

Dictamen nº: **184/18**

Consulta: **Alcaldesa de Madrid**

Asunto: **Revisión de Oficio**

Aprobación: **19.04.18**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad en su sesión de 19 de abril de 2018, sobre la consulta formulada por el coordinador general de la Alcaldía del Ayuntamiento de Madrid (por Acuerdo de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de 29 de octubre de 2015), a través del consejero de Medio Ambiente, Administración Local y Ordenación del Territorio, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, sobre la revisión de oficio de la adjudicación de la venta de dieciocho promociones de vivienda protegida y otros inmuebles no vinculados a las mismas por la Empresa Municipal de Vivienda y Suelo de Madrid S.A en el año 2013.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 20 de febrero de 2018 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid una solicitud de consulta del coordinador general de la Alcaldía del Ayuntamiento de Madrid, a través del consejero de Medio Ambiente, Administración Local y Ordenación del Territorio, sobre revisión de oficio de la adjudicación de la venta de dieciocho promociones de vivienda protegida y otros inmuebles no vinculados a las mismas por la Empresa Municipal de Vivienda y Suelo de Madrid S.A (EMVS) en el año 2013.

La ponencia ha correspondido, por reparto de asuntos al letrado vocal D. Carlos Yáñez Díaz, quien formuló y firmó la propuesta de dictamen, que fue deliberada y aprobada por el Pleno de la Comisión Jurídica Asesora en sesión celebrada el día 19 de abril de 2018.

SEGUNDO.- Examinada la siguiente documentación resultan los siguientes hechos de trascendencia para la resolución del presente procedimiento.

1.- El 3 de mayo de 2013 se publicó en un periódico de difusión nacional un anuncio de enajenación en el que la EMVS solicitaba ofertas de adquisición de 1.862 viviendas en 18 promociones, debiendo presentarse antes del 17 de mayo por la totalidad de las viviendas y plazas de garaje como un todo único e indivisible y sin aplazamiento del precio. El adquirente debía mantener el régimen de las viviendas y subrogarse en los contratos de arrendamiento.

2.- El 6 de mayo de 2013 el director de los Servicios Jurídicos de la EMVS hace constar en una diligencia que el anuncio de venta fue publicado en el perfil del contratante el 3 de mayo de 2013 con las condiciones, calificaciones y un cuadro detallado de las promociones. En la diligencia consta un “pantallazo” de la publicación en el que constan unos enlaces a ficheros “zip”.

3.- El 17 de mayo de 2013 presentan ofertas las siguientes entidades: Azora Capital S.L.-Morgan Stanley Real Estate Investing (112 millones de euros); Lone Star Estate Fund II (95-120 millones de euros); Harbor Group Internacional LLC-Álvarez & Marsal Capital Real Estate LLC (120 millones de euros) y Magic Real Estate S.L.-The Blackstone Group International Partners LLP (107-112 millones de euros). Otra entidad, Goldman Sachs Group Inc., presentó una carta de intenciones sin una oferta concreta.

4.- Se procedió a una negociación con las citadas empresas salvo con Goldman que no se consideró una oferta valida. A tal efecto se realizó un informe de valoración de las ofertas presentadas fechado el 20 de junio de 2013. En el mismo se recoge que Lone Star no quiso reconsiderar su oferta por lo que fue descartada.

5.- El 4 de junio de 2013 Harbor Group remite una carta en la que agradece la llamada del consejero delegado de la EMVS en la que le comunicó su selección como adjudicatario

6.- El 5 de junio de 2013, el consejero delegado solicita a Azora, Harbor Group y Magic Real Estate la presentación de ofertas definitivas y vinculantes antes del 14 de junio.

7.- El 6 de junio el consejero delegado comunica a Harbor Group que, después de la llamada del día 3, se detectó un error por lo que el proceso no estaba cerrado y se pone a su disposición para una conversación telefónica. El dia 7 de junio Harbor Group remite un escrito solicitando aclaraciones e informando que están estudiando la exigencia de responsabilidades.

A su vez, el 10 de junio, el consejero delegado responde indicando que el proceso no estaba cerrado hasta que se recibieran las ofertas definitivas, se comprobasen y se firmase por escrito la transacción.

8.- El 14 de junio se presentan las ofertas definitivas: Azora: 118,5 millones de euros; Harbor Group: 130 millones de euros; Magic Real Estate: 127,5 millones de euros.

9.- El 20 de junio se realizó por los Servicios Jurídicos de la EMVS un informe de valoración de las ofertas a partir de una serie de parámetros (cartera de activos, condiciones económicas, inversiones posteriores, plazos de *due diligence* y formalización de la compraventa). El

informe concluye que la oferta de Magic Real Estate es la más ventajosa por lo que procede iniciar con dicha entidad el proceso de *due diligence*.

10.- El 21 de junio de 2013 se comunica el resultado a las entidades participantes. Con fecha 23 de junio Harbor Group remite un escrito quejándose del resultado y solicitando información.

11.- El 12 de julio de 2013 Magic Real Estate remite un escrito comunicando el resultado positivo del proceso de *due diligence* si bien en el ámbito financiero y contable (como se había explicado en una reunión sostenida ese mismo día) se habían puesto de manifiesto unas diferencias de flujo de caja neto derivadas de gastos desconocidos que se suman a un marcado aumento de impagos de los inquilinos en los últimos meses que tampoco conocían. Todo ello obliga a realizar un “*pequeño ajuste en el precio propuesto*”, conforme al criterio y cuantía explicado en la citada reunión.

12.- Ese mismo día Magic Real remite un escrito en el que proponen la adquisición del resto de inmuebles de las promociones objeto de venta no afectos a protección.

13.- El 17 de julio de 2013 un representante de Harbor Group presentó un escrito en la EMVS solicitando el acceso al expediente al amparo del artículo 40.3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP) y del artículo 37 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC). La solicitud es respondida el 25 de julio de 2013 por el director de los Servicios Jurídicos de la EMVS denegando el acceso al ser la EMVS una sociedad mercantil que se rige por el derecho privado y estar excluida la operación de venta del ámbito de aplicación del TRLCSP.

14.- El 18 de julio de 2013 el consejero delegado de la EMVS comunica a Magic Real Estate la aceptación de su oferta por un precio de 127.500.000 euros, procediendo a iniciar los trámites de formalización de escritura pública.

15.- El 19 de julio de 2013 el consejero delegado manifiesta a Magic Real Estate su conformidad a iniciar negociaciones sobre la venta de los activos a los que se refería dicha entidad en su escrito de 12 de julio. Según consta en el informe de los Servicios Jurídicos de la EMVS de 31 de mayo de 2017 el precio final de esos inmuebles ascendió a 3 millones de euros.

16.- El 25 de julio de 2013 Canary Top GC S.L. presentó un escrito ante el Ayuntamiento de Madrid solicitando información sobre el proceso de enajenación. El 6 de agosto de 2013 el director de los Servicios Jurídicos de la EMVS les comunica que el procedimiento de enajenación ha concluido sin que sea posible la recepción de nuevas ofertas.

17.- El 26 de julio de 2013 se solicita autorización para la venta a la Consejería de Transportes, Infraestructura y Vivienda de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 74/2009, de 30 de julio por el que se aprueba el Reglamento de Viviendas con Protección Pública de la Comunidad de Madrid.

18.- El 9 de agosto de 2013 Canary Top solicita ante el Ayuntamiento de Madrid la revisión de oficio del procedimiento de enajenación de inmuebles manifestando su intención de presentar denuncia ante la Comisión Europea. El 16 de septiembre de 2013 el director de los Servicios Jurídicos de la EMVS rechaza esa solicitud al ser la EMVS una sociedad mercantil.

19.- El 13 de agosto de 2013 se firma el precontrato de compraventa entre la EMVS y dos sociedades del grupo Magic Real Estate (Fidere

Vivienda S.L.U. y Fidere Gestión S.L.U). Las escrituras públicas de compraventa se formalizan ante un notario de Madrid el 31 de octubre de 2013.

20.- El 23 de enero de 2014 Canary Top presenta un escrito en el que indica que, en respuesta a una solicitud de la Subdirección General de Coordinación de los Servicios y Fondos Europeos del Ayuntamiento de Madrid, reiteraba su solicitud de revisión de oficio.

21.- Con fecha 27 de febrero de 2014 se otorga escritura pública de pago del remanente del precio por importe de 4.300.000 euros y se declaran cumplidas las obligaciones del comprador en lo relativo al pago del precio.

22.- El Consejo de la Cámara de Cuentas de la Comunidad de Madrid aprobó el 30 de junio de 2016 un Informe de fiscalización de operaciones de enajenaciones del patrimonio inmobiliario de la Empresa Municipal de la Vivienda y Suelo de Madrid, S.A. y controles realizados por las instituciones competentes Ejercicios 2012 y 2013 en el que se recogen las siguientes conclusiones:

“1. La EMVS es una Sociedad mercantil municipal con la forma de sociedad anónima, cuyo régimen legal, se acomoda íntegramente al ordenamiento jurídico privado, salvo las materias en que le sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero, de control de eficacia y contratación, y a sus Estatutos aprobados por Acuerdo del Pleno municipal el 28 de febrero de 1997, modificado por Acuerdos de Pleno de 23 de febrero 2005, y 22 de noviembre de 2013. Su Consejo de Administración, el 11 de junio de 2008, en cumplimiento del artículo 176 de la entonces en vigor Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, aprobó las Instrucciones internas de contratación (apartado II.2).”

