

Expediente Núm. 201/2009
Dictamen Núm. 31/2009

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
Jiménez Blanco, Pilar
Del Valle Caldevilla, Luisa Fernanda
Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis
Fernández Noval, Fernando Ramón

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 19 de marzo de 2009, con asistencia de las señoras y los señores que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de esa Alcaldía de 6 de febrero de 2009, examina el expediente relativo a la resolución del contrato de permuta de bienes municipales por dotaciones públicas.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. El Pleno del Ayuntamiento de Las Regueras, en sesión celebrada el día 2 de junio de 2008, acuerda “adjudicar el contrato de permuta de parcelas municipales, mediante concurso público, para la adquisición de dotaciones públicas” y “requerir al adjudicatario para la constitución de la garantía definitiva de 323.184,85 € (más IVA) en el plazo de quince días a contar desde la notificación de la adjudicación, en los términos previstos en la cláusula tercera del pliego”, precisando que “esta notificación se efectuará al

adjudicatario a efectos, así mismo, de formalización en el plazo de treinta días del correspondiente contrato administrativo. Si coincidiera en sábado o festivo el final del plazo indicado, se prorrogará éste hasta el siguiente día hábil”.

Con fecha 9 de junio de 2008 se recibe en el domicilio social de la empresa la notificación del acuerdo de adjudicación.

2. Obran incorporados al expediente diversos documentos relativos al procedimiento seguido en la adjudicación del referido contrato, entre otros, los siguientes:

a) Propuesta de la Alcaldía, de fecha 19 de mayo de 2006, relativa a la enajenación de parcelas municipales en la que se indica, con el propósito de justificar “la necesidad de las dotaciones públicas objeto de la permuta”, que los inmuebles que deberán ser entregados al Ayuntamiento por el adjudicatario “son de urgente necesidad para reponer o completar la dotación de servicios municipales básicos”. En concreto, respecto al edificio destinado a casa consistorial, señala que sustituirá al actual que, según afirma, se encuentra “totalmente deteriorado en sus instalaciones e inservible para albergar los despachos, oficinas y salones que en la actualidad demandan la gestión administrativa y técnica de los servicios municipales” y, en cuanto al centro cultural y social en El Escamplero, refiere que su construcción va dirigida a facilitar a los vecinos las instalaciones necesarias para ofrecer los servicios que requieren.

b) Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Las Regueras, fechado el día 31 de mayo de 2006, relativo a la enajenación de determinadas parcelas de titularidad municipal, mediante permuta, por dotaciones públicas a entregar por el adjudicatario y a la aprobación del pliego de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas rector de la licitación por procedimiento abierto mediante concurso. Consta en el texto del acuerdo mencionado que “el acuerdo de enajenación es competencia del Pleno municipal, y habrá de adoptarse por

mayoría absoluta cuando, como es el caso, el valor de los bienes exceda el 10% de los recursos ordinarios del presupuesto”.

c) Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Las Regueras, de 12 de julio de 2007, por el que se aprueba la actualización de la valoración de las parcelas municipales a enajenar mediante permuta y su reflejo en el pliego de cláusulas administrativas aprobado por dicho órgano el 31 de mayo de 2006.

d) Pliego de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas rector del contrato. Como resulta del pliego, en virtud de la permuta objeto del contrato, el adjudicatario se compromete a entregar al Ayuntamiento las dotaciones públicas que se describen en la cláusula segunda, en concreto un “nuevo Ayuntamiento (Casa Consistorial)” y un “centro socio-cultural” con sus parcelas correspondientes, recibiendo como contraprestación las parcelas de propiedad municipal que se describen en la cláusula primera del pliego.

En la cláusula tercera, titulada “garantías”, se establece la obligación, para quienes concurren a la licitación, de constituir garantía provisional “por importe del 2 por 100 del precio de las parcelas ofrecidas por el Ayuntamiento, esto es, 48.760,00 euros”, precisando que la citada garantía “será devuelta a los interesados inmediatamente después de la adjudicación, pero será retenida al adjudicatario hasta (la) constitución de la garantía definitiva, e incautada a los empresarios que retiren injustificadamente su proposición antes de la adjudicación, e igualmente incautada al adjudicatario en caso de incomparecencia no justificada a la firma del contrato en el plazo estipulado”. Se señala, a continuación, que “el cumplimiento del plazo establecido en el pliego para la firma del contrato se constituye en condición resolutoria expresa del mismo y en causa de revocación de la adjudicación para el caso de incumplimiento, con pérdida de la garantía constituida, sin perjuicio de la indemnización que proceda por daños y perjuicios al Ayuntamiento”. Respecto a la garantía definitiva, se indica en la misma cláusula que “los adjudicatarios deberán presentar garantía definitiva por importe del 10 por 100 del precio de los bienes en permuta que, vista la adjudicación, resulte mayor. La garantía

podrá constituirse por cualquiera de los medios que se prevén en el TRLCAP y en la normativa de desarrollo que resulte de aplicación./ En caso de presentación de aval bancario, éste se acomodará al modelo anexo a este pliego”.

