto la constitución de un derecho de superficie para la construcción y explotación de un parque deportivo sobre terrenos de la Dehesa Boyal del Ayuntamiento de Quijorna.

El PCAP del contrato establece en su cláusula 4ª, que la naturaleza jurídica del contrato es la constitución de un derecho de superficie de

acuerdo con la regulación contenida en los artículos 40 y 41 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo.

La cláusula 20ª PCAP, relativa al régimen jurídico del contrato prevé:

“En lo no previsto en el pliego de prescripciones técnicas y en el presente pliego respecto de las relaciones jurídicas derivadas del presente expediente se estará:

- En cuanto a la preparación y adjudicación del contrato, a las disposiciones vigentes en materia de contratación del Sector Público a saber la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y en el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público y en el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

- En cuanto a sus efectos y extinción, por las disposiciones del Derecho Civil Común”.

De este modo, dilucidar la naturaleza del contrato reviste especial importancia en el presente caso, habida cuenta que de su calificación depende la competencia de este Consejo para emitir el dictamen solicitado, competencia que se ciñe a los supuestos ya mencionados de contratos administrativos (artículo 13.1.f) LCC). Como este Consejo Consultivo declaró en el Acuerdo de Devolución 8/14, de 26 de marzo, la calificación que se haya dado al contrato en los pliegos de contratación no exime de averiguar su verdadera naturaleza.

Para indagar sobre la verdadera naturaleza del contrato debemos partir de la legislación aplicable al mismo, que como dijimos es la LCSP, y en su

redacción existente en la fecha de aprobación de los pliegos de la contratación (2 de marzo de 2010). Igualmente, recordemos, la constitución del derecho de superficie tiene por objeto la construcción y explotación de un parque deportivo.

La cuestión de la naturaleza administrativa o privada de los contratos que celebra la Administración, no es ni ha sido una cuestión pacífica ni doctrinal ni jurisprudencialmente. Además, hay que tener en cuenta para una correcta resolución de la cuestión sometida a dictamen, que la LCSP supuso un cambio de criterio en lo que debía entenderse por contrato privado celebrado por la administración.

Así, bajo la vigencia 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), se establecieron tres clases de contratos (además de los mixtos): 1) administrativos típicos o nominados, 2) administrativos especiales o atípicos, y 3) privados.

Los contratos administrativos especiales son los que tengan un objeto distinto a los de los típicos, pero de naturaleza administrativa especial *“por estar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante, por satisfacer de forma directa e inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla o por declararlo así una ley”* (art. 5.2.b) TRLCAP); con ello se recogía un concepto jurídico indeterminado de amplia tradición en nuestra doctrina y legislación de contratación pública.

Por su parte se calificaban como privados *“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 incorporales y valores negociables, así como los*

contratos comprendidos en la categoría 6 del artículo 206 referente a contratos de seguros y bancarios y de inversiones y, de los comprendidos en la categoría 26 del mismo artículo, los contratos que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos”, (artículo 5.3 TRLCAP).

A partir de esta construcción, como decimos, la cuestión no ha sido ni pacífica ni unánime en su evolución doctrinal y jurisprudencial, respecto a determinar cuándo nos encontramos ante un contrato administrativo por estar vinculado al giro o tráfico de la Administración contratante, o cuándo debemos considerarlo privado.

Podemos sintetizar (como decíamos en nuestro Dictamen 466/09) que a la hora de establecer la frontera entre los contratos administrativos y los contratos privados de la Administración, la jurisprudencia aboga por el criterio teleológico o finalista, de forma tal que la vinculación del contrato a un fin público de la específica competencia de la Administración contratante puede determinar la consideración de aquél como administrativo y no privado (vid, entre otras muchas, las Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 1980, 12 de abril de 1984, 4 de noviembre de 1986 y 29 de diciembre de 1986). En este sentido, traíamos a colación, por significativa, la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 2004 -recurso de casación número 7508/1999- que ratifica,

“la validez del criterio teleológico como definidor de la naturaleza de los contratos concertados por la Administración, sometiendo a esta jurisdicción las cuestiones relativas a la inteligencia, resolución y efectos de los mismos siempre que hayan tenido por finalidad obras y servicios de interés público de cualquier clase (Sentencias de 4 de mayo de 1999, 30 de octubre de 2001 y 30 de abril de 2002), (...) teniendo en cuenta que esta última finalidad ha de ser entendida en un sentido amplio, según se desprende de pronunciamientos

concretos de esta misma Sala ya sea en relación con el arrendamiento de una plaza de toros para la gestión de los espectáculos taurinos -que entran en el ámbito de las actividades culturales propias de un Ayuntamiento-, ya cuando se trata de la ejecución de un aparcamiento (Sentencia de 30 de octubre de 2001, ya citada), o de instalaciones de carácter deportivo y uso público (Sentencia de 4 de mayo de 1999)”.