2. La EMVS ha enajenado en los años 2012 y 2013 un total de 6.844 inmuebles de los que 2.956 son viviendas, casi todas ellas con algún régimen de protección en vigor, 3.842 garajes y trasteros y 46 locales de negocio, casi todos ellos, en general, anejos a las viviendas enajenadas. El precio total correspondiente a la venta de dichos inmuebles ha ascendido a 261.882.843 euros. Del total de las viviendas, 1.860 corresponden a 18 promociones vendidas en bloque, con sus correspondientes garajes, trasteros y locales anejos, a dos entidades del mismo grupo societario Fidere, por un importe total de 128.500.000 euros (apartados II.3 y IV.1).

3. La EMVS también ha vendido a particulares además de lo anterior, 4 solares por un precio de 3.603.000 euros y ha realizado traspasos de propiedad, por diferentes conceptos, de 37 parcelas a favor del Ayuntamiento de Madrid que asume, como contraprestación, las deudas por préstamos hipotecarios que gravan las fincas traspasadas, por importe de 233.773.499 euros, de las que la EMVS queda liberada, frente a las correspondientes entidades financieras (apartado III.5).

4. La EMVS en la venta de determinados inmuebles ha aplicado exclusivamente las reglas del mercado y ha procedido a la venta de aquéllos sin la existencia de pliegos de condiciones de la venta, sin establecimiento previo del valor de mercado del bien a enajenar -que se ha fijado por acuerdo negociado entre el comprador y el órgano de contratación-, y sin estudios o tasaciones previas que fijaran dichos valores. Lo que supone la no aplicación de los criterios de racionalidad, economía y eficacia que deben presidir la gestión de los intereses públicos (apartados III.2.2.2; III.2.2.3; III.3.2; III.3.3; III.5 y IV.3.3.2).

5. También la EMVS ha vendido, a dos entidades jurídicas del mismo grupo societario, Fidere Gestión S.L.U y Fidere Vivienda S.L.U, 18 promociones de viviendas protegidas, que comprenden 1.860 viviendas en régimen de arrendamiento y arrendamiento con opción a compra, más los correspondientes garajes trasteros y locales ubicados en esas promociones, que alcanzan un total de 5.315 inmuebles, sin elaborar un pliego de condiciones de la venta, ni hacer el estudio o informes de necesidad y viabilidad técnica y jurídica de la operación, ni fijar con carácter previo al proceso de publicación de la venta el valor de las promociones a enajenar. Han sido los interesados en la compra los que han fijado el precio de venta que ha sido aceptada por el órgano de contratación (apartados IV.3.3.2; IV.3.3.4 y IV.3.3.5).

6. La venta de las 18 promociones de viviendas a las dos entidades Fidere se ha realizado conforme al artículo 18 del Reglamento de Viviendas de Protección Pública de la Comunidad de Madrid y se ha renunciado a la aplicación del Reglamento de Adjudicación de viviendas de protección pública de la EMVS aprobado por el Ayuntamiento de Madrid en 2008 y modificado el 30 de octubre de 2012 (apartado IV.2).

7. La EMVS en la venta de las 18 promociones de viviendas protegidas, no ha promovido una verdadera concurrencia de interesados en la compra, dado que con carácter previo al anuncio de la misma el 3 de mayo de 2013, ha facilitado el acceso, de manera privilegiada, al menos a cuatro entidades jurídicas, una de las cuales resultará ser la destinataria de la venta, a los datos e información relativa a los elementos que configuran las 18 promociones, colocando a esas entidades en una situación de ventaja respecto de otros posibles interesados que no han tenido acceso a esos datos con carácter previo al anuncio (apartados IV.3.3.1 y IV.3.3.5).

8. La EMVS al hacer el anuncio de venta de las 18 promociones el 3 de mayo de 2013, no tiene fijado el valor objetivo de mercado de los bienes a enajenar. Ha renunciado a que un informe técnico hecho por personal experto en valoraciones de esos bienes o por empresa de tasación homologada, haga esa valoración. Solo tiene como referencia una estimación por aproximación al total de los bienes, que carece de la condición de informe técnico de valoración, hecha por PWC, que no solo carece de validez como tasación de la cartera inmobiliaria a enajenar según sus propias manifestaciones, sino que además se revelará, en la fase de negociación posterior con la que resultaría la compradora, como asesora de esta última. Con ello se dejan de aplicar las Instrucciones internas de contratación aplicadas en ventas similares en 2010 y 2011 (apartado IV.3.3.4).

9. El precio de venta de las 18 promociones, que asciende a 128.500.000 euros resulta inferior al valor contable de aquéllas que es de 159.375.025,53 euros e inferior también al valor del total de las viviendas con sus correspondientes plazas de garajes y trasteros vinculados a las mismas, atendiendo al valor máximo posible de venta conforme a su calificación de VPP, que asciende a 151.211.518,09 euros (apartado IV.3.3.4).

10. La EMVS no ha establecido una Comisión o instrumento adecuado de seguimiento y control para asegurar el cumplimiento por la compradora, de las obligaciones en las que ésta se ha subrogado y que exceden de las obligaciones que tienen los promotores privados de viviendas de protección pública, cuyo control corresponde a otras instituciones de la Comunidad. Sin embargo sí se ha establecido en las escrituras de compraventa de las 18 promociones un mecanismo de liquidación final de obligaciones económicas entre EMVS y compradoras, que tuvo lugar, de manera satisfactoria, el 28 de enero de 2015, con la liquidación y contabilización adecuada de los

resultados de dicha liquidación que supuso un saldo a favor de la EMVS por importe de 348.942 euros (apartados IV.8 y IV.9.h).

11. El contrato de intermediación para la venta de determinados bienes inmuebles, celebrado el 12 de diciembre de 2012, referido a varios solares, que, al parecer, se amplía posteriormente, a la venta de 18 promociones de viviendas y a un local en la calle Paraguay, carece de justificación respecto de la idoneidad de su contenido y distorsiona la concurrencia de los licitadores en las enajenaciones de inmuebles de la EMVS. Lo que resulta contrario a los principios de libre acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia en los procedimientos y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, previstos en el artículo 1 TRLCSP. Por otro lado, la ampliación a otros inmuebles, exigía la comunicación con 15 días de antelación, sin que se haya aportado la misma, y no queda otra constancia de la intermediación realizada, que las facturas por dichas intervenciones, que en el caso de la 18 promociones asciende a 2.397.775 euros (apartados III.3.3; IV.3.3.1; IV.3.3.5 y IV.10)".

TERCERO.- El 31 de mayo de 2017 la directora de los servicios jurídicos de la EMVS emite informe a solicitud del consejero delegado de la EMVS como justificación jurídica de la propuesta a efectuar al Consejo de Administración para que solicite la incoación de un expediente de revisión de oficio.

En el citado informe, tras el relato fáctico de la enajenación de los inmuebles, se destacan los que se consideran una serie de vicios procedimentales:

a) No hay tasación previa de los inmuebles, a pesar de que se trata de una sociedad pública sometida a control financiero público. Por lo tanto, la fijación del precio se deja al criterio de los ofertantes.

- b) No existen informes de viabilidad económica y jurídica de la operación que proporcionen a la EMVS seguridad sobre los términos de la misma.
- c) No hay pliegos comprensivos de las condiciones del proceso y de la venta.
- d) En especial, no se facilitan a los participantes los criterios por los que se valorarán sus ofertas.
- e) Se adjudica verbalmente el contrato a una empresa y días después se rectifica esta decisión sin mayor justificación.
- f) En la valoración de las ofertas se aplican, de forma arbitraria, unos criterios que no se habían anunciado.
- g) Se aceptan al licitador seleccionado modificaciones en el precio de la compraventa y en los inmuebles objeto de la misma. En particular, se vendieron inmuebles que no estaban incluidos en el anuncio de venta y que, por lo tanto, no fueron contemplados en sus ofertas por los participantes en la operación.
- h) No se permite a uno de los participantes en el proceso el examen del expediente tras la selección.

Considera, igualmente, que hay otros hechos relevantes como son:

-El proceso comenzó meses antes del anuncio de venta puesto que, entre el 27 de diciembre de 2012 y el 22 de marzo de 2013, la EMVS recibió cuatro ofertas de compra, de las cuales tres empresas participaron en el procedimiento de enajenación, siendo las únicas que entraron en la fase de valoración.

La existencia de tales ofertas aparecía también en el informe elaborado por Price Waterhouse Coopers (PwC).

-En el proceso intervino una entidad de intermediación inmobiliaria en virtud de un contrato con la EMVS por el que esta abonó un importe de 2 millones de euros. Considera el informe que esta intervención determina el que la publicidad del proceso aparezca “falseada”.

-Igualmente intervino en el proceso PwC mediante la elaboración para la EMVS de dos informes, uno “*Diagnóstico y análisis del plan estratégico*” y otro “*Ánalisis de cartera, estimación del valor de la misma y aspectos clave de un potencial proceso de venta*”.

En este último la citada consultora estima el valor de la cartera entre 117 y 135 millones de euros.

Considera el informe que PwC no efectuó una verdadera tasación sino tan solo una estimación ya que no visitó ni identificó los inmuebles sin que, además, tenga la condición de entidad tasadora homologada por el Banco de España.

A ello se suma el que PwC actuó como asesora de la adjudicataria en el proceso de *due diligence* lo que puede suponer un conflicto de intereses.

