

Dictamen nº:

370/09

Consulta:

Alcalde de San Sebastián de los Reyes

Asunto:

Contratación Administrativa

Aprobación:

17.06.09

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 17 de junio de 2009, sobre consulta formulada por el Alcalde Presidente del Ayuntamiento de San Sebastián de los Reyes, cursada a través del Consejero de Presidencia, Justicia e Interior, al amparo del artículo 13.1.f) 4.º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, de creación del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, en relación con expediente sobre resolución del contrato de enajenación de la parcela del Sector Tempranales aaa, para la construcción de viviendas de protección pública básica destinadas a venta, a la Sociedad Cooperativa Madrileña A (en adelante la Cooperativa).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 25 de mayo de 2009 tuvo entrada en el registro del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen preceptivo formulada por el Consejero de Presidencia, Justicia e Interior el 21 de mayo pasado, acerca de la petición procedente del Ayuntamiento de San Sebastián de los Reyes, firmada por su Alcalde Presidente, sobre expediente de resolución del contrato de enajenación de la parcela del Sector Tempranales aaa, para la construcción de viviendas de protección pública básica, a la Sociedad Cooperativa referenciada.

Admitida a trámite con esa misma fecha se procedió a dar entrada en el registro de expedientes con el número 322/09, iniciándose el computo del plazo para la emisión del dictamen, tal como dispone el artículo 34 apartado 1 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por el Decreto 26/2008, de 10 de abril.

Ha correspondido su ponencia a la Sección V, presidida por el Excmo. Sr. D. Ismael Bardisa Jordá, quien firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 17 de junio de 2009.

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

Con fecha 18 de diciembre de 2006 fue aprobado por el Pleno del Ayuntamiento de San Sebastián de los Reyes la publicación en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid del anuncio del concurso de venta de parcelas aaa, bbb, ccc y ddd para la promoción de viviendas con protección pública básica destinadas a venta (VPPB) en el sector AR1 “Tempranales” de San Sebastián de los Reyes (Madrid), publicación que se materializó en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid número 33, de 8 de febrero de 2007.

El Pliego de Cláusulas Administrativas y Prescripciones Técnicas (en adelante PCA) que rige el concurso prevé, para lo que interesa en este dictamen, en la cláusula 18.11 lo siguiente: *“El licitador deberá aportar demanda estructurada, mediante la entrega de relación ordenada en la que conste nombre y documento de identificación (NIF o NIE) de un número de expectantes de adjudicación o venta de las viviendas superior al 130% e inferior al 150% del número de viviendas a las que concurra.”*

En la citada relación deberán figurar la totalidad de las personas que optan a la futura adquisición de cada vivienda.

Los integrantes del listado anterior deberán cumplir las determinaciones y requisitos referentes a ingresos familiares, posesión de otra vivienda, capacidad de compra, etc., según la normativa vigente de la Comunidad de Madrid, y que al menos el 80% de adjudicatarios definitivos estén empadronados o trabajen en San Sebastián de los Reyes, con una antigüedad mínima de 3 años, a contar desde la finalización del plazo de presentación de las ofertas del presente concurso.

Los promotores o cooperativas deberán poseer la documentación acreditativa del cumplimiento del apartado anterior, de los integrantes de la relación referida. Esta lista será vinculante y ordenada por orden de prelación. La totalidad de la documentación deberá aportarse en el plazo improrrogable de diez días hábiles desde la notificación de la resolución de la adjudicación de la parcela y como paso previo a la formalización de la misma. Ésta decaerá caso de no cumplirse este requisito o no cumplir los requisitos establecidos un número de integrantes de la relación de al menos el 120% del número de viviendas a promover en la parcela adjudicada.

Los promotores y cooperativas que resulten adjudicatarios de parcelas en este concurso deberán aportar, para su supervisión, los contratos definitivos de adjudicación o venta de las viviendas a personas que consten en la relación definitiva señalada anteriormente.

Caso de renuncia de algún adjudicatario o comprador deberá sustituirse por el siguiente integrante del listado definitivo, hasta agotar el mismo, debiendo aportarse el nuevo contrato de adjudicación o venta. Una vez agotado el listado definitivo, las sustituciones se realizarán por integrantes del listado de demanda municipal que aportará al promotor o cooperativa la EMSV, de entre los reservas seleccionados en el proceso de

estructuración de la demanda que llevará a cabo la EMSV de forma paralela.

Se permitirán modificaciones de los firmantes de los contratos de adhesión o compra siempre que, al menos, uno de los firmantes sea de los que figuraban en el contrato original y éste cumpla el requisito de residencia o trabajo en el municipio y demás requisitos exigidos en la normativa vigente y la suma de los ingresos de los nuevos firmantes estén por dentro de los límites establecidos.

El Ayuntamiento de San Sebastián de los Reyes, a través de la EMSV, así mismo comprobará que los adjudicatarios corresponden a los beneficiarios iniciales, en el momento de la escrituración de las viviendas o en su caso, han sido cubiertas la bajas con los reservas de dicho Listado. Para ello, se notificará a la EMSV, día y hora de la firma de las escrituras y relación de los firmantes, para poder designar representante que asista, si se considera conveniente, a la firma de las correspondientes escrituras públicas de compraventa”.

Por su parte, la cláusula 21, relativa a las causas de resolución del contrato, dispone: “*Serán causas de resolución del presente contrato las establecidas con carácter general por el Código Civil para las obligaciones y contratos y específicamente, las previstas por éste para el contrato de compraventa.*

21.1 Condición resolutoria explícita.

Queda establecido y se reconoce a favor del Ayuntamiento de San Sebastián de los Reyes la facultad de resolver de pleno derecho la adjudicación y/o la venta del suelo por incumplimiento de cualquiera de las obligaciones contenidas en la Cláusula 18^a y demás del presente Pliego, así como todas las previstas en los artículos 111 y 112 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas,

aprobado por Real Decreto Legislativo, 16 de junio de 2000, número 2/2000, ante el incumplimiento del adjudicatario o de quien de éste trajere causa y con los efectos previstos en el artículo 113 del citado Texto Refundido y en la Cláusula 13^a del presente Pliego.

21.2 Sanciones.

El Ayuntamiento de San Sebastián de los Reyes podrá incautar la garantía definitiva, total o parcialmente, en cualquier momento anterior al acuerdo de cancelación de la misma, en caso de incumplimiento de cualquiera de las obligaciones contenidas en la Cláusula 18^a y demás del presente Pliego, y con independencia de la resolución de la adjudicación y/o venta del suelo”.