Igualmente el Consejo de Estado, haciéndose eco de la doctrina jurisprudencial referida, acoge el criterio finalista para discernir sobre la naturaleza administrativa o privada de los contratos a celebrar por la Administración, sosteniendo en su dictamen 1100/1995, de 11 de octubre que *“el carácter administrativo o civil por ende, de un contrato sólo puede inferirse de un análisis sustantivo del mismo, sin que sean a veces determinantes las declaraciones de sometimiento a un determinado régimen jurídico o a un determinado orden jurisdiccional. Esta cualificación sustantiva o material del contrato dependerá fundamentalmente, de su contenido y finalidad (Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de marzo y de 26 de noviembre de 1985) ”.* Añade que *“aun cuando el contrato de compraventa de inmuebles es un contrato de raíz civil de acuerdo con los artículos 4.3 de la Ley de Contratos del Estado y 8 del Reglamento General de Contratación -abstracción hecha de los actos administrativos preparatorios, separables del resto-, es posible que, cuando la causa del vínculo contractual esté ligada al desenvolvimiento regular de un servicio público o cuando su objeto haga precisa la tutela del interés público (artículos 4.2 de la Ley de Contratos del Estado y 7 del Reglamento General de Contratación) como es una actividad de promoción de viviendas de protección oficial o de precio tasado, el contrato podrá tener naturaleza jurídico-administrativa; solución ésta, por otra parte, concordante con el criterio sustentado en el dictamen nº 266/95, de 9 de marzo de 1995, en asunto análogo”.*

En este estado de cosas, la LCSP, legislación a la que se somete el contrato que nos ocupa, produce un cambio normativo en la clasificación de los contratos del sector público. En realidad, con dicha Ley, la contratación pública recogió lo que venía fraguándose como una evolución normativa hacia un régimen jurídico de los bienes patrimoniales más flexible (por mandato de la propia Directiva 2004/18 de 31 de marzo - considerando 24) y que ya se plasmó en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP), en la Ley 13/2003, reguladora del contrato de concesión de obras públicas, así como en diversa legislación sectorial (montes, telecomunicaciones, sector ferroviario).

En la LCSP nos encontramos con los contratos tipificados (obras, concesión de obras públicas, gestión de servicios públicos, suministro, servicios y de colaboración entre el sector público y el sector privado) y no tipificados (los restantes contratos del sector público se calificarán según las normas de derecho administrativo o de derecho privado que les sean de aplicación). Los primeros serán administrativos si son realizados por una Administración Pública (artículo 19 LCSP) o privados si el ente que los celebra no tiene tal consideración (artículo 20 LCSP).

Los contratos no tipificados pueden ser administrativos especiales y privados. Los primeros son aquellos cuyo objeto es distinto al de los contratos tipificados pero *“que tengan naturaleza administrativa especial por estar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante o por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla, siempre que no tengan expresamente atribuido el carácter de contratos privados conforme al párrafo segundo del artículo 20.1, o por declararlo así una Ley”* (artículo 19.1.b).

Por su parte, los contratos privados son principalmente los que celebre una Administración Pública que no sean ni contratos tipificados ni contratos administrativos especiales así como *“los celebrados por los entes, organismos y entidades del sector público que no reúnan la condición de Administraciones Públicas”* (artículo 20.1), es decir, los que celebren los poderes adjudicadores en la terminología de la LCSP.

A este sistema de clasificación hay que añadir determinadas excepciones. Así el artículo 4 de la LCSP establece:

“Están excluidos del ámbito de la presente Ley los siguientes negocios y relaciones jurídicas:

(...) p) Los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, valores negociables y propiedades incorpóreas, a no ser que recaigan sobre programas de ordenador y deban ser calificados como contratos de suministro o servicios, que tendrán siempre el carácter de contratos privados y se regirán por la legislación patrimonial”.

En el caso que nos ocupa, al tratarse de la constitución de un derecho de superficie sobre un bien inmueble, dicho contrato estaría excluido de la aplicación de la LCSP. Esta interpretación ha sido acogida por diversas juntas consultivas de contratación (del Estado en su informe 25/2008, de 29 de enero, de Aragón en su informe 4/2009 de 15 de abril, o de Canarias, informe 5/2013, de 13 de junio), así como en el ámbito consultivo por el Consejo Consultivo de la Comunidad Valenciana - Dictamen 481/2008, de 3 de julio-.