-La enajenación se enmarca en el Plan de Viabilidad de la EMVS derivado de su situación económica y del Plan de Ajuste aprobado por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

El citado Plan fue aprobado por el Consejo de Administración de la EMVS el 19 de junio de 2013 cuando ya estaba a punto de acabar el procedimiento de enajenación y ese mismo día emitieron sus informes sobre el Plan tanto la Intervención General como la Dirección General de Sector Público del Ayuntamiento de Madrid. Al día siguiente fue aprobado

por la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Madrid constituida como Junta General de la EMVS pese a que el artículo 17.1 b) de la Ley 22/2006, de 4 de julio, de Capitalidad y de Régimen Especial de Madrid (LCRJM) atribuye a la Junta de Gobierno la competencia para la aprobación de los planes de las sociedades municipales.

El informe pone de relieve que, en el momento de la aprobación del plan, el procedimiento de enajenación ya llevaba un mes y medio en marcha y estaba a punto de decidirse y, de otro lado, el plan establece que todas las medidas contempladas en el mismo han de contar con los órganos del Ayuntamiento de Madrid competentes en la materia.

De hecho, los informes de la Dirección General de Sector Público y de la Intervención destacan esta exigencia, afirmando la Intervención que las enajenaciones que lleve a cabo la sociedad serán objeto de control financiero para controlar el respeto a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia y objetividad.

A continuación, el informe procede a realizar un detallado análisis de la concurrencia en esta enajenación de la causa de nulidad por ausencia del procedimiento legalmente establecido.

Comienza por recordar que, en enajenaciones anteriores durante los años 2010 y 2011, la EMVS utilizó el sistema de subasta con varios anuncios en distintos periódicos, pliegos e informes previos de viabilidad jurídica y económica.

Considera que sostener que la operación está completamente sujeta al derecho privado es algo fuera de la lógica de nuestro ordenamiento jurídico citando el Dictamen del Consejo de Estado 1270/1993 que considera que las sociedades mercantiles públicas deben respetar los principios de orden constitucional sin que su contratación pueda asimilarse sin restricciones a la contratación privada.

Entiende que la EMVS debe actuar de acuerdo con las directrices municipales tal y como resulta tanto de sus estatutos sociales como del artículo 85.2.d) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL). Es por ello que considera que su patrimonio no ha de ser diferente del Ayuntamiento de Madrid pues está afecto a una función pública de este y si se levantase el velo societario aparece claramente el Ayuntamiento.

Recuerda que el patrimonio municipal forma parte de la cuenta del Ayuntamiento de Madrid conforme la legislación de haciendas locales y que la STC 14/1986, de 31 de enero, consideró que las sociedades públicas son pertenencias de la Administración.

Reconoce el informe que, en punto a la normativa aplicable a la enajenación de bienes de las sociedades públicas, *“nuestro ordenamiento no da una respuesta sencilla, clara y directa a esta cuestión, sino que tal respuesta hay que buscarla en el juego de diversas remisiones normativas”*.

Así recuerda que el artículo 3.3 del TRLCSP califica a las sociedades públicas como poderes adjudicadores con lo cual sus contratos sujetos a regulación armonizada deben regirse por dicha norma (artículo 13) y el resto solo en cuanto a su preparación y adjudicación en defecto de normas específicas (artículo 20) y por sus instrucciones internas de contratación que han de garantizar los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación así como la selección de la oferta económicamente más ventajosa.

Destaca que las instrucciones de la EMVS contienen una relación no exhaustiva de los contratos a los que se aplican y exigen expresamente la elaboración de pliegos en todas las contrataciones.

Si bien es cierto que el artículo 4.1.p) del TRLCSP excluye de su ámbito de aplicación, entre otros contratos patrimoniales, los de compraventa, igualmente establece que se regularan por sus normas especiales, aplicándose los principios de la Ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse.

Por normas especiales ha de entenderse la legislación patrimonial, tanto estatal como autonómica, si bien se produce una segunda remisión puesto que la normativa patrimonial se remite a su vez a la legislación de contratos, así resulta de los artículos 8.1, 30.2 y 110.1 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP), todos ellos de carácter básico.

A ello se suma el que el artículo 80.2 de la LBRL se remita también a la legislación patrimonial y que el artículo 80 del texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril (TRRL) establezca que las enajenaciones de bienes patrimoniales deberán hacerse por subasta pública.

La misma normativa resulta de aplicación conforme los artículos 1 y 112.1 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio (RBEL) y en el ámbito autonómico el artículo 91.3 de la Ley 2/2003, de 11 de marzo, de Administración Local de la Comunidad de Madrid (LALM) establece que la enajenación de bienes de las entidades locales ha de hacerse por subasta.

De esta normativa extrae que: a) Debe haberse respetado los principios de publicidad, transparencia, objetividad y concurrencia; b) Debería haberse seguido el procedimiento legalmente establecido, que considera debería ser la subasta; c) Los actos de preparación y adjudicación son actos separables conforme el artículo 110.3 de la LPAP.

Tras recordar los principios generales aplicables a la potestad de revisión de oficio en cuanto a la causa de nulidad del artículo 62.1 e) de la LRJ-PAC *“Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados”*.

En concreto considera que:

- 1) No se utilizó el procedimiento legalmente establecido como es la subasta.
- 2) Se omitieron requisitos esenciales del procedimiento tales como:
 - a) No hay tasación previa.

El informe de PwC no puede considerarse como tasación como ya destacó en su informe la Dirección General de Sector Público. De hecho, el precio de venta resulta muy inferior al valor real tal y como consta en una certificación de la Dirección de Administración y Finanzas de la EMVS y en una tasación elaborada por una entidad tasadora autorizada por el Banco de España. Ello se ve respaldado por la memoria de las cuentas anuales del año 2015 de una de las compradoras en la que se refleja una plusvalía latente no registrada de 71.462.929 euros en solo dos años, casi el doble de lo abonado por esa sociedad, 75.378.412 euros.

- b) No hay informes sobre la viabilidad económica y jurídica de la operación.
- c) No hay pliegos.
- d) No hay mesa de contratación.

- e) En la valoración de las ofertas se aplican criterios no anunciados previamente.

No se recoge tampoco la ponderación de los mismos y se valora especialmente el que la compradora plantea la posibilidad de contratar personal de la EMVS (lo que no se llegó a realizar), se valoraron mejoras futuras en la cartera de activos no sujetas a condición ni a comprobación. Se valoró el que la oferta hubiera sido aceptada por los comités internos del grupo más que el propio precio propuesto.

Por ello considera que en la aplicación de los criterios de valoración se vulneró el principio de igualdad en la contratación.

- f) La intervención de un intermediador inmobiliario desvirtuó la publicidad del proceso.

- g) La adjudicación es defectuosa ya que:

- Hubo una adjudicación verbal errónea.

- No se motiva la adjudicación en la comunicación a los interesados y se les niega el acceso al expediente.

- Se aceptan al adjudicatario modificaciones posteriores en el precio y en los inmuebles objeto de venta.

- h) Hubo irregularidades en la aprobación del Plan de viabilidad por el Ayuntamiento ya que se aprobó por la Junta de Gobierno, pero no como tal sino como junta general de accionistas de la EMVS y, además, el mismo día que se emite el informe de valoración.

i) El procedimiento falseó la competencia ya que hubo contactos previos con algunos licitadores y la consultora PwC asesoró no solo al Ayuntamiento sino también a la adjudicataria.

Como consecuencia de esas irregularidades consideran que se han generado importantes consecuencias negativas.

Se causó indefensión al resto de licitadores, a otros posibles aspirantes a la licitación (como Canary Top) y a los inquilinos de las viviendas que iban a ser enajenadas. En concreto se han presentado numerosas quejas de estos últimos tanto ante la EMVS como ante el Ayuntamiento.

De otro lado se ocasionaron importantes daños al interés público derivados tanto de la descapitalización de la empresa como de la no obtención del máximo beneficio económico de la venta.

Estas circunstancias se pusieron de manifiesto por varios consejeros en el Consejo de Administración de la EMVS que se quejaron de falta de información sobre el proceso de venta y de la normativa aplicable a este, en concreto sobre la no aplicación al proceso del TRLCSP en cuanto a la preparación y adjudicación del contrato.

De todo ello el informe extrae la consecuencia de que el procedimiento adolece de una “*grosera ausencia de tramitación*” por lo que concurre la causa de nulidad de pleno derecho.

Concluye el informe con una serie de consideraciones de naturaleza procedural entre las que destaca la atribución de la competencia para declarar la nulidad a la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Madrid conforme los artículos 17.1 b), e) y j) de la LRJCM así como la preceptividad del dictamen de esta Comisión si bien considera que es posible que el Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid solicite el

dictamen al Consejo de Estado al tratarse de un asunto de especial trascendencia o repercusión.

Con fecha 16 de junio de 2017 el Consejo de Administración de la EMVS aprueba solicitar a la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Madrid la incoación de un procedimiento de revisión de oficio con base en los argumentos del informe de los Servicios Jurídicos.

CUARTO.- El 7 de septiembre de 2017 la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Madrid acuerda iniciar el procedimiento de revisión de oficio al considerar que en la enajenación de los inmuebles de la EMVS no se respetó el procedimiento legalmente establecido incurriendo en la causa de nulidad del artículo 41.1 d) de la LPAC.

Por Decreto de la delegada del Área de Gobierno de Equidad, Derechos Sociales y Empleo de 29 de septiembre de 2017 se procedió a someter a trámite de audiencia el expediente de revisión. A tal efecto se publicó en el Boletín Oficial del Ayuntamiento de Madrid y en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid así como en la sede electrónica del Ayuntamiento.

Asimismo, se concedió trámite de audiencia a los siguientes interesados:

-Álvarez & Marsal Capital Real Estate.

-Azora Gestión.

-Blackstone Group International Partners LLP

-Canary Top GC. La notificación fue devuelta por Correos tras dos intentos de notificación.

-Fidere Gestión de Vivienda S.L. La notificación fue devuelta por Correos por ser desconocido en esa dirección.

