

Dictamen nº: **28/16**
Consulta: **Alcaldesa de Torrelodones**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **21.04.16**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 21 de abril de 2016, emitido ante la consulta formulada por la alcaldesa de Torrelodones, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en relación con el expediente de resolución del contrato de venta de parcela de uso residencial para la construcción de viviendas de protección pública, suscrito con la empresa Acción Aragonesa de Viviendas, S.A.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 11 de abril de 2016 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen preceptivo procedente de la Consejería de Medio Ambiente, Administración Local y Ordenación del Territorio.

A dicho expediente se le asignó el número 102/16, comenzando el día señalado el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 23.1 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora, aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero, del Consejo de Gobierno (ROFCJA).

La ponencia ha correspondido, por reparto de asuntos, al letrado vocal Dña. María del Pilar Rubio Pérez de Acevedo, 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 21 de abril de 2016.

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

Con fecha 10 de julio de 2007 fue aprobado por acuerdo del Pleno del Ayuntamiento el pliego de cláusulas administrativas particulares que ha de regir el concurso para la venta de parcela de uso residencial para la construcción de viviendas con protección pública, cuyo anuncio se publicó en el “Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid” (BOCM) de 3 de septiembre de 2007.

Con fecha 11 de septiembre de 2007 se publica en el BOCM la corrección de errores, tras formularse alegaciones al pliego que fueron informadas por el Secretario y desestimadas por el Alcalde.

El procedimiento de contratación sigue su curso, se convocan y celebran las correspondientes mesas de contratación y se propone como adjudicatario del concurso para contratar por procedimiento abierto la “Enajenación Parcela 9.3 AHS, para construcción de Vivienda de Protección Pública” a la empresa citada en el encabezamiento (folios 371 a 375 del expediente).

Por acuerdo del Pleno del Ayuntamiento, en su sesión celebrada el día 27 de diciembre de 2007, se adjudica el contrato para la enajenación de la parcela municipal 9.3 del A.H.S. para la construcción de vivienda de protección pública, a la empresa citada, por un importe x y un plazo de ejecución de 21 meses, tal y como consta en el Certificado del Secretario del Ayuntamiento de fecha 10 de enero de 2008 (folios 379 a 387 del expediente).

Dicho acuerdo se notifica a la adjudicataria y a los demás licitadores.

La adjudicataria realiza el pago de la parcela al Ayuntamiento por transferencia bancaria de fecha 27 de febrero de 2008 (folio 523 del expediente) y de los intereses de demora, por transferencia de fecha 4 de marzo de 2008.

El contrato administrativo de venta de parcela de uso residencial para la construcción de viviendas de protección pública se celebra el día 6 de marzo de 2008 y ese mismo día, se ratifica y eleva a público.

Por diversas vicisitudes, la contratista no inicia la ejecución de las obras.

El Pleno del Ayuntamiento de 12 de mayo de 2015 adoptó el acuerdo de imposición de penalidades a la contratista, a razón de 560,42 euros diarios contados a partir del día siguiente de adopción del acuerdo y concediéndole un plazo de 21 meses para la terminación total de la obra, a partir de la misma fecha.

Por escrito de 4 de agosto de 2015, el Registrador de la Propiedad de Torreloz pone en conocimiento de dicho Ayuntamiento que el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Zaragoza ha declarado en situación legal de concurso voluntario abreviado a la empresa contratista mediante Auto de 8 de junio de 2015.

El Ayuntamiento se persona en el procedimiento concursal y se siguen ante el Juzgado numerosos trámites.

Por providencia de la alcaldesa de fecha 30 de noviembre de 2015 se indica que se ha generado la cantidad de 113.204,84 euros en concepto de penalidad por retraso y que no se ha realizado ninguna actividad en la parcela. Considera, asimismo:

“(...) que en esta situación la Administración puede optar por mantener las penalidades hasta que se llegue al 5% del valor del contrato o analizar si es posible que el contrato se cumpla. Porque lo esencial de la imposición de las penalidades es el cumplimiento del contrato. Por ello, cuanto la Administración llegue a la conclusión de que el contrato no es posible que sea cumplido por la empresa, debe analizar la conveniencia de mantener la imposición de penalidades o la posibilidad de rescindirlo.

En este caso quedan 15 meses para la terminación del plazo concedido, lo cual implica que sea absolutamente complejo la terminación de la obra en este plazo.