Entre otras entidades mercantiles, la Cooperativa mencionada en el encabezado licitó por la parcela aaa y el Pleno del Ayuntamiento de San Sebastián de los Reyes acordó, el 17 de mayo de 2007, adjudicar dicha parcela a la meritada Cooperativa, publicándose tal adjudicación en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid número 163, de 11 de julio de 2007.

Dicho acuerdo fue notificado a la Cooperativa el 5 de junio de 2007, previniéndole de que la totalidad de la documentación a la que se refiere la cláusula 18.11 del Pliego de Condiciones (demanda estructurada) debería ser aportada en el plazo improrrogable de 10 días hábiles desde la notificación de adjudicación y que el precio debería ser ingresado en la Caja del Ayuntamiento en el plazo de 15 días hábiles desde la notificación, además de los gastos del anuncio de adjudicación.

Con registro de salida del Ayuntamiento de 11 de junio de 2007 se aclara a los adjudicatarios de las parcelas, por decreto del Alcalde en funciones, que el plazo de ingreso del precio y los gastos de anuncio se computará a partir de la fecha en que les sea notificado que la

documentación que deben aportar y a la que hace referencia la cláusula 18.11 del Pliego ha obtenido, en su caso, la declaración de conformidad por parte del Ayuntamiento.

El 18 de junio de 2007, dentro del plazo para la presentación de la documentación, se entrega por parte de la Cooperativa documentación en orden al cumplimiento de la citada cláusula.

A principios de septiembre de 2007 se comunica a las adjudicatarias de las distintas parcelas que por parte del Ayuntamiento se está en proceso de comprobación del cumplimiento de lo previsto en la cláusula 18.11 del PCAP, detectándose ciertas deficiencias para cuya subsanación se concedía un plazo de cinco días hábiles. Esta comunicación es recibida por la Cooperativa el 3 de septiembre de 2007 (folio 287).

El 10 de septiembre de 2007 se presenta por la Cooperativa, escrito acompañado de la documentación solicitada por el Ayuntamiento con el requerimiento de 3 de septiembre (folio 302). No ha sido remitido a este Consejo la documentación adjunta al referido escrito.

La Empresa Municipal del Suelo y Vivienda (EMSV) de San Sebastián de los Reyes –a la que le fue encomendada la gestión para el desarrollo urbanístico de las parcelas anteriormente mencionadas- emite con fecha 12 de septiembre de 2007 informe explicativo de la documentación aportada por la Cooperativa en el que se considera no acreditado el cumplimiento de todos los requisitos establecidos en la cláusula 18.11. En concreto, se estima que no se ha entregado documentación suficiente que acredite que al menos el 80% de los adjudicatarios definitivos de las viviendas estén empadronados o trabajen en San Sebastián de los Reyes, con una antigüedad mínima de tres años y no se ha entregado documentación suficiente que acredite que los expectantes incluidos en la relación aportada, que cumplen con los requisitos establecidos son, al menos, el

120% del número total de viviendas a promover en la parcela (94 viviendas), es decir 113.

A la vista de este informe y antes de adoptar el Pleno del Ayuntamiento un acuerdo al respecto, por escrito de 31 de octubre de 2007, se concede a la Cooperativa afectada un plazo de diez días hábiles para alegar y presentar los documentos y justificaciones que estime pertinentes.

El 16 de noviembre de 2007 la Cooperativa entrega, dentro del plazo de 10 días hábiles conferido, diversa documentación, entre ella un certificado del Secretario del Consejo Rector de la Cooperativa en el que se indica que el 29 de junio de 2007 el Consejo Rector acuerda conceder la baja en la Cooperativa y aceptar la transmisión de sus derechos y obligaciones a los socios que se relacionan.

Sobre la base de este Certificado la EMSV emite nuevo informe con fecha de 12 de diciembre de 2007 en el que concluye que, si se tiene en cuenta el citado certificado, la Cooperativa cumpliría con los requisitos contemplados en el pliego de adjudicación.

No obstante el anterior informe, el Secretario General del Ayuntamiento evaca informe el 15 de enero de 2008 formulando las siguientes consideraciones: que el 18 de junio de 2007 fecha en que se aporta la documentación requerida por el Ayuntamiento, la Cooperativa no se había pronunciado sobre las bajas, cesiones y transmisiones de derechos y obligaciones de socios; que el certificado tampoco fue aportado en la segunda entrega de documentación que se efectuó el 3 de septiembre de 2007; y que en cualquier caso el pliego califica de “plazo improrrogable” el otorgado para aportar la totalidad de la documentación por lo que la situación es extemporánea, máxime cuando se trata de requisitos que debían reunirse a la fecha del plazo de finalización de ofertas al concurso a tenor del párrafo 2º, *in fine*, de la cláusula 18.11, por lo que se ratifica en

la propuesta contenida en su anterior informe de 25 de septiembre de 2007.

A la vista de este informe, el 12 de febrero de 2008 se acuerda por el Pleno del Ayuntamiento de San Sebastián de los Reyes dejar sin valor y efecto la adjudicación de la parcela aaa adjudicada en su día a la Cooperativa (folios 385 y 384).

El meritado Acuerdo se comunica a la Cooperativa afectada el 26 de febrero de 2008 con indicación de que contra el acuerdo, que pone fin a la vía administrativa, podrá interponer recurso contencioso-administrativo o con carácter previo recurso potestativo de reposición.

Contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento, de 12 de febrero de 2008, la Cooperativa afectada interpone recurso de reposición, el 10 de marzo de 2008, en el que en síntesis alega: 1) Que la documentación requerida se aportó completa en el registro de la EMSV con mucha anterioridad al acuerdo de resolución de la adjudicación, por lo que en aplicación del artículo 76.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJ-PAC) se debe admitir la documentación presentada y dar por cumplimentados los requisitos exigidos, no procediendo dejar sin efecto la adjudicación. 2) Que la actuación del Ayuntamiento vulnera los principios de buena fe y confianza legítima que han de regir las relaciones entre Administración y administrado, pues el Ayuntamiento comunicó verbalmente a la Cooperativa que, ante la imposibilidad de aportar determinada documentación por parte de ésta, aquél le requeriría por escrito. 3) Que se ha vulnerado el procedimiento previsto en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas para la resolución de los contratos administrativos. 4) Que la adjudicación no puede depender del trámite de aportación de la documentación requerida en la cláusula 18.11 porque el

control de legalidad de dicha documentación se efectúa por la Consejería competente en materia de vivienda al solicitar la calificación provisional y definitiva de las viviendas. 5) Que la posibilidad de cesión y transmisión de los derechos y obligaciones de un cooperativista a otro está permitida en la legislación de cooperativas, en los Estatutos de la Cooperativa en cuestión, y en los propios Pliegos que rigen el concurso al permitir modificaciones de los firmantes de los contratos de adhesión o compra, tratándose en el supuesto concreto no de cesiones en sentido estricto -pues los integrantes de la lista final de adjudicatarios de las viviendas ya figuraban como cofirmantes de los contratos originales-, sino más bien, de una sustitución entre el primer y el segundo titular de dichos contratos, ambos socios de la Cooperativa. 6) Que El Ayuntamiento, al resolver la adjudicación, ha actuado arbitrariamente y con vulneración del principio de igualdad al no dar el mismo trato al resto de adjudicatarios de las demás parcelas del sector (folios 442 a 426). Igualmente contra el Acuerdo del Pleno interponen recurso de reposición cuarenta y tres socios de la Cooperativa (folios 525 a 443).

Los citados recursos de reposición son informados por el Jefe de Servicio de Contratación del Ayuntamiento y la Comisión informativa del Área Económico-Financiera y de Funcionamiento Corporativo que sostienen, entre otros argumentos, el carácter privado del contrato de enajenación de la parcela y, en consecuencia que sus efectos y extinción se rigen por la normativa civil, por lo que erróneamente se ofrecieron el recurso de reposición y el contencioso-administrativo, siendo lo pertinente la reclamación previa a la vía civil. En consideración a ello el Pleno del Ayuntamiento, en su sesión de 15 de mayo de 2008, acordó rectificar el error padecido, en el sentido de que contra el Acuerdo del Ayuntamiento, de 12 de febrero de 2008, que dejaba sin efecto la adjudicación, sólo cabe reclamación previa a la vía civil, por ser ésta la jurisdicción competente para conocer de las cuestiones relativas a la extinción de la relación

contractual, concediendo a la Cooperativa afectada el plazo de diez días para ratificar sus alegaciones como de reclamación previa a la vía civil o, ampliarlas si a su derecho conviene, entendiendo que de no hacerlo de forma expresa se considerará que opta por lo primero.

La Cooperativa presenta alegaciones el 6 de junio de 2008, en las que sostiene la naturaleza administrativa especial del contrato. No obstante, en el caso de calificarse como contrato privado, entiende que el objeto de impugnación es un acto separable sometido a la legislación de contratos y susceptible de impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa, ratificándose en las alegaciones vertidas en el recurso de reposición (folios 754 a 747).

Previamente, transcurrido el plazo legalmente previsto para resolver el recurso de reposición sin que hubiera recaído resolución expresa, la Cooperativa presentó, el 17 de abril de 2008, recurso contencioso-administrativo, dando lugar al procedimiento ordinario 46/2008, seguido ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Madrid, número 11. Discutida la falta de jurisdicción del Juzgado por parte del Ayuntamiento, el citado Juzgado, mediante Auto de 16 de septiembre de 2008, confirmó la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para resolver el litigio (folios 862 y 861).

El 20 de noviembre de 2008 acogiendo en su literalidad el informe-propuesta firmado el 7 de noviembre de 2008 por el Jefe del Servicio de Contratación, el Gerente de Economía y la Concejala de Hacienda, a su vez recogido en el Dictamen de la Comisión Informativa del Área Económico-Financiera y de Funcionamiento Corporativo de 13 de noviembre siguiente, el Pleno del Ayuntamiento acuerda desestimar los recursos de reposición interpuestos por los cooperativistas por falta de legitimación activa y, en relación a la Cooperativa, estimar parcialmente el recurso de reposición por ella planteado, revocando los apartados segundo y tercero

del Acuerdo municipal de 12 de febrero de 2008; retrotraer las actuaciones al momento anterior a dicho acto por omisión del preceptivo informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad de Madrid, en el procedimiento de resolución del contrato por falta de formalización del contrato imputable al contratista, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 54.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas; y conceder a la Cooperativa audiencia previa respecto al trámite de solicitud de informe al Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid; y comunicar el acuerdo al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 11 de Madrid solicitando el archivo de las actuaciones procesales (folios 917 a 897).

Contra el anterior Acuerdo la Cooperativa presentó recurso de reposición el 19 de enero de 2009, insistiendo en sus alegaciones iniciales, a las que añade, que el Ayuntamiento ha operado un cambio de criterio pretendiendo achacar a aquélla la falta de formalización del contrato para, al amparo del artículo 54.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, proceder a su resolución, cuando la cuestión a dilucidar, según el parecer de la recurrente, es la validez de la adjudicación de la parcela; que no se ha incoado un expediente de resolución, ni se ha dado posibilidad de oposición a la Cooperativa y que se ha prescindido absolutamente del procedimiento previsto en el artículo 109.1 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, pues no se ha dado audiencia a la entidad bancaria que otorgó las garantías necesarias para la adjudicación (folios 1039 a 997).

Asimismo, en uso del trámite de audiencia previa a la solicitud de informe al Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, la Cooperativa presentó el 18 de febrero de 2009 alegaciones acompañadas de escrito dirigido a este Consejo Consultivo y documentación ya obrante en el

expediente administrativo, de cuyo contenido se ha dejado constancia en este antecedente de hecho (folios 1221 a 1052). En cuanto a las alegaciones vertidas, se centran en lo siguiente: 1) que la adjudicación de la parcela es un acto administrativo firme que pone fin al procedimiento selectivo, por lo que al negar el Ayuntamiento el carácter firme de la adjudicación está vulnerando la doctrina de los actos propios; 2) que el contrato en cuestión tiene naturaleza administrativa, por lo que no puede ser resuelto por aplicación automática de la condición resolutoria prevista en el Pliego y por los cauces del Derecho privado; 3) que el Consistorio confunde la formalización con la aportación de documentos, siendo lo primero un trámite a cumplir con posterioridad a la adjudicación y lo segundo con anterioridad a ella y, en consecuencia, incluido en el concepto de acto separable; y 4) que no puede sostenerse que el contrato no se ha formalizado por la supuesta falta de aportación de documentación, sino porque el Ayuntamiento ha dejado sin efecto la adjudicación en su día otorgada a favor de la cooperativa, por lo que sin adjudicación difícilmente puede procederse a la formalización.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES EN DERECHO

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite dictamen preceptivo, al amparo del artículo 13.1.f).4º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, de la Comunidad de Madrid, conforme al cual: “*1. El Consejo Consultivo deberá ser consultado por la Comunidad de Madrid en los siguientes asuntos: (...) f) Expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid, las entidades locales y las universidades públicas sobre: (...) 4.º 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 de las Administraciones públicas”.