-Fidere Vivienda S.L. La notificación fue devuelta por Correos por ser desconocido en esa dirección.

-Goldman Sachs.

-Harbor Group International.

-Incus Capital Advisors.

-Itaca Desarrollos Urbanos S.L. La notificación fue devuelta por Correos por ser desconocido en esa dirección.

-Lone Star Real Estate Fund II. La notificación fue devuelta por Correos por ser desconocido en esa dirección.

-Magic Real Estate S.L.

-Morgan Stanley

-Urban Glocal Solutions S.L.

Con fecha 27 de octubre de 2017 Fidere Residencial S.L.U. (en adelante Fidere) en representación de Fidere Gestión de Vivienda S.L.U. y Fidere Vivienda S.L.U. solicita una ampliación del plazo para formular alegaciones.

Con fecha 2 de noviembre de 2017 la delegada del Área de Gobierno de Equidad, Derechos Sociales y Empleo acuerda ampliar el plazo para formular alegaciones publicándose en el Boletín Oficial del Ayuntamiento de Madrid y en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid y notificándose a los interesados.

El 31 de octubre de 2017 presenta alegaciones la Asociación de Afectados/as por la venta de viviendas sociales por la EMVS.

Tras destacar su condición de interesada en el procedimiento recuerda que la citada asociación interpuso una querella contra los firmantes de la enajenación que, si bien fue objeto de sobreseimiento por dos veces, recientemente la Audiencia Provincial de Madrid dictó Auto de 29 de septiembre de 2017 en el que ordenaba la reapertura de las diligencias.

Igualmente, además de solicitar una ampliación del plazo para formular alegaciones, procede a remitirse en bloque al informe de la Cámara de Cuentas de la Comunidad de Madrid. También destaca que el dictamen de 19 de abril de 2016 de la Comisión de Investigación creada en el Ayuntamiento de Madrid que pone de relieve que en la enajenación no se consideró como interesados a los inquilinos por lo que “*no pudieron atacar la decisión de la EMVS*”.

Resalta que la tasación de THYRSA valora los inmuebles vendidos en el doble del valor de enajenación y que el procedimiento de valoración de las ofertas estuvo orientado a beneficiar a la adjudicataria que luego bajo el precio dos millones sin ninguna explicación y que posteriormente se incrementó a 128 millones de euros con la venta añadida, sin tramitación alguna, de 25 locales, 62 garajes y 2 trasteros.

Posteriormente, al ampliarse el plazo, presenta alegaciones complementarias el 16 de noviembre de 2017 en las que se ratifica en las anteriores y considera que Fidere es una “*supuesta*” SOCIMI (Sociedad Anónima Cotizada de Inversión Inmobiliaria) que, pese a no participar en el procedimiento, fue la adjudicataria y que incumple el requisito de un capital mínimo de cinco millones de euros exigido en el artículo 5 de la Ley 11/2009, de 26 de octubre, por la que se regulan las Sociedades

Anónimas Cotizadas de Inversión en el Mercado Inmobiliario en la redacción dada por la Ley 16/2012, de 27 de diciembre.

Considera que los bienes de la EMVS han sido sustraídos de su utilidad en contra de lo establecido en la STC 37/1987, de 26 de marzo.

Afirma que concurre la causa de nulidad de pleno derecho ya que el propio consejero delegado de la EMVS manifestó ante el Consejo de Administración que el procedimiento de enajenación no estaba sometido a ningún requisito reglado. Por ello se incumplieron las instrucciones internas de contratación al no existir pliegos, no existir un precio de enajenación y no constituirse una mesa de contratación dando lugar a un procedimiento opaco sin una tasación previa de los bienes por una empresa especializada.

El 3 de noviembre de 2017 presenta escrito de alegaciones Fidere.

Considera que no procede la revisión de oficio ya que esta se trata de una potestad administrativa que solo procede respecto de actos administrativos tal y como confirma la sentencia de la Audiencia Nacional de 24 de febrero de 2016 (recurso 12/2015) en tanto que la enajenación fue realizada por una sociedad mercantil que no tiene la condición de Administración Pública conforme el artículo 2 de la LRJ-PAC.

Entiende que no resulta de aplicación el artículo 110 LPAP puesto que en el ámbito local sólo es de aplicación (disposición final 2^a) a las entidades locales y sus entidades de derecho público sin que una sociedad anónima entre dentro de su ámbito de aplicación conforme el artículo 3 LBRL.

Este criterio se vería confirmado por el artículo 21.2 del TRLCSP que, aunque considera que esa norma no es aplicable, establece que los actos de preparación y adjudicación de los contratos de las sociedades

mercantiles no están sujetos al control de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Destaca que las sociedades mercantiles públicas no son Administración Pública conforme el artículo 3.2 del TRLCSP sin que la enajenación de bienes constituya un contrato sujeto a regulación armonizada.

Ello no se ve alterado por el hecho de que la EMVS esté sujeta a un control por parte de los órganos municipales o que sus cuentas se integren en la cuenta general del municipio si bien considera que no era necesaria la autorización del Ayuntamiento de Madrid para la enajenación sin que exista relación entre el procedimiento de aprobación del plan de viabilidad de la EMVS y la enajenación, tal y como resulta tanto del informe de la Dirección General del Sector Público como del informe de la Intervención General del Ayuntamiento donde se indica que la enajenación será objeto de control financiero para asegurar los principios de publicidad, concurrencia, transparencia y objetividad.

De otro lado considera que el procedimiento de enajenación fue correcto ya que el artículo 103.1 del TRRL establece que las sociedades mercantiles municipales se rigen por el derecho privado.

Si bien el TRLCSP al incluir en su ámbito subjetivo de aplicación a las sociedades mercantiles como integrantes del sector público (artículo 3.3.b) también excluye de su ámbito de aplicación los contratos patrimoniales [artículo 4.1 p)]. Por ello la enajenación ni estaba sometida al TRLCSP ni tampoco a las instrucciones internas de contratación aplicables a aquellos contratos no sujetos a regulación armonizada que, al ser aplicables solo en el ámbito interno (artículo 191.1.b) TRLCSP), su vulneración “*en ningún caso podría tener trascendencia invalidante del contrato*”.

Consideran que a las sociedades mercantiles públicas no les son de aplicación ni la LPAP ni los artículos 80.2 LBRL, 80 TRRL, 1 y 112.1 RBEL y 1.3 LALCM.

Al considerar aplicable la exclusión del artículo 4 del TRLCSP afirma que sí se han respetado los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos a los que se remite dicho precepto.

Expone como a su juicio los citados principios fueron respetados en el procedimiento de enajenación llevado a cabo por la EMVS. Afirma que los criterios de adjudicación fueron los “*habitualmente empleados*” en este tipo de operaciones y por ello era “*innecesaria su explicitación apriorística*”. Por ello considera que la decisión de la EMVS se ajustó plenamente al ordenamiento jurídico.

En lo relativo a la causa de nulidad invocada rechaza que hubiera de seguirse un procedimiento de subasta por las razones expuestas con anterioridad sin que vincule a la EMVS el que en enajenaciones anteriores hubiera seguido dicho procedimiento.

Considera que el informe de PwC es una tasación correcta sin que haya ninguna norma que exija que deba ser efectuada por una sociedad de tasación homologada.

Igualmente entiende que no existía ninguna norma jurídica que obligase a la EMVS a recabar informes de viabilidad económica y jurídica de la operación, a la elaboración de pliegos, a la intervención de una mesa de contratación ni a la aprobación previa de unos criterios valorativos de las ofertas.

Tampoco considera que la intervención de un intermediador inmobiliario, la existencia de una llamada telefónica comunicando por

error la adjudicación a un licitador, la ausencia de motivación en la resolución del procedimiento sin comunicar a los licitadores las causas de la adjudicación o la denegación de acceso al expediente a unos de los licitadores sean elementos que puedan implicar la ilegalidad del procedimiento seguido.

Respecto a la alteración del precio destaca que la oferta de Fidere preveía que la misma estaba sujeta a una *due diligence* confirmatoria y que la inclusión en la compraventa final de inmuebles que inicialmente no estaban comprendidos, en realidad estos formaban parte de las promociones a vender por lo que no tenía sentido que la EMVS retuviese la propiedad siendo así “*una suerte de activos “complementarios”* que podían adjudicarse directamente al adjudicatario de la enajenación principal.

Niega que la existencia de contactos previos con algunos de los licitadores tenga trascendencia anulatoria alguna ya que es una práctica habitual en el tráfico jurídico e incluso ha sido incorporada a la contratación pública.

Tampoco existe conflicto de interés alguno en la intervención de PwC ya que no se ha acreditado que su participación haya colocado a Magic Real Estate S.L. en una situación de privilegio o haya restringido la libre competencia.

Concluye afirmando que no se dan los presupuestos legales de la nulidad de pleno derecho máxime teniendo en cuenta la interpretación restrictiva que la jurisprudencia realiza de las causas de nulidad.

El 6 de noviembre presentan escritos de alegaciones la Sección Sindical de Comisiones Obreras en la EMVS y el Comité de Empresa de la EMVS en los que afirman que la enajenación supuso un incumplimiento

de los fines sociales de la EMVS y entienden que, a la luz del informe de la Cámara de Cuentas, concurre la causa de nulidad de pleno derecho.

El 27 de noviembre de 2017 presentan escrito de alegaciones dos inquilinos de una vivienda objeto del procedimiento de enajenación.

Consideran que no se cumplió la normativa en la enajenación de la vivienda que ocupan sin que la EMVS les comunicase el cambio de arrendador y se remiten a lo afirmado por el *“Tribunal de Cuentas”*.