Por todo lo cual, debe emitirse informe por los servicios técnicos municipales aclarando si es factible la terminación en plazo, porque de no ser así, se debe sopesar la rescisión del contrato de manera que el mismo pueda volver a ser licitado y se consiga la satisfacción del interés público”.

Con fecha 10 de diciembre de 2015 emite informe el arquitecto municipal en el que concluye que considera un plazo mínimo de 19 meses para la terminación de las obras.

Con esa misma fecha, 10 de diciembre de 2015, la Secretaría General emite informe cuyo asunto es “Rescisión Contrato” en el que considera que el contrato no puede ser cumplido por lo que debe procederse a su resolución, señalando cual es el procedimiento a seguir. Asimismo, indica que la resolución del contrato supone la ejecución del derecho de retroventa por lo que debe abonarse al contratista el valor pagado por el bien y minorado en un 20% del importe total de venta en concepto de penalización por incumplimiento.

La alcaldesa dicta una providencia con fecha 15 de diciembre de 2015 en la que señala: *“Emitidos los informes, que avalan la tramitación*

de rescisión del contrato, procédase a iniciar los trámites para la enajenación de la parcela 9 del AHS, 9.3 del A.H.S, una vez sea de propiedad municipal”.

Con fecha 8 de enero de 2016, el Interventor del Ayuntamiento de Torreloz emite informe sobre la resolución del contrato en los siguientes términos:

“Vistos los antecedentes que obran en el expediente procede la resolución del contrato, fiscalizándose éste de conformidad. No obstante la resolución del contrato supone la ejecución del derecho de retroventa. Consta providencia de la Alcaldía para el inicio de la venta de la citada parcela una vez sea de propiedad municipal y para que sea de propiedad municipal es necesario abonar la retroventa para lo cual no existe disponibilidad presupuestaria.

Al objeto de llevar a cabo la resolución sería necesario agilizar el expediente de venta de la parcela e incoar expediente de modificación de crédito ya que en caso contrario no se puede proceder al cumplimiento de la resolución por inexistencia de crédito adecuado y suficiente”.

El día 14 de enero de 2016, la alcaldesa concede trámite de audiencia al contratista para realizar las alegaciones que estime convenientes respecto de la resolución del contrato y de la incautación de la garantía. En dicho escrito se pone de manifiesto que por providencia e 30 de noviembre de esa Alcaldía se ordena la emisión de informes por parte de los servicios técnicos del Ayuntamiento sobre la posibilidad de que la empresa pueda terminar las obras. Indica asimismo: *“Emitidos los informes técnico y jurídicos, procede continuar con la tramitación del expediente para resolver el contrato suscrito con la empresa el día 6 de marzo de 2008”.*

En esa misma fecha, se concede el trámite de audiencia a Caja Inmaculada-Grupo Ibercaja como entidad avalista.

Con fecha de registro en Correos de 29 de enero de 2016 y fecha de entrada en el Ayuntamiento del día 1 de febrero, la contratista junto con el administrador concursal formula alegaciones, firmadas por su representante y por el administrador concursal, en las que solicita que el Ayuntamiento proceda a archivar el expediente de resolución del contrato suscrito con su mandante.

Con fecha 12 de febrero de 2016, la alcaldesa dicta propuesta de resolución del contrato firmado con la contratista por incumplimiento.

A la vista de los antecedentes mencionados, se formulan las siguientes,

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La Comisión Jurídica Asesora emite su dictamen preceptivo, al amparo del artículo 5.3.f).d. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, conforme al cual: *“3. En especial, la Comisión Jurídica Asesora deberá ser consultada en los siguientes asuntos: (...) f) Expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid, las entidades locales y las universidades públicas sobre: (...) d. Aprobación de pliegos de cláusulas administrativas generales, interpretación, nulidad y resolución de los contratos administrativos y modificaciones de los mismos en los supuestos establecidos por la legislación de contratos del sector público”.*

La solicitud de dictamen de la alcaldesa de Torreldones se ha hecho llegar a la Comisión Jurídica Asesora a través del consejero de

Medio Ambiente, Administración Local y Ordenación del Territorio, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 18.3.d) del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora, aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero (en adelante, ROFCJA).

SEGUNDA.- Hemos de analizar, en primer lugar, la controvertida cuestión de la naturaleza jurídica del contrato de enajenación de parcela que pretende ser resuelto.