Sentado lo anterior debemos examinar cuál es la normativa aplicable al contrato, ya que el artículo 4.2 de la LCSP establece que *“los contratos, negocios y relaciones jurídicas enumerados en el apartado anterior se*

regularán por sus normas especiales, aplicándose los principios de esta Ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse”.

En primer lugar, el Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales (RBEL), señala en su artículo 1.2 que el régimen de bienes de las entidades locales se regirá *“por la legislación básica del Estado reguladora del régimen jurídico de los bienes de las Administraciones Públicas”* o *“por la legislación que en el ámbito de sus competencias dicten las Comunidades Autónomas”*. *“En defecto de la legislación a que se refieren los apartados anteriores, por la legislación estatal no básica en materia de Régimen Local y bienes públicos”* (apartado d).

El mismo texto legal, establece en su artículo 112 del RBEL, que: *“Las enajenaciones de bienes patrimoniales se regirán en cuanto a su preparación y adjudicación por la normativa reguladora de contratación de las Entidades Locales”* (la misma norma se establece para el arrendamiento o cualquier otra forma de cesión de uso de bienes patrimoniales, en el artículo 92).

Por su parte, y por remisión, la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP), se refiere a las formas de enajenación de bienes inmuebles patrimoniales. Su artículo 137, es de carácter no básico, y establece que: *“1. La enajenación de los inmuebles podrá realizarse mediante concurso, subasta o adjudicación directa. 2. El procedimiento ordinario para la enajenación de inmuebles será el concurso”*.

Dado el carácter no básico del precepto anterior debemos examinar las normas que contiene la LCSP relativas a la contratación de las entidades locales. Esta Ley derogó aquellas disposiciones que regulaban aspectos propios de la contratación administrativa de las corporaciones locales de la

Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL) y del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local (TRRL); igualmente incluyó una disposición adicional segunda que regula la atribución de competencias a los distintos órganos de las corporaciones locales, con implícitas remisiones a las normas comunes sobre los procedimientos de contratación contenidos en la LCSP.

Por otra parte, las entidades locales son administración a los efectos del ámbito subjetivo de aplicación de la LCSP (artículo 3).

A la vista de esta regulación, en el caso que nos ocupa nos encontramos ante un contrato, en principio, excluido de la aplicación de la LCSP por tratarse de la constitución de un derecho de superficie sobre un bien inmueble; no obstante, por las sucesivas remisiones normativas expuestas su preparación y adjudicación se rige por las normas propias de la contratación administrativa (artículo 112 RBEL) y en lo que atañe a sus efectos y extinción se aplican las normas del derecho privado.

En definitiva, no nos encontramos ante un contrato administrativo, por lo que este Consejo carece de competencia para emitir el dictamen solicitado, que, como se expuso, se construye a los contratos que tengan tal carácter según el artículo 13.1.f) apartado cuarto de la LCC. Además tampoco la resolución del contrato se rige por las exigencias procedimentales previstas en la legislación de contratación pública, entre las que se encuentra el carácter preceptivo del dictamen del Consejo de Estado u órgano equivalente autonómico cuando se formule oposición por parte del contratista.

Por otra parte, las normas de contratación administrativa que resultan de aplicación son las referidas a la preparación y adjudicación y no a la extinción, es decir, a la resolución, por lo que tampoco por vía de remisión

legal resultan aplicables las normas sobre resolución de contratos administrativos; lo que se somete a dictamen es la resolución de este contrato, que no atañe por tanto a su preparación o adjudicación.

Además el pliego del contrato considera que tiene naturaleza privada y que se regirá en cuanto a su preparación y adjudicación por la legislación de contratos del sector público, y en cuanto a sus efectos y extinción por las disposiciones del Derecho Civil Común, por lo que las cláusulas del contrato tampoco remiten a la necesidad de dictamen de este Órgano Consultivo para su resolución.

Por último, tampoco pudiera entenderse que se trata de una consulta facultativa, por cuanto que a tenor de lo establecido en el artículo 13.3 de la LCC, este tipo de consultas sólo pueden efectuarse por el Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid o su presidente, en relación a asuntos que así lo requieran por su especial trascendencia o repercusión.

En méritos de cuanto antecede, este Consejo Consultivo adopta el siguiente,



ACUERDO

Devolver el expediente de resolución del contrato de constitución de derecho de superficie para la construcción y explotación de parque deportivo sobre terrenos de la Dehesa Boyal del Ayuntamiento de Quijorna, por no ser procedente el dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

Madrid, 12 de noviembre de 2014