Entienden que se vulneraron sus derechos de tanteo y de retracto recogidos en su contrato de arrendamiento así como lo establecido en el artículo 25 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos y en el Decreto 100/1986, de 22 de octubre, por el que se regula la cesión, en arrendamiento, de las viviendas de Protección Oficial de Promoción Pública.

QUINTO.- El 5 de febrero de 2018 la secretaría general técnica del Área de Gobierno de Equidad, Derechos Sociales y Empleo formula un informe relativo a las alegaciones formuladas que contiene una propuesta de resolución.

En primer lugar el informe destaca, a propósito de la competencia para iniciar y resolver el procedimiento de revisión de oficio, que el acuerdo de la Junta de Gobierno constituida como junta general de la EMVS “podría entenderse” como un acto administrativo y pone de relieve que una de las conclusiones de la Comisión de Investigación creada en el Ayuntamiento para analizar la contratación municipal fue proceder a declarar de oficio la nulidad de pleno derecho del acto de venta de las 18 promociones de vivienda.

En cuanto a las alegaciones de Fidere considera que sí cabe la revisión de oficio ya que, como señala la Cámara de Cuentas la EMVS es

un poder adjudicador, siendo posible la revisión de oficio conforme el artículo 34 del TRLCSP.

Puesto que la EMVS es un medio instrumental a través del cual el Ayuntamiento ejerce su política de vivienda y que la Junta de Gobierno aprobó el plan de viabilidad “*podría entenderse como un acto administrativo ya que se enmarca dentro de la actividad de la Administración*”.

La reciente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP/17) establece en su artículo 41.2 que “*A los exclusivos efectos de la presente Ley, tendrán la consideración de actos administrativos los actos preparatorios y los actos de adjudicación de los contratos de las entidades del sector público que no sean Administraciones Públicas, así como los actos preparatorios y los actos de adjudicación de los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 23 de la presente Ley. La revisión de oficio de dichos actos se efectuará de conformidad con lo dispuesto en el apartado anterior*”. A su vez su artículo 27 atribuye a la jurisdicción contencioso-administrativa las cuestiones relativas a la preparación y adjudicación de los contratos de las entidades del sector público que no tengan la condición de poderes adjudicadores.

Considera que se pone así de manifiesto que las sociedades públicas gestionan intereses públicos y manejan fondos públicos lo que exige también controles públicos. En este sentido el Acuerdo del Pleno de la Sala 2^a del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2017 o la STC 14/1986, de 31 de enero.

El informe rechaza la alegación de Fidere respecto de la corrección jurídica del procedimiento de enajenación sobre la base de lo recogido en

el informe de la Cámara de Cuentas considerando aplicable la normativa de contratación pública. Por ello considera como irregularidades la ausencia de un pliego de condiciones, la falta de racionalidad económica en la determinación del objeto de la compraventa, la inexistencia de precio objeto de la compraventa, las incidencias habidas en el procedimiento de publicidad y concurrencia, las incidencias en el procedimiento de valoración de las ofertas presentadas, la inexistencia de informes de la Intervención y la ausencia de un trámite de audiencia a los arrendatarios.

Considera el informe que sí existen causas que avalan la inexistencia de un procedimiento como son la falta de tasación, la ausencia de informes de viabilidad, la existencia de un intermediador inmobiliario y la esencialidad de la existencia de pliegos, mesa de contratación, criterios de valoración y motivación de la adjudicación.

Igualmente rechaza la alegación de falta de concurrencia de los presupuestos de la nulidad de pleno derecho por omisión del procedimiento legalmente establecido ya que es significativo que la EMVS acudiera en anteriores ocasiones al mecanismo de la subasta.

Además, la valoración de PwC no fue una verdadera tasación como reconocieron los representantes de dicha consultora ante la comisión de investigación.

La exigencia de informes de viabilidad de la operación aparece recogida en el artículo 138 de la LPAP para la enajenación de bienes estatales debiendo aplicarse de forma *“supletoria y analógica”*, exigencia que se ratifica en la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2000.

Reitera que la esencialidad de los pliegos, de la mesa de contratación, de los criterios de valoración y de la motivación del informe

deriva de la aplicación de los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, igualdad y no discriminación cuya aplicación reconoce la propia Fidere. Si no hubo unas reglas procedimentales previamente establecidas, entonces no existió procedimiento.

Considera que, en realidad, las reglas del procedimiento de enajenación iban estableciéndose sobre la marcha y está acreditado que antes del proceso hubo conversaciones con algunos licitadores.

Así, y pese a lo establecido en el anuncio de licitación, el grupo ganador realizó una rebaja de dos millones sobre la oferta “*definitiva y vinculante*”.

Respecto de las alegaciones efectuadas por la Asociación de Afectados acepta lo referido en cuanto a las irregularidades del procedimiento, la necesidad de la adquirente un capital mínimo de tres millones de euros y el que la venta sin establecer un control posterior de las condiciones de protección pública de las viviendas hizo que “*las mismas perdieran de algún modo su utilidad social*”.

En cuanto a las alegaciones presentadas por la Sección Sindical de Comisiones Obreras y el Comité de Empresa se acepta lo relativo a la remisión al informe de la Cámara de Cuentas en cuanto a la falta de procedimiento y no se valora su contenido referido a cuestiones de personal de la EMVS.

El escrito presentado por dos arrendatarios no se valora al ser extemporáneo.

Por tanto, el escrito concluye afirmando que en el procedimiento se cometieron múltiples irregularidades que concreta en las siguientes:

- Falta de transparencia en el inicio de las actuaciones relacionadas con la venta.
- Inaplicación de las propias Instrucciones de la contratación por la EMVS.
- Ausencia de un pliego de condiciones que defina los elementos y características esenciales del objeto del contrato y el procedimiento de contratación.
- Falta de racionalidad económica en la determinación del objeto de la compraventa.
- Inexistencia del precio objeto del contrato de compraventa.
- Incidencias habidas en el procedimiento de publicidad y concurrencia.
- Inexistencia de Informes de la Intervención General del Ayuntamiento de Madrid relativos a la compraventa de las 18 promociones.

Tras citar diversos dictámenes y la compilación doctrinal del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid considera que concurre la causa de nulidad de pleno derecho por falta absoluta de procedimiento.

Asimismo, entiende que la complejidad de efectos que conlleva la nulidad aconseja, a los efectos del artículo 106.4 de la LPAC diferir la determinación de dichos efectos a un procedimiento posterior.

Consta la conformidad de la delegada del Área de Gobierno de Equidad, Derechos Sociales y Empleo al citado informe acordando la remisión del expediente al coordinador general de la Alcaldía para recabar el dictamen de esta Comisión.

Con fecha 6 de febrero de 2018 Fidere presentó un escrito de alegaciones complementarias en el que, tras recordar que su escrito de alegaciones se basaba en que el procedimiento de enajenación se regía por el derecho privado, destaca que una concejala del equipo de gobierno del Ayuntamiento ha confirmado ese criterio a propósito de la adquisición por la Empresa Municipal de Transportes S.A. (EMT) de BICIMAD.

Tras recoger un link a un video de Youtube, expone que la citada concejala afirmó que:

-EMT es una sociedad participada al 100% por el Ayuntamiento.

-EMT está sujeta a las normas del derecho mercantil, fiscal y contable aplicable a las sociedades anónimas.

-EMT no está sometida a la legislación de procedimiento administrativo ni a la Ley de Haciendas Locales ni a la LBRL.

-EMT no sigue por ello el modelo de expediente propio del Ayuntamiento de Madrid.

-El contrato de compraventa se formalizó entre dos empresas mercantiles siendo ese el marco en el que ha de analizarse.

Con base en esas declaraciones Fidere considera que el Ayuntamiento de Madrid confirma, a través de sus propios actos, los argumentos expuestos por esa parte en su escrito de alegaciones.

Por Decreto de 7 de febrero de 2018 de la delegada del Área de Gobierno de Equidad, Derechos Sociales y Empleo se acuerda la suspensión del plazo de resolución del procedimiento de revisión por el tiempo que medie entre la petición del dictamen a la Comisión Jurídica Asesora y la recepción del mismo. Acuerda igualmente la notificación del

citado Decreto a los interesados y su publicación en los Boletines Oficiales del Ayuntamiento de Madrid y de la Comunidad de Madrid.

SEXTO.- El 12 de febrero de 2018 el coordinador general de la Alcaldía del Ayuntamiento de Madrid solicita a través del consejero de Medio Ambiente, Administración Local y Ordenación del Territorio el dictamen de la Comisión Jurídica Asesora en el expediente de revisión de oficio, teniendo entrada en esta Comisión el día 20 de dicho mes.

Al encontrarse incompleto el expediente se solicitó al Ayuntamiento de Madrid la remisión de determinada documentación por escrito del secretario de la Comisión de fecha 1 de marzo de 2018.

La documentación fue remitida el 15 de marzo de 2018 con entrada en la comisión al día siguiente.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La Comisión Jurídica Asesora emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5.3.f) b. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre y a solicitud de la alcaldesa de Madrid cursada a través del consejero de Medio Ambiente, Administración Local y Ordenación de Territorio de la Comunidad de Madrid conforme establece el artículo 18.3.c) del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid (ROFCJA).

El dictamen ha sido emitido en el plazo legal fijado por el artículo 23.1 del ROFCJA.

Al iniciarse el procedimiento de revisión el 7 de septiembre de 2017, se rige por la LPAC, la cual establece un plazo máximo para resolver de seis meses conforme su artículo 106.5. Por ello el procedimiento no ha caducado, puesto que fue suspendido al solicitar el dictamen de esta Comisión conforme permite el artículo 22.1 d) de la citada Ley.