La solicitud de dictamen por el Alcalde de San Sebastián de los Reyes se ha hecho llegar al Consejo Consultivo a través del Consejero de Presidencia, Justicia e Interior, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 14.3 de la Ley 6/2007 (“*Las solicitudes de dictamen de las entidades locales se efectuarán por los Presidentes de las mismas, y se cursarán a través del Consejero competente en relaciones con la Administración local*”), y del artículo 32.3 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

En relación con los expedientes de resolución de los contratos administrativos, el artículo 59.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Pùblicas (aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 26 de junio) –en adelante, TRLCAP– dispone que: “*(...) será preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de: a) Interpretación, nulidad y resolución, cuando se formule oposición por parte del contratista*”.

En parecidos términos, se pronuncia hoy el artículo 195.3 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), si bien, el contrato que nos ocupa se encuentra sometido al régimen jurídico del TRLCAP, por aplicación de la Disposición Transitoria Primera de la LCSP, según la cual: “*1. Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del*

contrato. En el caso de procedimientos negociados, para determinar el momento de iniciación se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos”.

En el supuesto examinado, habida cuenta que la publicación del concurso tuvo lugar el 8 de febrero de 2007, cuando aún no había sido promulgada la LCSP, la normativa a aplicar está constituida por el TRLCAP del año 2000, y por tanto, el precepto que fundamenta la petición del preceptivo dictamen al Consejo Consultivo autonómico es el artículo 59.3.a) de aquélla, citado *supra*.

SEGUNDA.- Antes de considerar si concurre la concreta causa de resolución del contrato de venta de la parcela, debemos detenernos en la controvertida cuestión de la naturaleza jurídica de dicho contrato.

El artículo 5 del TRLCAP recoge una clasificación de los contratos que celebre la Administración heredera de la reforma operada en la Ley de Contratos del Estado por la Ley de 17 de marzo de 1973 y que después continuó la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, pudiendo ser administrativos o privados, siendo a su vez los primeros típicos o especiales. *Ad litteram* se dispone:

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

2. Son contratos administrativos:

a) Aquéllos cuyo objeto directo, conjunta o separadamente, sea la ejecución de obras, la gestión de servicios públicos y la realización de suministros, los de concesión de obras públicas, los de consultoría y asistencia o de servicios, excepto los contratos comprendidos en la categoría 6 del artículo 206 referente a contratos de seguros y bancarios y de inversiones, de los comprendidos en la categoría 26 del mismo artículo, los

contratos que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos.

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

3. Los restantes contratos celebrados por la Administración tendrán la consideración de contratos privados y, en particular, los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, propiedades incorporales y valores negociables, así como los contratos comprendidos en la categoría 6 del artículo 206 referente a contratos de seguros y bancarios y de inversiones y, de los comprendidos en la categoría 26 del mismo artículo, los contratos que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos.”

Dejando al margen los contratos administrativos típicos, 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 –RJ 1980/4489-, 12 de abril de 1984 -RJ 1984/1995-, 4 de noviembre de 1986 –RJ 1986/7747-, 29 de diciembre de 1986 -RJ 1987/1676-).

En este sentido cabe traer a colación, por esclarecedora y aplicable al caso que nos ocupa al tratarse de un supuesto similar, 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, ratifica “*la validez del criterio teleológico como definidor de la naturaleza de los contratos concertados por la Administración, sometiendo a esta Jurisdicción las cuestiones relativas a la inteligencia, resolución y efectos de los mismos siempre que hayan tenido por finalidad obras y servicios de interés público de cualquier clase (Sentencias de 4 de mayo de 1999 [RJ 1999, 5086], 30 de octubre de 2001 [RJ 2002, 496] y 30 de abril de 2002 [RJ 2002, 7339])*”, a lo que añade que “*No cabe dudar, por lo tanto, de que la adjudicación efectuada como consecuencia del concurso convocado en el B.O.E. de 26 de julio de 1980 no queda circunscrita a la celebración de un convenio de carácter jurídico privado y finalidad lucrativa, como ocurre cuando se afectan bienes de carácter patrimonial y su objeto es ajeno a la satisfacción de un servicio público (Sentencia de 15 de febrero de 2002); con mayor motivo teniendo en cuenta que esta última finalidad ha de ser entendida en un sentido amplio, según se desprende de pronunciamientos concretos de esta misma Sala ya sea en relación al arrendamiento de una plaza de toros para la gestión de los espectáculos taurinos –que entran en el ámbito de las actividades culturales propias de un Ayuntamiento–, ya cuando se trata de la ejecución de un aparcamiento (Sentencia de 30 de octubre de 2001, ya citada), o de instalaciones de carácter deportivo y uso público (Sentencia de 4 de mayo de 1999). Y con mayor razón tratándose de la construcción y consiguiente reventa a un precio fijo estipulado de viviendas de protección oficial a adjudicar con sujeción a lo preceptuado en la legislación especial sobre la materia. Precisamente la doctrina jurisprudencial ha tenido ocasiones de pronunciarse sobre este extremo concreto de manera explícita, no solamente a través de las resoluciones de 12 de marzo (RJ 1996, 2030) y 11 de junio de 1996 (RJ 1996, 6123) que se transcriben en el escrito de oposición al recurso, sino*

también más recientemente en las de 6 de octubre de 1999 (RJ 1999, 8839) y 27 de junio de 2003 (RJ 2003, 6149), destacando 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”.

