

Dictamen n.º: **498/09**
Consulta: **Alcalde de San Sebastián de los Reyes**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **28.10.09**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 28 de octubre 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 A, aaa, para la construcción de viviendas de protección pública básica destinadas a venta, a la Sociedad Cooperativa B (en adelante la Cooperativa)

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 29 de septiembre 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 23 de septiembre 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 A, aaa, para la construcción de viviendas de protección pública básica, a la Sociedad referenciada.

Admitida a trámite con esa misma fecha se procedió a dar entrada en el registro de expedientes con el número 449/09, 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 28 de octubre 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 A 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 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 de la adjudicación debería ser ingresado en la Caja del Ayuntamiento en el plazo de 15 días siguientes 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 Pliego, 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 remitida 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 e informe detallado 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. En el informe detallado se analiza el cumplimiento de los requisitos por parte de cada uno de los integrantes de la demanda estructurada, con indicación de

los defectos observados en relación a los que no cumplen los requisitos (folios 336 y 332 a 314).

Sobre la base de este informe de la EMSV, la Secretaría General del Ayuntamiento evacua informe, el 25 de septiembre de 2007, proponiendo declarar no cumplidos por parte de la Cooperativa adjudicataria los requisitos establecidos en la cláusula 18.11 del Pliego y, en consecuencia, dejar sin valor ni efecto la adjudicación de la parcela aaa del Sector “A” que se hizo a su favor (folios 338 y 337).

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, tras el análisis del cumplimiento de los requisitos por cada uno de los integrantes del listado de demanda estructurada, concluye que, si se tiene en cuenta el citado certificado, la Cooperativa cumpliría con los requisitos contemplados en el pliego de adjudicación (folios 371 a 360).

No obstante el anterior informe, el Secretario General del Ayuntamiento evacua 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 (folios 383 y 382).

En atención a 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 (folio 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.

El expediente fue remitido a este Consejo Consultivo el 25 de mayo de 2009, y sobre él se emitió el Dictamen número 370/09, de 17 de junio de 2009 en el que se concluía la caducidad del expediente de resolución del contrato y se advertía de la omisión de algunos trámites procedimentales.

En atención al contenido del Dictamen evacuado por este Consejo, y previa propuesta del Jefe de Servicio de Contratación y el Dictamen de la Comisión Informativa del Área Económico-Financiera y de Funcionamiento Corporativo del Ayuntamiento de San Sebastián de los Reyes, el Pleno del Ayuntamiento, en su sesión de 16 de julio de 2009 acordó lo siguiente (folios 1392 a 1390):

“Primero.- Quedar debidamente enterado del Dictamen 370/09 del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, de 17 de junio de 2009, en relación con el expediente sobre resolución del contrato de enajenación de la parcela aaa del Sector “A” a la Sociedad Cooperativa B para la construcción de viviendas de protección pública básica destinadas a venta. [...].

Segundo.- De conformidad con lo dispuesto en el art. 44.2 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, declarar caducado por transcurso del plazo legalmente establecido el procedimiento de resolución de la adjudicación de la parcela aaa del sector “A” a [la Cooperativa], ordenando el archivo de las actuaciones, procedimiento incoado a raíz de informe-propuesta de Secretaría General de 25 de Septiembre de 2007 sobre incumplimiento por esa Cooperativa de las obligaciones establecidas en la cláusula 18.11 del Pliego de condiciones regulador del concurso para la enajenación de dicha parcela, y que traía causa a su vez de otro informe, fechado el 12 de Septiembre de ese mismo año, de la Oficina de Gestión de Promociones de Vivienda de la Empresa Municipal de Suelo y Vivienda de San Sebastián de los Reyes dando cuenta de dicho incumplimiento, todo lo cual culminó con acuerdo Plenario de 12 de Febrero de 2008 declarando la indicada resolución revocado por otro acuerdo también del Pleno municipal de 20 de Noviembre de 2008 que retrotraía las actuaciones al momento anterior al incumplimiento de trámites preceptivos para adoptar un acuerdo resolutorio de contrato.

Tercero.- Con base a los citados informes de 25-9-2007 y 12-9-2007 citados, en los que se acredita el incumplimiento por la adjudicataria de las condiciones del art. 18-11 del Pliego de Condiciones, en cuanto, según acreditan los informes citados: “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 Sebastian de los Reyes con una antigüedad mínima de 3 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 aaa (94 viviendas) es decir, 113” acordar la incoación de procedimiento en orden a la resolución de la adjudicación de la parcela aaa a [la Cooperativa] por las causas citadas, con incautación de la fianza depositada si así procediera. [...].