En la revisión de oficio, el artículo 106.1 de la LPAC establece la posibilidad que las Administraciones públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, declaren de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo. Para ello será necesario que concurra en el acto a revisar alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 47.1 de la LPAC, y, desde el punto de vista del procedimiento, que se haya recabado dictamen previo del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, y que éste tenga sentido favorable.

Al existir en la Comunidad de Madrid la Comisión Jurídica Asesora como órgano superior consultivo de la Comunidad de Madrid le corresponde la competencia para la emisión del dictamen conforme el artículo 24.2 de Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado y así lo ha entendido el propio Consejo de Estado (vid. antecedente de hecho 2º del Dictamen 102/2016, de 12 de mayo, de esta Comisión sobre el anteproyecto de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid).

Por tanto, la adopción del acuerdo de revisión de oficio tendrá lugar siempre previo dictamen favorable del órgano consultivo correspondiente, que adquiere en este supuesto carácter vinculante si es contrario a la revisión.

SEGUNDA.- La revisión de oficio en el ámbito local, con carácter general, se regula en el artículo 53 de la LBRL, que permite a las

Corporaciones Locales revisar sus actos y acuerdos en los términos y con el alcance que, para la Administración del Estado, se establece en la legislación del Estado reguladora del procedimiento administrativo común.

En lo que respecta a la potestad de revisión de oficio esta Comisión viene recordando reiteradamente que se trata de una potestad exorbitante de la Administración para dejar sin efectos sus actos al margen de cualquier intervención de la jurisdicción contencioso administrativa, razón por la cual esta potestad de expulsión de los actos administrativos de la vida jurídica debe ser objeto de interpretación restrictiva y sólo se justifica en aquellos supuestos en que los actos a revisar adolezcan de un defecto de la máxima gravedad, es decir, que estén viciados de nulidad radical o de pleno derecho.

Como recuerda reiteradamente el Tribunal Supremo, así la sentencia de 25 de noviembre de 2015 (recurso 269/2014), la revisión de oficio aparece como “*(...) un medio extraordinario de supervisión del actuar administrativo, verdadero procedimiento de nulidad, que resulta cuando la invalidez se fundamenta en una causa de nulidad de pleno derecho, cuya finalidad es la de facilitar la depuración de los vicios de nulidad radical o absoluta de que adolecen los actos administrativos, con el inequívoco propósito de evitar que el transcurso de los breves plazos de impugnación de aquellos derive en su consolidación definitiva*”.

Se trata de una potestad cuyo ejercicio requiere una especial ponderación ya que, como señala la sentencia de 17 de enero de 2006 (recurso 776/2001), se trata de confrontar dos exigencias contrapuestas, el principio de legalidad y el de seguridad jurídica por los que solo procede la revisión en “*concretos supuestos en que la legalidad se ve gravemente afectada y con respeto y observancia de determinadas garantías procedimentales en salvaguardia de la seguridad jurídica, y todo*

ello limitando en el tiempo el plazo para ejercer la acción, cuando los actos han creado derechos a favor de terceros”.

Más recientemente, el Tribunal Supremo ha vuelto a pronunciarse sobre el carácter restrictivo y riguroso de la potestad de revisión de oficio en su sentencia de 10 de febrero de 2017 (recurso 7/2015):

“La acción de nulidad no es el último remedio impugnatorio susceptible de utilizar cuando se ha agotado el sistema de recursos normal, en el que cabe, pues, alegar cuantas causas de oposición quepa contra los actos combatidos, sino que se constituye como instrumento excepcional y extraordinario para evitar la producción de efectos jurídicos de aquellos actos viciados de nulidad radical. De ahí, como medio excepcional y extraordinario, que las exigencias formales y materiales para su ejercicio hayan de exigirse de manera absolutamente rigurosa, y toda interpretación que se haga de los dictados del artículo 102 de la LRJPA haya de ser necesariamente restrictiva, ya que no exigir este rigor sería desvirtuar la naturaleza y finalidad de esta acción de nulidad y la puesta en peligro constante del principio de seguridad jurídica”.

De igual modo, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en su sentencia de 15 de julio de 2016 (recurso 319/2016) recuerda que se trata de un medio extraordinario de revisión que debe ser interpretado de forma restrictiva.

TERCERA.- La presente revisión de oficio presenta una serie de peculiaridades que la dotan de una especial complejidad.

Se trata de una importante enajenación de bienes inmuebles de una sociedad mercantil pública cuyo capital social es propiedad del Ayuntamiento de Madrid con lo cual se plantea si es posible aplicar la potestad de revisión de oficio a las actuaciones de una sociedad anónima.

Asimismo, al tratarse de una enajenación/compraventa de bienes inmuebles se plantea cuál es el régimen jurídico aplicable a esta enajenación al confluir de manera poco clara tanto la normativa patrimonial como la de contratación pública.

Esta pretensión delimita la cuestión a analizar. La causa de nulidad del artículo 62.1.e) de la LRJ-PAC y actual artículo 47.1.e) de la LPAC exige que no se haya seguido ningún procedimiento o que se hayan omitido trámites sustanciales del mismo.

Ahora bien, ambas cuestiones, posibilidad de revisar de oficio y régimen jurídico aplicable a la EMVS y a su contratación, en este caso, con una especial atención a sus contratos patrimoniales, están íntimamente relacionadas por lo que han de analizarse ambas.

Previamente ha de destacarse que el análisis de la problemática se ha efectuado con una gran altura jurídica tanto por el Ayuntamiento de Madrid en el informe elaborado por los servicios jurídicos de la EMVS como en las alegaciones formuladas por Fidere.

Tal y como se ha expuesto, la revisión de oficio es una de las prerrogativas más importantes de la Administración Pública que permite a esta revocar sus propios actos declarativos de derechos cuando los mismos incurran en una causa de nulidad de pleno derecho.

El mecanismo apareció en la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 ante la falta de operatividad de la anterior regulación que exigía acudir a los tribunales de justicia acreditando tanto la ilegalidad de la actuación administrativa como que esta fuera perjudicial al interés público.

Al aparecer en una ley de procedimiento administrativo cuyo ámbito de aplicación directa se limitaba a la Administración del Estado y solo de forma supletoria se aplicaba a los organismos autónomos y a las

entidades locales, se suscitaron dudas sobre la utilización de la revisión de oficio por estas últimas si bien, posteriormente, la jurisprudencia y la legislación de régimen local concedieron plenamente esta potestad a la Administración local.

Como toda potestad, tiene su origen y sus límites en la norma legal que la configura. Por ello en este caso ha de analizarse en primer lugar la normativa de procedimiento administrativo.

Así la LRJ-PAC establecía en su artículo 2 que tenían la consideración de Administración Pública a los efectos de la Ley, la Administración General del Estado, las de las Comunidades Autónomas, las Entidades Locales así como las Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas las cuales sujetarían su actividad a la citada Ley cuando ejercieran potestades administrativas.

Como se puede ver, la LRJ-PAC limitaba la condición de Administración Pública a las entidades territoriales y, en el caso de la denominada Administración Institucional, solo concedía el carácter de Administración a las entidades de derecho público cuando ejercieran potestades administrativas.

Si bien es cierto que diversas leyes contienen diferentes conceptos de Administración, a los efectos de la revisión de oficio ha de estarse el concepto de Administración de la legislación de procedimiento administrativo, sin perjuicio de las particularidades a las que luego aludiremos en el ámbito de la contratación pública.

Por tanto, las sociedades mercantiles públicas en cuanto personas de derecho privado quedarían excluidas del concepto de Administración Pública.

En principio las sociedades públicas pueden crearse al amparo de la posibilidad constitucionalmente reconocida de intervención del Estado en la economía -artículo 128.2 de la Constitución Española- y así ocurrió en sus inicios históricos y, posteriormente, como consecuencia de la denominada actividad industrial del Estado pero, en la actualidad, han evolucionado hacia utilizaciones instrumentales de formas jurídico privadas para la prestación de servicios públicos convirtiéndose en una especie de “*pseudo organismos autónomos*”, siendo una muestra más del conocido fenómeno de la “*huida del derecho administrativo*” mediante la aplicación de figuras y mecanismos propios del derecho privado.

Esa indefinición de las sociedades públicas ha hecho que se cuestione si pueden considerarse como una modalidad más de Administración Pública y así lo ha defendido un importante sector doctrinal.

No obstante, esa consideración no es, en absoluto, unánime y el Consejo de Estado en su Dictamen 1773/2009, de 12 de noviembre, afirmó que una sociedad mercantil no es Administración Pública y su régimen jurídico aplicable es el régimen de derecho privado sin que exista previsión legal alguna que les declarase de aplicación el régimen de responsabilidad patrimonial de la LRJ-PAC.

También lo entendió así la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo en su Auto de 28 de junio de 2013 (recurso 4/2013) respecto a aquellas sociedades mercantiles que, pese a gestionar un servicio público municipal y estar participadas por capital público, se rigen por el derecho privado y no ejercen potestades públicas.

La misma Sala en Auto de 5 de diciembre de 2014 (recurso 29/2014) a propósito de un contrato de compraventa realizado por una sociedad mercantil municipal, tras recordar que, conforme la disposición adicional 12^a de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento

de la Administración General del Estado, las sociedades mercantiles estatales se regían por el título VII de la LPAP y por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sean de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero y de contratación, afirma que:

“De modo que si acudimos, siguiendo la indicación de la citada disposición, a lo que dispone la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, de aplicación al caso, advertimos que, a tenor de los artículos 1.3, y 5.3, en este caso no se ha celebrado el contrato por una Administración Pública y, además, el contrato es de compraventa cuya naturaleza es netamente privada. Así es, el artículo 1.3.a) del TR de la Ley de Contratos de las Administración Publicas excluye de su ámbito de aplicación subjetiva a las entidades de derecho privado, como son las sociedades mercantiles, con capital público, pues exige que se trate de entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas a las Administraciones Públicas, siempre que se creen para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil.