Igualmente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2000 –recurso 5746/1994– recaída en un caso en el que se enajenó por una Corporación municipal parcelas de su titularidad, destinadas a áreas residenciales de viviendas, quedando sujeta la enajenación, según el contrato, a la obligación del adjudicatario de construir viviendas según programa y proyecto redactado y aprobado por el Ayuntamiento, se pronunció a favor de la naturaleza administrativa del contrato “obviamente derivada de la evidente circunstancia del fin público a cuya satisfacción se orienta la construcción de viviendas en los términos mencionados, y de todos los antecedentes expuestos, como recoge con acierto la sentencia de instancia sobre la base de la jurisprudencia de esta Sala que cita, y sobre la base, después, añadimos, de otras sentencias de la misma como las de 11 de junio de 1996 (RJ 1996, 5148) y 23 de enero de 1998 (RJ 1998, 327), a cuyo tenor, aunque se tratara de un contrato de compraventa, se sitúa en el orden administrativo como permite el art. 7 de la Ley de Contratos del Estado (RCL 1965, 771, 1026 y NDL 7365), por razón de su finalidad expresada, del compromiso del Ayuntamiento de correr con los gastos de urbanización, de su cuantía y de las demás circunstancias y características de la compraventa, que parecen requerir, en su conjunto, la especial tutela del interés público para el desarrollo del contrato y porque, además, dicha finalidad de la compraventa se enmarca dentro de las competencias municipales, por lo que la indiscutible naturaleza administrativa del contrato en cuestión impone la consecuencia de que el conocimiento del litigio corresponde a esta Jurisdicción Contencioso-Administrativa”.

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

Asimismo, en el posterior Dictamen 2354/2004, de 2 de diciembre, el Alto Órgano Consultivo dictaminó 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). Y es que cabe apreciar, a juicio del Consejo de Estado, que el contrato de compraventa de que ahora se trata tiene por causa de su celebración un fin público, como elemento esencial, tal cual es la satisfacción del interés público, representado por el establecimiento de un centro sanitario en el solar objeto de cesión. En otros términos, no se trata de un contrato que tiene por objeto la mera enajenación de un bien inmueble de titularidad pública, sino que dicho bien se transmite con una finalidad ulterior, que trasciende los efectos propiamente traslativos del dominio, de construir una clínica médico-quirúrgica, siendo este fin de interés público la causa del contrato”.

En aplicación de la línea argumentativa expuesta cabe afirmar la naturaleza administrativa del contrato que nos ocupa. El mismo, como se establece en los Pliegos que han de regir la contratación, tiene por objeto “adjudicar la venta de las parcelas incluidas que constan en el Anexo I, en orden a que sean destinadas preceptivamente por sus adjudicatarios a la construcción de viviendas con protección pública en el régimen asignado a cada una de ellas, acogidas a los Planes de Vivienda de la Comunidad de Madrid, conforme a lo dispuesto en la normativa vigente en el momento de la adjudicación y a los criterios establecidos por este Ayuntamiento” (cláusula primera).

De acuerdo con lo que figura en la cláusula 2.2 y en el Anexo VI del Pliego, la parcela aaa objeto de enajenación se adjudicó al Ayuntamiento de San Sebastián de los Reyes, como consecuencia de la reparcelación del Área de Reparto 1, Sector “Tempranales”, por cesión obligatoria, como bien patrimonial afecto al patrimonio municipal del suelo, por lo que goza de la consideración de patrimonio público del suelo de conformidad con lo

previsto en el artículo 174.1.c) de la Ley 9/2001, de 17 de diciembre, del Suelo de Madrid (LSM) y como tal se encuentra sometida a lo dispuesto en el artículo 178 de la misma Ley, conforme al cual, en lo que aquí interesa: “*1. Los bienes de los patrimonios públicos de suelo, así como los restantes bienes de la Comunidad de Madrid y de los municipios clasificados como suelo urbano y urbanizable pueden ser: a) Enajenados mediante concurso por el procedimiento abierto o restringido, en la forma prevista en la legislación reguladora de los contratos de las Administraciones públicas. El precio a satisfacer por el adjudicatario no podrá ser el único criterio determinante de la adjudicación, ni éste podrá ser inferior al valor que corresponda al bien conforme a la legislación general aplicable. (...) c) Adjudicados, por el precio fijado al efecto, o, en su caso, cedidos gratuitamente, en uno y otro caso por concurso, a entidades cooperativas o de carácter benéfico o social sin ánimo de lucro para la construcción de viviendas sujetas a cualquier régimen de protección pública o de integración social. (...)*

Los bienes integrantes del Patrimonio Municipal del Suelo habrán de destinarse obligatoriamente, una vez incorporados al proceso urbanizador o edificatorio, a cualquiera de los fines que señala el artículo 176 de la misma Ley, entre los que se encuentra, precisamente, 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 Pùblicas*”.

En el caso examinado, el adjudicatario, como se deriva de los Pliegos, asume el compromiso de destinar la parcela a la construcción de viviendas de protección pública básica destinadas a la venta. Así se infiere de la transcrita cláusula primera de los Pliegos y explícitamente se contempla en la 18.1, en la que se incorpora como obligación del adjudicatario “*dedicar*

la parcela a la construcción de viviendas con protección pública conforme al destino asignado a cada una de ellas”.

De lo anterior resulta que no estamos ante una simple enajenación de un bien patrimonial del Ayuntamiento que culmina con la traslación del dominio a la entidad adjudicataria –que encajaría en la categoría de contrato privado al que se refiere el artículo 5.3 del TRLCAP-, sino que dicha enajenación se vincula a una finalidad pública concreta que aparece claramente perfilada en los Pliegos –la construcción de las viviendas de protección pública- hasta el punto que la enajenación depende del cumplimiento de tal finalidad, pues aquélla puede quedar resuelta por el incumplimiento del destino al que se vincula la transferencia del dominio, lo que conduce a insertarlo en la categoría de contrato administrativo especial prevista en el artículo 5.2.b) del mismo cuerpo legal.

Esta conclusión viene corroborada, además, por otras muchas cláusulas del Pliego que abundan en la finalidad pública a la que se conecta la enajenación. En efecto, no puede pasarse por alto que los criterios para la adjudicación, previstos en la cláusula 10^a del Pliego, son: el diseño de las viviendas a construir, el mejor porcentaje superficie útil/superficie edificable de la promoción, el plazo de ejecución de las obras de construcción de las viviendas, la memoria de calidades, las medidas adoptadas para la promoción de viviendas sostenibles y las mejoras ofertadas en materia de servicios a la edificación, es decir, todos ellos criterios que poco o nada tienen que ver con una simple enajenación de un bien y sí con el fin público al que en este caso se conecta inexorablemente la enajenación, y sin que precisamente el precio –que constituye una contraprestación esencial en la compraventa- sea un criterio de adjudicación –como sería lo propio en un contrato de compraventa-, pues de acuerdo con la cláusula 4^a, el precio de venta de cada parcela objeto de

enajenación es el asignado para cada una de ellas en el Anexo I del Pliego, sin que sea posible licitación sobre el mismo.