Siguiendo el criterio sostenido por el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, entre otros, en su Dictamen 2/11, de 2 de febrero, en el que cita el 370/09, de 17 de junio, la distinción entre contratos administrativos especiales y contratos privados no es en absoluto pacífica ni resulta sencilla, si bien reiterada jurisprudencia parece decantarse como elemento delimitador de unos y otros el teleológico o finalista, de forma tal que la vinculación del contrato a un fin público de la específica competencia de la Administración puede determinar la consideración de aquél como administrativo en lugar de privado (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, el Dictamen indicado trae a colación, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 2004 –recurso número 7508/1999– que, en relación a la cesión a título oneroso de una parcela para la construcción de viviendas protegidas, afirma *“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)”*, a lo que añade que *“la finalidad social indudable que se atribuye a la construcción de este tipo*

de viviendas es una de las circunstancias que permiten caracterizar la naturaleza administrativa del contrato celebrado con esa finalidad”».

Asimismo, el citado Dictamen acoge el criterio finalista para discernir sobre la naturaleza administrativa o privada de los contratos a celebrar por la Administración de los dictámenes 1100/1995, de 11 de octubre, y 2354/2004, de 2 de diciembre, del Consejo de Estado. En este último se indicó que el contrato para la segregación y enajenación de una parcela de terrenos para uso sanitario *“a la luz de la legislación de contratos de las Administraciones Públicas y de la doctrina jurisprudencial aplicable, debe considerarse en buena lógica que dicho contrato tiene naturaleza administrativa (artículo 5.1.b) del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas)”*.

Siguiendo la doctrina expuesta, cabe afirmar la naturaleza administrativa del contrato que nos ocupa toda vez que tiene por objeto, según la cláusula 1ª del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares para venta de parcela de uso residencial para la construcción de viviendas de protección pública: *“(...) la enajenación, conforme a lo dispuesto en el artículo 178 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid, en pleno dominio de una parcela de suelo urbano y uso residencial en el municipio de Torrelodones para la construcción de viviendas de protección pública (...)”*.

Los bienes integrantes de los de los patrimonios públicos de suelo, una vez incorporados al proceso urbanizador o edificatorio, se destinarán a cualquiera de los fines que señala el artículo 176 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid, entre los que se encuentra, el de *“construcción, rehabilitación o mejora de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública o de integración social, en el marco de las políticas o programas establecidos por las Administraciones Públicas”*.

En el caso examinado, el adjudicatario está obligado *“a destinar preceptivamente la parcela a la construcción de viviendas de protección pública (...)”* (Cláusula 10.1 del Pliego rector de la contratación). Esta obligación tiene el carácter de condición resolutoria de la compraventa (Cláusula 14.1 del Pliego).

De todo lo anterior, se colige la calificación del contrato como administrativo especial.

En cuanto al régimen jurídico aplicable al contrato, la Disposición transitoria primera de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), determina:

“(...)”

2. Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”.

La Disposición transitoria primera del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSPP), tiene idéntico contenido.

El contrato objeto de análisis fue adjudicado por acuerdo del Pleno del Ayuntamiento en su sesión celebrada el día 27 de diciembre de 2007, por tanto, con anterioridad a la entrada en vigor de la LCSP que se produjo a los seis meses de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» de 31 de octubre de 2007.

En consecuencia este contrato se rige por lo que establezca el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP).

TERCERA.- Por lo que se refiere al procedimiento de resolución contractual, habrá que estar a lo dispuesto en la normativa vigente en el momento de su inicio, lo que supone la aplicación, en el caso analizado, del TRLCSP, en particular de sus artículos 211 y 225.3. Con carácter supletorio, a tenor de la disposición final tercera, apartado 1, del mismo TRLCSP, se aplicarán los preceptos de la Ley 30/1992 (LRJ-PAC) y normas complementarias. Además, ante la falta de desarrollo reglamentario en el aspecto objeto de estudio de las disposiciones vigentes en materia de contratación del sector público, debe considerarse lo dispuesto en el artículo 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), referido específicamente al “*procedimiento para la resolución de los contratos*”.

En materia de procedimiento, la resolución de contratos administrativos exige atenerse a lo previsto en el artículo 210 TRLCSP en cuya virtud “*dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, (...) acordar su resolución y determinar los efectos de ésta*”.

En el ámbito de la Administración local, el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril (TRRL), establece como necesarios los informes de la Secretaría y de la Intervención de la Corporación (artículo 114.3).

Por lo que se refiere al informe de la Secretaría, éste se emite el día 15 de diciembre de 2015.

El Informe del Interventor municipal, favorable a la resolución siempre que se cumplan determinadas circunstancias, es de fecha 8 de enero de 2016.