Además, con carácter general los contratos de compraventa, como es el caso pues se trataba de la compraventa de viviendas, están expresamente excluidos aunque hayan sido celebrados por una Administración Pública”.

En idénticos términos el Auto de 22 de marzo de 2010 (recurso 28/2009) respecto de la sujeción al derecho privado de los contratos de compraventa de viviendas.

Sin embargo, es cierto que, en ocasiones, tal y como se menciona por el Ayuntamiento de Madrid, se ha utilizado la doctrina del levantamiento del velo. Así la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 1992 (recurso 10950/1990) o (en sentido negativo) la más reciente sentencia de

la Sala de lo Civil de 14 de diciembre de 2017 (recurso 515/2015) pero esta doctrina tiene por finalidad levantar una aparente personalidad posibilitando a los terceros dirigirse contra la persona que está detrás y controla la sociedad pantalla. No es una doctrina que pueda invocar quien crea esa sociedad puesto que, si el levantamiento del velo exige que se acredite una actuación abusiva, no puede beneficiarse de la misma quien ha generado dicho abuso, siendo como es una figura estrechamente vinculada al principio de buena fe y a la prohibición del fraude de ley y abuso del derecho (sentencia del Tribunal Supremo (Civil) de 18 de febrero de 2016 (recurso 1914/2013)). Por ello la sentencia del Tribunal Supremo (Civil) de 13 de octubre de 2011 (recurso 1043/2008) señala como finalidad de esta doctrina el *“evitar que el respeto absoluto a la personalidad provoque de forma injustificada el desconocimiento de legítimos derechos e intereses de terceros”*.

No obstante lo anterior, lo cierto es que con frecuencia, como se ha expuesto, las sociedades mercantiles operan en la práctica como si de facto fueran una Administración Pública y así lo está reconociendo paulatinamente la más reciente legislación.

Así el artículo 2 LPAC configura como ámbito subjetivo de aplicación no ya las Administraciones Públicas sino el sector público en el que se comprende [artículo 2.2.b)] al sector público institucional dentro del cual se incluyen a las entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas que quedan sujetas a la LPAC cuando específicamente se refiera a las mismas y, en todo caso, cuando ejerzan potestades administrativas. A su vez, el apartado 3 del citado artículo califica como Administraciones Públicas a las Administraciones territoriales y a los entes de derecho público del apartado 2.a) con lo cual excluye del concepto a los entes de derecho privado del apartado 2.b) en línea con lo que establecía con anterioridad la LRJ-PAC.

No obstante, como hemos indicado, se aplicará la LPAC cuando específicamente se refiera a las mismas o las entidades de derecho privado que ejerzan *“potestades administrativas”*.

Pues bien, si acudimos a la regulación de la revisión de oficio se comprueba que el artículo 109 LPAC atribuye esa potestad a las Administraciones Pùblicas respecto de los actos administrativos previstos en el artículo 47.1 LPAC que recoge los supuestos de nulidad de pleno derecho de *“los actos de las Administraciones Pùblicas”*.

Por tanto la LPAC no contempla en abstracto la posibilidad de revisión de oficio de las actuaciones de las sociedades mercantiles, ya que no son actos administrativos –artículo 34 LPAC- salvo que se trate del ejercicio por estas entidades de potestades administrativas lo cual es lógico ya que resultaría inadmisible que estas potestades se rigiesen por el derecho privado pero resulta contradictorio atribuir estas potestades a personas jurídicas de derecho privado máxime cuando, salvo alguna excepción (vid. ATC 254/2006, de 4 de julio y STC 236/2015, de 19 de noviembre), las sociedades anónimas carecen de personal funcionario como resulta el artículo 117 LRJSP en tanto que el artículo 9 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, reserva a los funcionarios públicos el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas. A este precepto se refiere expresamente el artículo 85 LBRL al contemplar las formas de gestión de los servicios públicos locales y el artículo 95.1 del TRRL recoge igualmente que los servicios que impliquen ejercicio de autoridad sólo podrán ser ejercidos por gestión directa.

En este caso, ni el objeto de la actuación a revisar (enajenación de bienes inmuebles) ni el objeto social de la EMVS que recogen sus Estatutos Sociales tanto los aprobados el 31 de julio de 2008 como los

actuales de 28 de julio de 2016, permiten entender que la EMVS ejerza potestades administrativas, sino que se trata de una sociedad de gestión patrimonial de viviendas que constituyen un patrimonio separado del municipal. En este sentido son significativas las sentencias del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2009 (recurso 4035/2005) que anula los estatutos de una sociedad mercantil por comprender funciones públicas reservadas a funcionarios o la de 17 de mayo de 2012 (recurso 2616/2009) relativa a una sociedad mercantil estatal que gestiona dominio público portuario.

Esa gestión patrimonial no se ve afectada por la decisión de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de considerar públicos los caudales de las sociedades mercantiles públicas ya que se trata de un criterio interpretativo del derecho penal que dispone de conceptos propios sin que estos tengan por qué coincidir con los de otras ramas del derecho, así el concepto de funcionario público del artículo 24.2 del Código Penal.

A ello se suma el que la legislación de Haciendas Locales sujeta a las sociedades mercantiles municipales al régimen de contabilidad pública (artículo 200.2 del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo (TRLHL) con la obligación de rendir cuentas al Tribunal de Cuentas (artículo 201 del TRLHL). Por ello es lógico que penalmente se consideren bienes públicos sus bienes y derechos.

A mayor abundamiento la atribución a una sociedad mercantil estatal de potestades administrativas ha de hacerse por ley y “*excepcionalmente*” –artículo 113 LRJSP (no básico conforme su disposición final 14^a).

Por tanto, desde el punto de vista de la normativa de procedimiento administrativo no cabe la revisión de oficio de las actuaciones llevadas a cabo por sociedades mercantiles públicas.

CUARTA.- El Ayuntamiento de Madrid, tanto en la contestación a las alegaciones de los interesados como en el informe inicial de los servicios jurídicos de la EMVS, considera que procede la revisión de oficio por aplicación de la normativa de contratación pública a la que se remite la legislación patrimonial.

Tal y como se recoge en el informe de los servicios jurídicos de la EMVS, en los contratos patrimoniales se produce una doble remisión ya que la legislación de contratos los excluye de su ámbito de aplicación y los remite a la legislación patrimonial (artículo 4 p) TRLCSP) y, a su vez, el artículo 110 LPAP se remite en cuanto a la preparación y adjudicación a la legislación de contratos en todo lo no previsto en la normativa patrimonial.

En primer lugar, la aplicación de la LPAP a las sociedades mercantiles públicas plantea problemas por cuanto su artículo 2 establece su aplicación a las Administraciones Públicas y a los organismos públicos con lo cual las sociedades mercantiles estarían excluidas si bien el Título VII se remite al patrimonio empresarial del Estado estableciendo que las sociedades en las que la participación estatal fuese mayoritaria ajustarían la gestión de sus patrimonios al derecho privado sin perjuicio de las disposiciones de la LPAP que les fuesen de aplicación –artículo 167.2 LPAP- sin contener referencia alguna a las sociedades anónimas de titularidad íntegramente estatal cuyo régimen jurídico es fijado por el artículo 166.2 LPAP de tal forma que se regirán por el Título VII de la LPAP y por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sean de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero y de contratación. En el ámbito local el artículo 103 TRRL remite el funcionamiento de estas sociedades a la legislación mercantil.

De una forma más taxativa el artículo 2.3 de la Ley 3/2001, de 21 de junio, de Patrimonio de la Comunidad de Madrid, redactado por Ley 8/2015, de 28 de diciembre, establece que los bienes y derechos de las sociedades mercantiles de la Comunidad de Madrid no quedarán sujetos a las disposiciones de dicha Ley.

Ello conlleva la necesidad de determinar la aplicación de la normativa de contratos públicos. Como es sabido, la proliferación de sociedades públicas se produjo como una forma de eludir los mayores requisitos que en materia de contratación, empleo público y gestión presupuestaria impone el derecho administrativo a los organismos públicos.

En el ámbito contractual se ha producido una progresiva vuelta al control del derecho administrativo. Así la disposición adicional 6^a de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas estableció que las sociedades mercantiles públicas se ajustarían en su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar fuese incompatible con esos principios.

A propósito de tal disposición el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla) en sentencia de 31 de marzo de 2003 (recurso 714/2001) consideró, en relación a la enajenación de unos inmuebles por una sociedad mercantil local, que aunque un sector doctrinal considera que la sujeción a tales principios no se extendería a los negocios patrimoniales, la referencia a la actividad “*contractual*” permite también extender los principios a esos negocios si bien entiende que, como señaló el Informe 24/1995, de 24 de octubre de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, tales principios no deben hacerse equivaler con las normas sobre preparación y adjudicación de la Ley de Contratos.

Por el contrario, el Informe 15/2013, de 26 de junio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón entiende que el TRLCSP ha excluido por completo los contratos patrimoniales de la regulación de los contratos públicos de tal forma que los reenvíos contenidos en la legislación patrimonial “*resultan en la práctica carentes de efectividad*”.