Por otra parte, gran número de las obligaciones impuestas a los adjudicatarios tienen que ver con la construcción de las viviendas de protección pública. Así, la ya referida de dedicar la parcela a dicha construcción, la obtención de la calificación de vivienda de protección pública, el cumplimiento del plazo de ejecución de las obras, el cumplimiento de la normativa urbanística y de vivienda con protección pública, el cumplimiento de la oferta en cuanto a precios máximos de venta de las viviendas, etc. (cláusula 18), obligaciones cuyo cumplimiento corresponde verificar a la Administración, quedando facultada para resolver la enajenación en caso de no satisfacerse aquéllas (cláusula 21).

Del mismo modo y para asegurar el cumplimiento de la correcta ejecución del contrato y de las obligaciones de él derivadas se prevé la constitución, por parte del adjudicatario, de una garantía definitiva (cláusula 6.2) que mal se cohonesta con la consideración del contrato como un mero acto traslativo de dominio mediante el intercambio de cosa por precio, que es lo que, en esencia, constituye la compraventa.

De todo este clausulado se desprende que en este contrato no hay una posición de igualdad entre las partes como corresponde a los contratos de naturaleza privada, sino que la Administración actúa con el imperio propio de su condición pública, en la satisfacción de una finalidad de la misma índole, consistente en la promoción de la vivienda y facilitar su acceso a ella, lo que nos ubica de lleno en el ámbito de las competencias municipales previstas en el artículo 25.2, apartados d) y k) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local; todo lo cual conduce a la calificación del contrato como administrativo especial.

De esta calificación resulta el régimen jurídico aplicable al contrato, que viene constituido, según se establece en el artículo 7.1 del TRLCAP por sus propias normas con carácter preferente, por la normativa de contratación administrativa, supletoriamente por las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, se aplican las normas de derecho privado.

TERCERA.- En materia de procedimiento, la resolución de contratos administrativos exige atenerse a lo previsto en los artículos 59 y 112 del TRLCAP, el artículo 109 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGCAP) y, tratándose de entidades locales, el artículo 114 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).

De la meritada normativa resulta, aparte de la necesidad de emisión de dictamen de este Consejo Consultivo, la ineludible necesidad de dar audiencia al contratista (*cfr.* artículos 54.3 y 59.1 del TRLCAP, 109.1.a) del RGCLAP y 114.2 del TRRL) y al avalista si la resolución del contrato lleva aparejada la incautación de la garantía por parte de la Administración como sucedería en este caso en que se pretende la resolución del contrato por falta de formalización del mismo imputable al contratista.

La exigencia de audiencia al avalista deriva, primeramente, del artículo 46.2 del TRLCAP, inserto en el Libro Primero de la Ley y, por tanto, aplicable a todos los contratos de las Administraciones Públicas, conforme al cual “*el avalista o asegurador será considerado parte interesada en los procedimientos que afecten a la garantía prestada en los términos previstos en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*” y como tal parte interesada tiene derecho a audiencia en aplicación de lo previsto en el artículo 84 de esta

última norma. Por su parte, el artículo 109.1.b) del RGCAP prevé expresamente la audiencia al avalista cuando se propone la incautación de la garantía.

En el caso que nos ocupa se ha observado el trámite de audiencia a la Cooperativa, la cual ha formulado alegaciones. Sin embargo, no se ha cumplimentado el referido trámite en relación a la entidad que prestó el aval que, de acuerdo con la cláusula 6.1 del PCA, constituye la garantía provisional a incautar.

La omisión de este trámite de audiencia vicia de nulidad radical al procedimiento de resolución del contrato, por *mor* de lo dispuesto en el artículo 62.1.a) de la Ley 30/1992, LRJ-PAC, en cuanto que se ha prescindido de un requisito esencial del procedimiento que puede generar indefensión a la entidad avalista la cual se vería afectada en sus intereses legítimos en el caso de incautarse la garantía sin haber tenido la oportunidad de alegar lo que a su defensa convenga.

En el ámbito local, se preceptúan como necesarios, asimismo, para la resolución del contrato los informes de la Secretaría y de la Intervención de la Corporación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 114.3 del TRRL. En el caso examinado, figura incorporado el informe de la Secretaría General en relación con la resolución por incumplimiento de los requisitos previstos en la cláusula 18.11, mas no en relación a la concreta causa que se pretende hacer valer ahora, esto es, la falta de formalización imputable al contratista. Por el contrario, no existe ninguna constancia de que se haya emitido el de la Intervención ni en relación a uno ni a otro motivo de resolución, lo que hace incurrir al procedimiento en un vicio de anulabilidad por *mor* de lo dispuesto en el artículo 63.1 de la Ley 30/1992, susceptible de subsanación.

CUARTA.- Antes de examinar las concretas causas de resolución que invoca el Ayuntamiento, es preciso abordar la cuestión del plazo para la resolución del procedimiento.

Respecto al plazo en que la Administración tiene que resolver los expedientes de resolución de contratos, ya recogimos en nuestro Dictamen 270/09, de 20 de mayo lo siguiente:

“Por lo que se refiere al plazo para resolver el expediente de resolución de contrato, ni el TRLCAP ni el RGCP establecen nada al respecto. Tanto el Consejo de Estado (dictámenes nº 1255/2006 y 692/2006) como la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (informe 16/2000, de 16 de abril) consideran que no ha lugar a aplicar supletoriamente la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), por ser un procedimiento especial en materia de contratación en donde no se ejercitan potestades administrativas ni de intervención como de forma expresa se recoge en el artículo 44.2 de la LRJ-PAC. Ello no obstante, el Tribunal Supremo, en sentencias de 2 de octubre de 2007 (RJ 2007/7035) y de 13 de marzo de 2008 (RJ 2008/1379) ha declarado la aplicación supletoria de la LRJ-PAC de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional Séptima del TRLCAP, de forma que si no se resuelve en un plazo de tres meses habiéndose iniciado de oficio, se entiende caducado ex artículo 44.2 de la LRJ-PAC.