Cuarto.- Dar traslado de este acuerdo, junto con el Dictamen emitido por el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 11 de Madrid, a los posibles efectos que pueda tener la presente resolución en el procedimiento ordinario 46/2008 [...].

Del meritado acuerdo se dio traslado a la Cooperativa adjudicataria y a tres entidades licitadoras que mantienen su oferta por no haber retirado la fianza depositada.

Con fecha 30 de julio de 2009 se emite Informe conjunto por parte de la Secretaría General y la Intervención, favorable a la resolución del contrato por incumplimiento de la totalidad de los requisitos exigidos en la cláusula 18.11 del Pliego de Condiciones Administrativas.

Con fecha de 4 de agosto de 2009 por el Gerente de Economía, en sustitución del instructor del procedimiento, se procede a la concesión de trámite de audiencia a la Cooperativa adjudicataria, a la entidad bancaria

avalista y a los tres licitadores que mantienen su fianza. Sólo consta en el expediente que hayan presentado alegaciones la adjudicataria y otra cooperativa licitadora.

El 14 de agosto de 2009 tuvo entrada en el Ayuntamiento de San Sebastián de los Reyes escrito de alegaciones del representante de la Cooperativa adjudicataria que, en síntesis, son las siguientes: 1) falta de motivación de los Informes de la Secretaría General y de la Intervención, sobre incoación de nuevo procedimiento de resolución del acuerdo plenario de 17 de mayo de 2007, por el que se adjudicó la parcela aaa del Sector “A”, del Informe de la Secretaría General de 25 de septiembre de 2007 y del de la Empresa Municipal del Suelo y Vivienda de San Sebastián de los Reyes, de 12 de septiembre de ese mismo año, en los que fundamenta el Ayuntamiento el incumplimiento del adjudicatario y que, a su juicio, lesiona sus derechos de defensa; 2) que al haberse declarado caducado el anterior procedimiento de resolución los informes evacuados en el seno de tal procedimiento carecen de validez y eficacia en este nuevo expediente, pues en aplicación del artículo 44.2 de la LRJ-PAC debiera haberse ordenado el archivo de las actuaciones por caducidad del expediente; 3) errónea valoración de la prueba por cuanto que no se han tenido en consideración los documentos presentados el 16 de noviembre de 2007 con los que, en su criterio, se acreditaba el cumplimiento de los requisitos impuesto por la tantas veces citada cláusula 18.11 (folios 1478 a 1471).

Con fecha 8 de septiembre de 2009 se dicta por el instructor del procedimiento propuesta de resolución en la que, tras analizar y desestimar cada una de las alegaciones formuladas por la Cooperativa propone declarar no cumplidos por parte de ésta los requisitos que como condición resolutoria se establecían en la cláusula 18.11 del Pliego de Condiciones Administrativas y Prescripciones Técnicas del concurso, dejando sin efecto la adjudicación de la parcela aaa del sector A, que se hizo a favor de la citada Cooperativa, así como incautar la fianza prestada mediante aval

bancario para garantizar el cumplimiento de las obligaciones, entre otras, las previstas en la cláusula 18.11 en orden a la formalización del contrato (folios 1493 a 1479).

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 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 tuvo lugar el 17 de mayo 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, cuestión, no obstante, que ya fue tratada en nuestro anterior Dictamen 370/09, de 17 de junio de 2009.

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 incorpóreas 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 enajenaron 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 n° 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 “A”, 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 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 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 10ª 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 4ª, 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 RGLCAP 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.

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 nuevo expediente de resolución contractual, iniciado por el Acuerdo del Pleno de 16 de julio de 2009, se ha observado el trámite de audiencia a la Cooperativa, la cual ha formulado alegaciones, e igualmente se ha conferido audiencia a la entidad bancaria que prestó el aval, sin que conste en el expediente que se hayan formulado alegaciones por su parte.

En el ámbito local, se preceptúan, asimismo, como necesarios 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, trámites cumplimentados en el nuevo expediente al figurar incorporado el informe conjunto de la Secretaría General y de la Intervención, de 30 de julio de 2009, que resulta favorable a la resolución contractual por apreciar incumplimiento de la totalidad de los requisitos exigidos en la cláusula 18.11 del Pliego regulador del concurso.