Como consecuencia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la sujeción a la normativa europea de contratos de los “*poderes adjudicadores*” y, en concreto, tras la sentencia de 16 de octubre de 2003 C-283/00 relativa a la Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios, S.A. resultó necesario adaptar la legislación española de contratos para sujetar las sociedades públicas al derecho europeo, lo que se llevó a efecto por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, que sujetó a estas sociedades a la legislación de contratos si se cumplían determinados requisitos y, en el caso de los demás contratos, ajustarían su actividad a los citados principios.

La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público recogió finalmente la sujeción de las sociedades mercantiles al incluirlas en el concepto de sector público. Así el TRLCSP, al fijar su ámbito subjetivo de aplicación en su artículo 3, considera a las sociedades mercantiles públicas como parte del sector público en la categoría de poderes adjudicadores cuyos contratos tienen la naturaleza de contratos privados –artículo 20.1- si bien, en su preparación y adjudicación, se aplicará el TRLCSP y sus disposiciones de desarrollo. A su vez la competencia jurisdiccional sobre los mismos correspondería a la jurisdicción civil salvo que se tratase de contratos sujetos a regulación armonizada. En estos casos, la Ley 34/2010, de 5 de agosto, extendió a estas sociedades el concepto de “*actos separables*” que permitía a la jurisdicción contenciosa el conocimiento de los actos de preparación y adjudicación de los contratos privados de la Administración.

Además de esta atribución jurisdiccional es cierto que una importante corriente jurisprudencial, así sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 9 de diciembre de 2014 (recurso 237/2014) y de 13 de octubre de 2017 (recurso 531/2015) recoge un criterio finalista en cuanto que, si el contrato tiene una finalidad de servicio público, la competencia corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa.

No obstante, en este caso, la finalidad del contrato fue, como reconoce el Ayuntamiento, obtener fondos en un contexto de dificultades presupuestarias.

En cambio, en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 19 de julio de 2005 (recurso 203/2004), se distingue entre lo que sería una mera enajenación por una sociedad municipal de parcelas municipales que, en principio, no podría encajarse en los contratos sujetos a regulación comunitaria o si se trata de una figura asimilable a un contrato de obras para la ejecución de viviendas, dudas que le permite afirmar la competencia de la jurisdicción contenciosa.

En la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2012 (recurso 5049/2011), si bien se consigna expresamente que la legislación de contratación pública va más allá de los conceptos tradicionales de los conceptos tradicionales de Administración, contratos y acto administrativo, se limita la competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en cuanto a la preparación y adjudicación de un contrato por una sociedad mercantil a los contratos sujetos a regulación armonizada (expresión subrayada en la propia sentencia).

Al igual que la LPAC y la LRJSP, la nueva LCSP/17 incide en una mayor administrativización y así, en los supuestos no susceptibles de recurso especial de contratación, establece un recurso contra los actos de los poderes adjudicadores que no son Administración Pública ante el

departamento de adscripción al que esté vinculada la entidad contratante o al que corresponda su tutela –artículo 44.6 LCSP/17–.

En concreto, respecto de la revisión de oficio, el artículo 41 de la LCSP/17 establece como novedad que “*a los exclusivos efectos de la presente Ley tendrán la consideración de actos administrativos*” los actos preparatorios y de adjudicación de las entidades del sector público que no sean Administraciones Públicas, atribuyendo la competencia para declarar la nulidad al titular del departamento al que este adscrita o al que corresponda su tutela. La publicación del régimen de preparación y adjudicación de los contratos se cierra con la atribución de su control jurisdiccional a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa –artículo 27.1.d) de la LCSP/17–.

La presente revisión de oficio ha de tramitarse con arreglo a la normativa anterior conforme la disposición transitoria 1^a apartado 4 de la LCSP/17. Además, es significativo que en la tramitación parlamentaria no prosperase una enmienda que proponía aplicar la nueva regulación de la revisión de oficio a las adjudicaciones realizadas con anterioridad.

Se extiende así a la totalidad de los poderes adjudicadores la potestad de revisión de oficio que, con anterioridad, ostentaban con claridad los entes de derecho público sujetos a derecho privado (Dictamen 105/2013, de 11 de abril, del Consejo de Estado) y más dudosamente las sociedades mercantiles. Así el Dictamen 29/2011, de 13 de enero de 2011, del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana al entender aplicable el artículo 34.1 TRLCSP que permite la revisión de oficio de los actos de preparación y adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas y “*de los contratos sujetos a regulación armonizada*” remitiéndose a las disposiciones de la LRJ-PAC.

En el Dictamen 1037/2016, de 23 de febrero de 2017, el Consejo de Estado considera procedente la revisión de oficio de un contrato de una

sociedad mercantil pública (Renfe Operadora S.A) ya que su adjudicación se llevó a cabo en su día por la Entidad Pública Empresarial FEVE.

Ahora bien, los contratos patrimoniales no tienen la condición de contratos sujetos a regulación armonizada ya que las Directivas no regulan tales contratos. Ha de ponerse de relieve el considerando 24 de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (aplicable en el momento de enajenación de los inmuebles de la EMVS), según el cual: *“En el marco de los servicios, los contratos relativos a la adquisición o alquiler de bienes inmuebles o a derechos sobre dichos bienes presentan características especiales debido a las cuales no resulta adecuada la aplicación de las normas de adjudicación de los contratos públicos”*.

Por tanto, de ello se extrae que, en el TRLCSP, solo era posible la revisión de oficio tratándose de contratos sujetos a regulación armonizada, concepto no aplicable a los contratos patrimoniales no contemplados en el derecho europeo de contratación pública.

Por tanto no parece que sea posible aplicar el mecanismo de la revisión de oficio a un contrato patrimonial celebrado por una sociedad mercantil pública bajo la vigencia del TRLCSP.

QUINTA.- Procede hacer una reconsideración final. Como se ha expuesto la revisión de oficio es una potestad excepcional de la Administración que permite alterar principios jurídicos básicos como son el de la vinculación por los actos propios y la seguridad jurídica al apreciar que determinados actos administrativos incurren en una serie de vicios que conllevan su nulidad de pleno derecho lo que permite su anulación sin tener que acudir a los tribunales de justicia.

En tanto que se trata de un mecanismo excepcional, su aplicación ha de realizarse restrictivamente tan solo a aquellos casos en los que quede completamente acreditada la concurrencia de la causa de nulidad y permitiendo incluso excluir su aplicación en los supuestos del artículo 110 LPAC.

Esos mismos criterios restrictivos han de aplicarse en un supuesto como el presente en el que, como hemos visto, no resulta factible la aplicación de este mecanismo salvo que se recurra a principios generales que, como tales, son de interpretación y aplicación cuestionables.

Además la propia normativa a aplicar plantea serias dudas ya que: 1) la existencia de reenvíos entre las normativas de contratación y la patrimonial; 2) la sujeción de las sociedades públicas al derecho privado de tal forma que resultan de facto excluidas de la aplicación de la legislación patrimonial; y 3) la inclusión en la legislación de contratos de las sociedades públicas como poderes adjudicadores pero solo en lo relativo a su ámbito objetivo de aplicación del que resultan excluidos los contratos patrimoniales son factores que no permiten aplicar, con un mínimo de claridad y certeza, el mecanismo de la revisión de oficio a la enajenación de bienes realizada por una sociedad mercantil pública.

Puesto que la revisión de oficio es una manifestación extrema de la autotutela administrativa –sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2010 (recurso 3235/2007)- y de aplicación restrictiva no cabe su aplicación en un supuesto como el presente.

De hecho, la propia Administración consultante expresa sus dudas sobre este mecanismo cuando en el informe sobre las alegaciones presentadas y que sirve como propuesta de resolución manifiesta que el acuerdo de la Junta de Gobierno “*podría entenderse*” como un acto administrativo si bien la argumentación de la nulidad no se refiere a este acuerdo sino al proceso de enajenación en sí. De igual forma, el informe

de los Servicios Jurídicos de la EMVS reconoce que el ordenamiento jurídico no ofrece una respuesta clara en cuanto a la normativa a aplicar en las enajenaciones de bienes por sociedades mercantiles públicas.

Ya se ha expuesto que la más reciente legislación va abriendo camino a una mayor aplicación del derecho administrativo a las sociedades mercantiles públicas pero, sin perjuicio de reconocer que este es el camino a seguir para frenar la huida del derecho administrativo y garantizar el cumplimiento de las exigencias constitucionales a la Administración Pública, lo cierto es que esta Comisión ha de basar sus dictámenes en el derecho positivo vigente y en la interpretación que del mismo hacen los tribunales de justicia sin poder hacer interpretaciones extensivas no aceptables en la revisión de oficio o acoger posturas doctrinales por muy razonables que sean.

Por último, ha de indicarse que el que no proceda la revisión de oficio no implica convalidar el procedimiento de enajenación, de tal forma que las posibles irregularidades existentes en el mismo están siendo objeto de enjuiciamiento ante las jurisdicciones penal y contable, sin perjuicio de otras posibles vías que el Ayuntamiento de Madrid pueda utilizar para atacar tal operación.

En mérito a cuanto antecede, la Comisión Jurídica Asesora formula la siguiente

CONCLUSIÓN

No procede la revisión de oficio de la adjudicación de la venta de dieciocho promociones de vivienda protegida y otros inmuebles no

vinculados a las mismas por la Empresa Municipal de Vivienda y Suelo de Madrid S.A en el año 2013.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a esta Comisión Jurídica Asesora de conformidad con lo establecido en el artículo 22.5 del ROFCJA.

Madrid, a 19 de abril de 2018

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 184/18

Excma. Sra. Alcaldesa de Madrid

C/ Montalbán, 1 – 28014 Madrid