Dispone la Sentencia de 13 de marzo de 2008, anteriormente citada, sobre la aplicación supletoria de la LRJ-PAC:

«Se cumplen con toda evidencia los requisitos que a primera vista, desde la sola literalidad de las normas, son necesarios para poder aplicar con carácter supletorio a los procedimientos de resolución de contratos las de la

Ley 30/1992 referidas a la caducidad de los procedimientos. No es sólo que la Disposición adicional séptima de la Ley 13/1995, cuyo epígrafe era el de "Normas de procedimiento", ordenara que a los "procedimientos en materia de contratación administrativa" se les aplicara supletoriamente esa Ley 30/1992 (aplicación supletoria ordenada luego, reiterada, en la Disposición adicional séptima del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio; y también en la Disposición final octava, número 1, de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público). Es, además, que la Ley 30/1992 regula los efectos de la inactividad en los procedimientos iniciados de oficio con vocación de generalidad, de aplicación en principio a todos ellos; y que con igual vocación dispone que la consecuencia ligada a esa inactividad en los procedimientos susceptibles de producir efectos desfavorables es la de que "se producirá la caducidad". Y es, en fin, que las normas que la Sala de instancia aplicó, las mismas que se consideran infringidas en el motivo de casación y las otras que en éste se citan al transcribir aquellos Dictámenes, nada disponían en ningún sentido al regular el procedimiento de resolución de los contratos administrativos sobre los efectos que hubieran de ligarse a la inactividad o falta de resolución expresa y notificación de la misma dentro del plazo máximo para hacerlo; bastando para percibirlo con la sola lectura de los artículos 60 y 113 de la Ley 13/1995, 26 del Real Decreto 390/1996 y 274 del Reglamento General de Contratación del Estado del año 1975 (éste seguramente citado por error); o la del último párrafo del artículo 157 de este último; o, después, la del artículo 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre».

En segundo lugar, no existe incompatibilidad de la caducidad con los principios de la contratación pública, ya que:

«A aquella idea deslizada en el motivo de casación y no desarrollada, referida a una hipotética incompatibilidad entre la caducidad del procedimiento prevista en la Ley 30/1992 y los principios generales que inspiran la materia de la contratación administrativa, no se percibe en lo que ahora nos importa, esto es, en lo que hace a los procedimientos de resolución de dichos contratos y menos aún, en los que la causa de resolución sea, como en el caso de autos, la de la imputación al contratista de un incumplimiento culpable. La previsión de la caducidad del procedimiento persigue evitar situaciones de incertidumbre jurídica que se prolonguen injustificadamente en el tiempo; prolongación nada deseada, sino todo lo contrario, en el seno de una relación contractual cuando una de las partes pretende poner fin a ella, extinguiéndola anticipadamente; y menos deseada, aún, cuando el origen de esa pretensión es una causa, como aquélla, que no aboca sin más a la resolución, sino que se traduce en una facultad de opción de la Administración entre forzar el cumplimiento estricto de lo pactado o acordar la resolución. En la misma línea, tampoco habla a favor de aquella incompatibilidad la norma según la cual "todos los trámites e informes preceptivos de los expedientes de resolución de los contratos se considerarán de urgencia y gozarán de preferencia para su despacho por el órgano correspondiente", que recogió el inciso final del último párrafo del artículo 157 del Reglamento de 1975 y luego el artículo 109.2 del Reglamento de 2001. A su vez, la mayor o menor complejidad de un tipo concreto de procedimientos no demanda de suyo la exclusión del instituto de la caducidad, sino la fijación en la norma oportuna (artículo 42.2 de la Ley 30/1992) del plazo máximo, adecuado a aquella complejidad, en que haya de notificarse la resolución expresa que ponga fin a ese tipo de procedimientos».

Este último criterio viene avalado -a decir de esta STS- por la anterior sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2004 (RJ 2004, 7113), que desestimó similar argumento, razonando que «sin

discutir el marco contractual en el que se adopta la resolución 1477/1994, lo cierto es que nos encontramos ante una actuación administrativa que debe expresarse a través de las formas legalmente previstas, esto es, las que prevé la Ley 30/1992. No cabe otra solución pues el sometimiento pleno de la Administración a la Ley y al Derecho exigida por la Constitución hace que, tanto en lo que se refiere al procedimiento como en lo relativo al contenido de sus decisiones, se sujete a las prescripciones legales: a las relativas a los contratos y a las relativas al propio procedimiento».

Aplicando las anteriores consideraciones al caso sometido a dictamen, la consecuencia que se desprende es la de que el presente expediente está caducado. Si se tiene en cuenta que el Acuerdo plenario por el que se acuerda revocar parcialmente el anterior Acuerdo de 12 de febrero de 2008 y se propone por vez primera la resolución del contrato por falta de formalización del contrato imputable al contratista data de 20 de noviembre de 2008, debería haber concluido antes del 21 de febrero de 2009, y, sin embargo, no se remite a este Consejo Consultivo hasta el 1 de abril de 2009, en el que el Alcalde firma el oportuno escrito de solicitud, que tiene entrada en la Consejería de Presidencia, Justicia e Interior el 15 de abril siguiente. Ello no obstante, la caducidad del presente expediente no impide la iniciación de uno nuevo caso de existir causa legal para ello.

QUINTA.- Entrando ya en el fondo del asunto corresponde pronunciarnos sobre la procedencia o no de resolver el contrato. Pretende el Ayuntamiento la resolución al amparo de la causa prevista en el artículo 54.3 de la LCAP, esto es, por la falta de formalización del contrato imputable al contratista, en el entendimiento de que concurren causas de activación de la condición resolutoria prevista en la cláusula 21.1 del Pliego que impedirían la formalización del contrato.

A tenor de los Pliegos, que constituyen la “ley del contrato”, el adjudicatario se compromete, como hemos visto, al cumplimiento de una serie de obligaciones que vienen detalladas en la cláusula 18 entre las que se incluyen, por lo que aquí interesa y es objeto de controversia, la incorporada al apartado 11 de la misma que ha quedado reproducida en el antecedente de hecho segundo y que comporta la obligación de aportar demanda estructurada mediante un listado ordenado de expectantes de adjudicación o venta de las viviendas en un número entre el 130 y el 150 por ciento del número de viviendas a construir.

