

Dictamen nº: **447/09**  
Consulta: **Alcalde de Fuenlabrada**  
Asunto: **Contratación Administrativa**  
Aprobación: **16.09.09**

**DICTAMEN** de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 16 de septiembre de 2009, sobre consulta formulada por el Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Fuenlabrada, 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 A del ámbito del PP aaa, para la construcción de viviendas de protección pública en régimen de arrendamiento a la entidad B (en adelante la adjudicataria).

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El día 10 de agosto 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 6 de agosto pasado, acerca de la petición procedente del Ayuntamiento de Fuenlabrada, firmada por su Alcalde Presidente, sobre expediente de resolución del contrato de enajenación de la parcela A del ámbito del PP aaa, para la construcción de viviendas de protección pública en régimen de arrendamiento a la entidad adjudicataria.

Admitida a trámite con esa misma fecha se procedió a dar entrada en el registro de expedientes con el número 398/09, 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 VI, presidida por el Excmo. Sr. D. Pedro Sabando Suárez, quien firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 16 de septiembre de 2009.

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

Con fecha 4 de agosto de 2006 la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Fuenlabrada acordó proceder a la enajenación de la parcela de propiedad municipal A ubicada en el ámbito del Plan Parcial aaa, para la promoción de viviendas de protección pública de precio básico (VPPB) de tipología multifamiliar, en régimen de arrendamiento, mediante procedimiento de concurso abierto.

La cláusula 14<sup>a</sup> del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) establecía, entre otros, como criterio para la adjudicación del concurso la presentación de un *“Plan de Actuación con plazo de ejecución. Se valorará la reducción temporal del plazo para la solicitud de licencia de obras, así como el de ejecución de las obras y de la fecha prevista de entrega de las viviendas. Este apartado se valorará con un máximo de 5 puntos, teniendo en cuenta que sólo se valorarán los plazos fehacientemente creíbles, respaldados por un programa de obras coherente”*.

La cláusula 18<sup>a</sup> del PCAP reconocía a favor de Ayuntamiento *“el derecho de retroventa del suelo en caso de incumplimiento de cualquiera de las obligaciones del comprador previstas en la cláusula siguiente”* y

establecía el procedimiento y condiciones en que se llevaría a cabo la retroventa.

Por su parte la cláusula 19<sup>a</sup> disponía las obligaciones del adjudicatario del suelo, siendo de destacar, en lo que afecta al caso objeto de Dictamen, las obligaciones 7<sup>a</sup> y 8<sup>a</sup> de las de carácter técnico:

7<sup>a</sup>: *“Los adjudicatarios deberán iniciar la construcción en el plazo de tres meses a contar desde la fecha de concesión de la licencia de obras. Si la obra de urbanización general de la zona no estuviere totalmente terminada, simultaneará la obra de la promoción con la de urbanización general de conformidad con las condiciones determinadas por la Dirección facultativa de ésta designada por el Ayuntamiento”.*

8<sup>a</sup>: *“A entregar las viviendas a sus destinatarios en el plazo de tres meses desde la obtención de licencia de primera ocupación o de la calificación definitiva para las viviendas protegidas”.*

En el informe de los Arquitectos municipales sobre las propuestas de licitación presentadas consta una valoración a la adjudicataria final de 3,9 puntos por presentación del Plan de Actuación.

La Junta de Gobierno Local acordó el 27 de octubre de 2006 adjudicar el contrato de enajenación de la parcela citada a la entidad B.

Con fecha 12 de enero de 2007 se suscribió por ambas partes escritura notarial de adjudicación mediante concurso público abierto de la parcela en cuestión, previo depósito de la fianza definitiva.

El 10 de enero de 2008 el Arquitecto municipal emitió un informe en el que hacía constar que a dicha fecha la adjudicataria no había solicitado licencia de obras, habiendo superado ampliamente el plazo que en el Plan de Actuación propuesto por la adjudicataria se había planteado, ya que dicho Plan preveía la presentación del proyecto básico y la solicitud de licencia de

obras en diciembre de 2006, previendo un periodo de tramitación de cuatro meses, hasta marzo de 2007, para la obtención de la licencia y por tanto el comienzo de las obras de ejecución.

El 9 de marzo de 2009 se remitió a la adjudicataria y a su avalista comunicación de inicio de proceso de resolución del contrato ejecutando la cláusula de retroventa por incurrir en demora en la ejecución e incumplimiento de sus obligaciones, otorgando un plazo de 10 días para la formulación de alegaciones.