El artículo 211.1 del TRLCSP requiere que en el correspondiente expediente se dé audiencia al contratista. Además debe tenerse en cuenta el artículo 109 del RGCAP, que exige la audiencia al avalista o asegurador “*si se propone la incautación de la garantía*”. Por otro lado el apartado tercero artículo 211 dispone que será preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de interpretación, nulidad y resolución, cuando se formule oposición por parte del contratista.

De acuerdo con la normativa expuesta resulta que, en nuestro caso, se ha dado audiencia al contratista el cual, mediante escrito de 1 de febrero de 2016, ha manifestado su oposición a la resolución contractual proyectada, lo que hace preceptivo el dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora. Del expediente examinado resulta que se propone la incautación de la garantía, por lo que se ha conferido audiencia al avalista (Caja Inmaculada-Grupo Ibercaja) que no ha formulado alegaciones.

Por otra parte, en cuanto al plazo para resolver el expediente de resolución del contrato, la normativa contractual no establece regulación alguna al respecto, por lo que resulta aplicable subsidiariamente, en virtud de lo dispuesto en la disposición final tercera, apartado 1, del TRLCSP, los preceptos de la LRJ-PAC y en concreto, el artículo 44 LRJ-PAC.

En este sentido, la aplicación del artículo 44 de la LRJ-PAC a los procedimientos de resolución contractual ha sido establecida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Este precepto establece la caducidad por transcurso del plazo máximo para resolver en los procedimientos iniciados de oficio, plazo fijado por el artículo 42.3.a) de la LRJ-PAC que determina que será el que establezca la normativa específica y, en su defecto, el plazo general de tres meses desde la fecha del acuerdo de iniciación.

No obstante, este plazo puede verse ampliado por la posibilidad regulada en el artículo 42.5.c) de la LRJ-PAC:

“El transcurso del plazo máximo legal para resolver un procedimiento y notificar la resolución se podrá suspender en los siguientes casos:

(...)

c) Cuando deban solicitarse informes que sean preceptivos y determinantes del contenido de la resolución a órgano de la misma o distinta Administración, por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos. Este plazo de suspensión no podrá exceder en ningún caso de tres meses”.

Analizado el expediente remitido se observa que no existe un acuerdo expreso de inicio del procedimiento de resolución del contrato citado.

La primera actuación en la que se menciona la posibilidad de resolver el contrato es la providencia de la alcaldesa de fecha 30 de noviembre de 2015. Posteriormente, el Secretario General en su informe de 10 de diciembre de 2015, cuyo asunto es la rescisión del contrato, manifiesta que procede la resolución. A la vista de dicho informe, la alcaldesa dicta una providencia con fecha 15 de diciembre de 2015 en la que señala: *“Emitidos los informes, que avalan la tramitación de rescisión del contrato, procédase a iniciar los trámites para la enajenación de la parcela la parcela 9 del AHS, 9.3 del A.H.S, una vez sea de propiedad municipal”.*

La siguiente actuación es el informe del Interventor municipal de fecha 8 de enero de 2016 que señala expresamente: *“Vistos los*

antecedentes que obran en el expediente procede la resolución del contrato, fiscalizándose éste de conformidad. No obstante la resolución del contrato supone la ejecución del derecho de retroventa. (...)”.

En consecuencia, si bien no existe una resolución expresa de inicio del procedimiento de resolución contractual, lo cierto es que el día 10 de diciembre de 2015 el informe del Secretario indica que procede la resolución; la alcaldesa, por providencia de 15 de diciembre de 2015, al proceder la resolución, realiza actuaciones derivadas de la misma y, por último, el Interventor municipal fiscaliza la resolución de conformidad, previo cumplimiento de determinados requisitos, el día 8 de enero de 2016.

De la fecha en que han sido emitidos los documentos citados se colige que, en cualquier caso, sea cual fuere el punto de referencia adoptado, ha transcurrido el plazo de tres meses y, en consecuencia, el procedimiento ha caducado.

Ahora bien, declarada la caducidad de un procedimiento, nada impide el inicio de un nuevo procedimiento de resolución del contrato, si concurre la causa de resolución alegada.

En mérito a lo que antecede, esta Comisión Jurídica extrae la siguiente,

CONCLUSIÓN

El procedimiento de resolución del contrato objeto de dictamen ha caducado.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, 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 21 de abril de 2016

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 28/16

Sra. Alcaldesa de Torrelodones

Pza. de la Constitución, 1 – 28250 Torrelodones