Además, los integrantes del listado deben cumplir los requisitos que establece la normativa de la Comunidad de Madrid para acceder a las viviendas de protección pública en cuanto a titularidad de otra vivienda, ingresos familiares, etc., a lo que se añade el que al menos el 80 por ciento esté empadronado o trabaje en el municipio con una antigüedad mínima de tres años que debe cumplirse a la fecha de finalización del plazo de presentación de las ofertas del concurso.

Según se infiere de la literalidad de la cláusula, los requisitos debían cumplirse en el momento de presentación de las ofertas, de ahí que se establezca que *“los promotores o cooperativistas deberán poseer la documentación acreditativa del cumplimiento del apartado anterior, de los integrantes de la relación referida”*, si bien tal documentación debe aportarse *“en el plazo improrrogable de diez días hábiles desde la notificación de la resolución de la adjudicación de la parcela y como paso previo a la formalización de la misma”* (párrafo tercero de la cláusula 18.11).

A pesar de este improrrogable plazo el Ayuntamiento concedió a la Cooperativa afectada y a las entidades adjudicatarias de las otras parcelas plazo para la subsanación de las deficiencias que se habían observado en la documentación presentada. Ahora bien, la subsanación de la

documentación acreditativa no equivale a subsanación del cumplimiento de los requisitos que debían reunir los cooperativistas demandantes de vivienda. Es decir, una cosa es que se posibilitara, mediante la concesión de diversos plazos, la presentación de documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos que previamente a la adjudicación se reúnen, y otra distinta es que dichos requisitos no se reunieran y se permita su cumplimiento posterior, circunstancia que a la vista del tenor de la cláusula 18.11 no parece que sea posible.

A la vista del expediente resulta que la Cooperativa presentó el 16 de noviembre de 2007 certificado en el que se hace constar que con fecha 29 de junio de 2007 (es decir, posterior a la adjudicación y en consecuencia también a la presentación de ofertas) la Cooperativa había acordado la cesión de derechos y obligaciones de unos cooperativistas a favor de otros que sí cumplirían los requisitos previstos en la cláusula 18.11.

Lo establecido en esta cláusula 18.11 debe ponerse en conexión con la cláusula 21.1, que incorpora una condición resolutoria expresa, de forma que el incumplimiento de las obligaciones impuestas en aquella cláusula faculta a la Administración para la resolución de la adjudicación, cláusula que puede hacerse valer en el oportuno expediente, pues de la documentación remitida a este Consejo se deriva que los requisitos establecidos para los demandantes de vivienda en la cláusula 18.11 no se reunían en el momento de finalizar el plazo de presentación de ofertas, sino a posteriori, a raíz de la sustitución de unos cooperativistas por otros, lo que, a la luz de la cláusula 18.11 no sería posible.

No cabe invocar aquí, como hace la Cooperativa afectada, la vulneración de la doctrina de los actos propios, por cuanto que la resolución de la adjudicación que el Ayuntamiento puede llevar a cabo tiene su amparo, como hemos visto, en la condición resolutoria incorporada en la cláusula 21.1 de los Pliegos, por lo que la Administración se encuentra facultada

para dicha resolución en caso de incumplimiento de las obligaciones del adjudicatario, obligaciones que son perfectamente conocidas por él con carácter previo y aceptadas en la medida en que se ha presentado al concurso.

La Cooperativa conoció y consintió de antemano que la adjudicación pudiera resolverse si, de resultar adjudicataria de la parcela, no cumpliese con las obligaciones derivadas del Pliego, por lo que tampoco pueden entenderse vulnerados los invocados principios de buena fe y confianza legítima, pues las expectativas que la Cooperativa dice frustradas sólo podían surgir legítimamente del cumplimiento de sus obligaciones contractuales.

Asimismo, tampoco puede prosperar la alegación de que la presentación de documentación sólo puede hacerse con carácter previo a la adjudicación y no con posterioridad a ella y antes de la formalización, pues resulta meridianamente claro que el tenor literal de la tantas veces mencionada cláusula 18.11 –que la Cooperativa aceptó– obliga al adjudicatario a presentar la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos mencionados con posterioridad a la adjudicación y antes de la formalización del contrato, por lo que no son invocables en este punto los artículos 89 de la LCAP y la cláusula 9.2 del Pliego, referente a la calificación de la documentación presentada con carácter previo a la adjudicación

Ahora bien, una cosa es que pueda resolverse el contrato por incumplimiento de las obligaciones que al adjudicatario impone el Pliego de Cláusulas Administrativas –entre las que se encuentra la analizada–, al amparo de la cláusula 21.1 del mismo, y otra bien distinta que pueda ampararse la resolución –como pretende el Ayuntamiento– en la falta de formalización imputable al contratista (artículo 54.3 del TRLCAP) por no haber cumplido correctamente éste con el requisito de presentación de

demandas estructuradas que frustran la adjudicación, pues dejada sin efecto la adjudicación en buena lógica no es exigible la formalización.

Sin adjudicación no hay contrato y, por tanto, si se resuelve aquélla difícilmente se puede formalizar un contrato que no existe. Dicho en otros términos, si se resuelve la adjudicación no hay adjudicatario al que imputar la falta de formalización del contrato, del mismo modo que si se resuelve la adjudicación en el punto en que se encuentra el expediente no es exigible al inicial adjudicatario el cumplimiento, verbigracia, de la obligación de construir las viviendas y, por tanto, no podría fundamentarse hipotéticamente una resolución de contrato en el incumplimiento de una obligación que ya no es exigible por no existir contrato.

En mérito a lo expuesto este Consejo Consultivo extrae las siguientes

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El expediente para la resolución del contrato está caducado, en virtud de las razones expuestas en la consideración jurídica cuarta.

SEGUNDA.- El procedimiento seguido para la resolución del contrato adolece de un defecto invalidante consistente en la ausencia de trámite de audiencia a la entidad avalista, sin perjuicio de la falta de otros trámites, en los términos previstos en la consideración jurídica tercera.

TERCERA.- No procede la resolución del contrato por falta de formalización del contrato imputable al contratista, sin perjuicio de que pueda concurrir la concreta causa de resolución prevista en la cláusula 21.1

del Pliego, lo que podría hacerse valer en un nuevo expediente de resolución.

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 este Consejo de conformidad con lo establecido en el artículo 3.7 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo.

Madrid, 17 de junio de 2009