CUARTA.- Entrando ya en el fondo del asunto, corresponde pronunciarnos sobre la procedencia o no de resolver el contrato. Como ya indicamos en nuestro Dictamen 205/08, la jurisprudencia viene señalando que los pliegos, tanto de cláusulas administrativas como de prescripciones técnicas, constituyen la ley del contrato, cualquiera que sea el objeto de

éste (*vid.* por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 1999), hasta el punto de que ha considerado improcedente que, ni siquiera en el documento en que se formalice la adjudicación definitiva, se introduzcan modificaciones respecto de lo consignado en el pliego, so pena de vulnerar el principio de la buena fe contractual (Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 1992, y las que cita). En definitiva, pues, habrá que estar a lo que resulte de los pliegos, en virtud del viejo principio *pacta sunt servanda*.

Como concreción de esta regla fundamental, el artículo 79.1 in fine del TRLCAP, sienta el principio de que: “*Su presentación* (la de las proposiciones de los interesados en las licitaciones) *presume la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas sin salvedad alguna*”. Precisamente por ello, la impugnación de las bases en el concurso o subasta no puede realizarse por quien ha tomado parte en el mismo. En tal sentido, puede recordarse la doctrina recogida en la ya vieja Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 1975, según la cual: “*...al haber sido aceptada, ante la ausencia de impugnación, la regla de que el pliego de condiciones es la ley del contrato con fuerza para ambas partes es irrefragable, e impide a quien ha aceptado el pliego impugnar a posteriori sus consecuencias o determinaciones, ya que quien presenta una solicitud (propuesta para tomar parte en una licitación) acepta e implícitamente da validez a todo lo actuado, unido a que en aras a la lealtad, buena fe, etc., que ha de presidir las relaciones jurídicas, resulta obligado al respeto a las bases del concurso cuando éstas son firmes y consentidas y como tales transformadas en Ley del contrato*”.

En el presente caso en la cláusula 21.1 de los Pliegos “*se reconoce a favor del Ayuntamiento de San Sebastián de los Reyes la facultad de resolver de pleno derecho la adjudicación y/o venta del suelo, por incumplimiento de cualquiera de las obligaciones contenidas en la cláusula 18ª y demás del presente Pliego [...]*”.

De acuerdo con la meritada cláusula 18, el adjudicatario se compromete al cumplimiento de una serie de obligaciones 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, listado que el Pliego establece como vinculante.

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 en atención al tenor de la cláusula 18.11 no parece que sea posible.

A la vista del expediente y de los informes obrantes en él, especialmente el elaborado el 12 de septiembre de 2007 por la Empresa Municipal del Suelo y Vivienda de San Sebastián de los Reyes, resulta que la Cooperativa presentó un listado de 124 expectantes de vivienda, cumpliendo así con la exigencia de que los expectantes fueran entre el 130 y el 150 por ciento del total de viviendas (94) a construir en la parcela. Sin embargo, no resultaba acreditado que al menos el 80 por ciento de los incluidos en el listado estuvieran empadronados o trabajasen en San Sebastián de los Reyes con una antigüedad mínima de tres años, ni tampoco se acreditaba que al menos 113 expectantes (el 120 por ciento del número total de viviendas a construir) cumpliera todos los requisitos, pues tan sólo 56 de ellos los cumplían.

El 16 de noviembre de 2007 la Cooperativa presentó nueva documentación, entre ella un 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, según se establece en el posterior Informe de la Empresa Municipal del Suelo y Vivienda, de 12 de diciembre de 2007.

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.

Así pues, el Ayuntamiento puede llevar a cabo la resolución de la adjudicación, al amparo, como hemos visto, de la condición resolutoria incorporada en la cláusula 21.1 de los Pliegos, que faculta a la Administración para dicha resolución en caso de incumplimiento de las obligaciones del adjudicatario, obligaciones que son perfectamente conocidas por éste 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 cumplierse 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.

En mérito a lo que antecede este Consejo Consultivo extrae la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede la resolución del contrato prevista en la cláusula 21.1 del Pliego de Cláusulas Administrativas y Prescripciones Técnicas del concurso para la enajenación de la parcela del Sector A, aaa, de San Sebastián de los Reyes, por incumplimiento de las obligaciones establecidas en la cláusula 18.11 del mismo, con incautación de la fianza.

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, 28 de octubre de 2009