El 23 de abril de 2009 se presentó escrito de alegaciones por la adjudicataria en el que niega el incumplimiento de sus obligaciones contractuales y afirma que el hecho de no haber podido iniciar las obras obedece a problemas de financiación, por lo que considera que no procede la resolución del contrato.

Con fecha 29 de julio de 2009 el Secretario accidental del Ayuntamiento eleva a la Junta de Gobierno Local propuesta de acuerdo de resolución del contrato de enajenación de la parcela A del ámbito del PP aaa, desestimando las alegaciones de la adjudicataria y procediendo a ejercitar la retroventa establecida en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

## CONSIDERACIONES EN DERECHO

**PRIMERA.-** El Consejo Consultivo emite su 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 Fuenlabrada 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 Públicas (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: “*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*”.

En el supuesto examinado, habida cuenta que la adjudicación del concurso tuvo lugar el 27 de octubre de 2006, 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.

Como este Consejo Consultivo ya expresó en su Dictamen 370/09, de 17 de junio, a propuesta de la Sección V, <<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) Aquellos 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 por 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 el arrendamiento de una plaza de toros para la gestión de los espectáculos taurinos –que entran en el ámbito de las actividades culturales propias de un Ayuntamiento-, ya cuando se trata de la ejecución de un aparcamiento (Sentencia de 30 de octubre de 2001, ya citada), o de instalaciones de carácter deportivo y uso público (Sentencia de 4 de mayo de 1999). 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 la cláusula 1<sup>a</sup> de los Pliegos que han de regir la contratación, tiene por objeto *“la adjudicación, mediante concurso público de la parcela recogida en el Anexo I, denominada A, incluida dentro del ámbito del Plan Parcial PP aaa del municipio de Fuenlabrada, para que sea destinada preceptivamente por su adjudicatario a la construcción de Viviendas de Protección Pública para Arrendamiento con Opción de Compra”*.

De acuerdo con lo que figura en la nota simple del Registro de la Propiedad incorporada al expediente de contratación, la parcela A objeto de enajenación se adjudicó al Ayuntamiento de Fuenlabrada, como consecuencia del proyecto de parcelación PP aaa, 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 Públicas*”.

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 al arrendamiento con opción de compra. Así se infiere de la transcrita cláusula primera de los Pliegos y explícitamente se contempla en la 19<sup>a</sup> apartado A 1<sup>a</sup>, en la que se incorpora como obligación del adjudicatario “*destinar la parcela a la construcción de viviendas protegidas, en régimen de arrendamiento, y a la edificación y urbanización complementaria*”.

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 y, muy particularmente en la cláusula 18<sup>a</sup>, cuyo título reza: “Derechos asegurativos del destino del suelo vendido”, y que es, precisamente, la que recoge y regula la retroventa del suelo en caso del incumplimiento de determinadas obligaciones por parte del contratista.

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) 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 citada 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 RGLCAP y 114.2 del TRRL) y al avalista si la resolución del contrato lleva aparejada la incautación de la garantía por parte del Administración como sucedería en este caso en que se pretende la resolución del contrato por incumplimiento 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 RGCP 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 para ambas entidades, constando la formulación de alegaciones sólo por parte del contratista, pero no del avalista.

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 del Secretario accidental en relación con la resolución por incumplimiento con oposición del contratista sometida a Dictamen. Por el contrario, no existe ninguna constancia de que se haya emitido el de la Intervención, 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 tratar 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 nuestros Dictámenes 270/09, de 20 de mayo y 370/09, de 17 de junio lo siguiente: *“Por lo que se refiere al plazo para resolver el expediente de resolución de contrato, ni el TRLCAP ni el RGCAP 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:*

*«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 mismo está caducado. Si se tiene en cuenta que el primer documento que obra en el expediente relativo a la resolución contractual es la comunicación al contratista y al avalista del inicio del procedimiento para formulación de alegaciones data del 9 de marzo de 2009, debería haber concluido antes del 9 de junio de 2009, y, sin embargo, no se solicita Dictamen a este Consejo Consultivo hasta el 31 de julio 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 6 de agosto 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 cláusula 8<sup>a</sup> del PCAP : *“las causas de resolución del contrato serán las señaladas en este Pliego y las previstas en los artículos 54.3, 95, 96, 111 y 112 del TRLCAP, con los efectos señalados en artículo 113 y en los artículos 111 a 113 del Real Decreto 1098/2001”*.

El Ayuntamiento pretende también fundamentar la resolución en el incumplimiento de los apartados 7<sup>º</sup> y 8<sup>º</sup> del punto A de la cláusula 19<sup>a</sup>:

7<sup>º</sup>: *“Los adjudicatarios deberán iniciar la construcción en el plazo de tres meses a contar desde la fecha de concesión de la licencia de obras. Si la obra de urbanización general de la zona no estuviere totalmente terminada, simultáneará la obra de la promoción con la de urbanización general de conformidad con las condiciones determinadas por la Dirección facultativa de ésta designada por el Ayuntamiento”*.

8<sup>º</sup>: *“A entregar las viviendas a sus destinatarios en el plazo de tres meses desde la obtención de licencia de primera ocupación o de la calificación definitiva para las viviendas protegidas”*.

Es en estos supuestos incumplimientos en los que el Ayuntamiento funda su pretensión de ejecutar la cláusula 18<sup>a</sup> reguladora de la retroventa, que se prevé, exclusivamente *“en caso de incumplimiento de las obligaciones previstas en la cláusula siguiente”*.

En el caso que nos ocupa el contratista adjudicatario ha incumplido el Plan de Actuación que se valoró como criterio de adjudicación, según se expresa en el informe del Arquitecto municipal de 10 de enero de 2008 citado *supra*, en tanto en cuanto este criterio de adjudicación se recogía en la cláusula 14<sup>a</sup> del PCAP, puede considerarse que su incumplimiento implica un incumplimiento de las obligaciones del contratista, en concreto

una demora en el cumplimiento de los plazos, que es causa de resolución del contrato conforme al artículo 111.e) del TRLCAP.

Hemos de considerar que existe incumplimiento por parte del contratista en tanto en cuanto ha incumplido manifiestamente las condiciones de su proposición en lo que al Plan de Actuación se refiere, no habiendo solicitado la licencia de obra no ya dentro del plazo fijado en dicho Plan de Actuación, sino que tampoco lo había realizado más de dos años después de finalizado tal plazo, como lo confirma el informe del Arquitecto municipal de 10 de enero de 2008.

A la escritura pública de formalización del contrato se adjunta el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de adjudicación del contrato de enajenación de la parcela A. En este Acuerdo se cita la propuesta de adjudicación elevada por la Mesa de Contratación que se fundamenta en el informe de 13 de octubre de 2006 emitido por los Arquitectos municipales en el que se valoraron las distintas proposiciones, asignándoles puntuaciones entre las que figura la puntuación asignada a la contratista en virtud del Plan de Actuación ahora incumplido. Ante esta circunstancia hemos de considerar que la proposición efectuada en su día por la ahora contratista forma parte integrante del contrato y resulta por lo tanto enteramente vinculante.

Este es el criterio expresado por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en Sentencia de 18 de octubre de 1984 (RJ/1984/5000) al señalar que los licitadores pueden *“sugerir en su propuestas las modificaciones que sin menoscabo de lo establecido en los pliegos, puedan concurrir a la mejor realización del contrato, y si la Jurisprudencia ha señalado que ello supone meras sugerencias no vinculantes en su origen para la Administración, se incorporan, no obstante, a los condicionamientos del concurso por su aceptación mediante la adjudicación definitiva a quien realizó dichas propuestas, en concordancia con la naturaleza del anuncio de licitación”*

*mero acto administrativo de invitación que contiene, además, las condiciones de procedimiento de selección, siendo la oferta las proposiciones de los licitadores -Sentencia de 31 de marzo de 1975 (RJ 1975/2385)".*

Se trata, en definitiva, de la aplicación del artículo 1262 del Código Civil, conforme al cual *"el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato"*, junto con el artículo 1254 del mismo texto legal, en cuya virtud *"el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio"*.

Ante el incumplimiento contractual que supone el incumplimiento de su oferta por parte del contratista hemos de entender que procede la aplicación del artículo 113.4 del TRLCAP: *"Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excede del importe de la garantía incautada"*.

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.-** Una vez tramitado un nuevo expediente, procedería la resolución del contrato por incumplimiento del contratista con los efectos establecidos en el artículo 113 del TRLCAP: incautación de la garantía e indemnización al Ayuntamiento de Fuenlabrada, en lo que excede de la garantía incautada, por los daños y perjuicios ocasionados.

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 de la Comunidad de Madrid.

Madrid, 16 de septiembre de 2009