La cláusula quinta señala que “las proposiciones podrán presentarse durante el plazo de tres meses a contar desde el siguiente al de la publicación del correspondiente anuncio en el Boletín Oficial del Principado de Asturias”.

En la cláusula novena del pliego, relativa a la adjudicación del contrato, se establecen como obligaciones del licitador propuesto como adjudicatario las de presentar, “en el plazo de un mes,” certificación de inscripción a su nombre en el Registro de la Propiedad de los terrenos ofertados en permuta y de aportar, “en el plazo de cinco días”, los certificados acreditativos de hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social, disponiendo, para el caso de incumplimiento, que “el licitador (...) decaerá en su expectativa de derecho a obtener el acuerdo de adjudicación quedando declarada inválida su proposición y por tanto fuera de la licitación sin más trámites, con pérdida de la garantía provisional”.

A la formalización del contrato se dedica la cláusula siguiente, en la que se dispone que “la adjudicación será notificada al interesado a efectos de formalización en el plazo de treinta días del correspondiente contrato (...). Con carácter previo (...), y en el plazo de quince días a contar desde la notificación de la adjudicación, el adjudicatario presentará en el Ayuntamiento la garantía definitiva (...). Cuando por causas imputables al adjudicatario, entre las que se encuentra la no presentación en plazo de la garantía definitiva, no pudiese formalizarse el contrato en el plazo indicado, el Ayuntamiento podrá acordar la resolución del mismo, previo el preceptivo trámite de audiencia al interesado, quedando sin efecto la adjudicación./ En este caso procederá la incautación por el Ayuntamiento y la pérdida por el adjudicatario de la garantía provisional depositada, y la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados en su caso”.

En la cláusula undécima se recogen como causas de resolución del contrato el incumplimiento “de los plazos indicados en el apartado “Presentación de proyectos y entrega de dotaciones” (cinco meses para entregar al Ayuntamiento “los proyectos básicos y de ejecución de las dotaciones” y treinta meses, “a contar desde la notificación del acuerdo de adjudicación”, para la entrega de las dotaciones objeto del contrato totalmente terminadas) y en el apartado “Formalización de escritura pública de permuta y pago de cantidades dinerarias” el del plazo de un mes para otorgar la escritura pública de permuta.

La cláusula duodécima faculta al Ayuntamiento para imponer al adjudicatario penalidades en cuantía de cien euros (100 €) “por cada día de demora” en el cumplimiento de la obligación de entregar las dotaciones objeto del contrato o para ejercitar su facultad de resolver el contrato por esta causa.

Respecto al régimen jurídico del contrato indica la cláusula decimotercera que “se regirá por el presente pliego de cláusulas administrativas particulares; por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y (por el) 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, en cuanto legislación básica. En lo no dispuesto en las disposiciones citadas serán de aplicación las normas previstas en la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local; el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril; el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio; el Decreto Legislativo 1/2004, de 22 de abril, del Principado de Asturias, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en Materia de Ordenación del Territorio y Urbanismo, y, en cuanto no se opongan, las restantes normas del derecho administrativo. En defecto de este último, serán de aplicación las normas del derecho privado”.

Finalmente, la cláusula decimocuarta dispone, a propósito de la "jurisdicción", que "corresponderá en todo caso a los órganos jurisdiccionales de Oviedo, a los cuales acceden someterse los licitadores".

e) Anuncio de licitación, por procedimiento abierto mediante concurso, del contrato cuya resolución examinamos, publicado en el Boletín Oficial del Principado de Asturias el día 13 de agosto de 2007.

f) Proposición presentada el día 14 de noviembre de 2007 por el licitador que resultaría luego adjudicatario del contrato. Entre la documentación administrativa integrante de la proposición consta un aval, por importe de cuarenta y ocho mil setecientos sesenta euros (48.760 €), otorgado el día 13 de noviembre de 2007 para responder, "en concepto de garantía definitiva", de las "obligaciones contenidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas (...) y de las obligaciones contenidas en el contrato adjudicado al avalado" ante el Ayuntamiento de Las Regueras.

g) Notificación recibida por el licitador el día 20 de noviembre de 2007, por la que se le requiere para la subsanación, en un plazo de tres días hábiles, de ciertos defectos apreciados por la mesa de contratación en la documentación administrativa. En la misma comunicación se indica que "el aval bancario presentado contiene la imprecisión de denominarlo 'garantía definitiva' cuando en realidad es la `garantía provisional` para participar en la licitación, por lo que se advierte al licitador que, de resultar finalmente adjudicatario del contrato, deberá presentar, entonces sí, la `garantía definitiva` con el contenido y cuantía previstos en la cláusula tercera del pliego de cláusulas administrativas, es decir, por importe del 10 por 100 del precio de los bienes en permuta que, vista la adjudicación, resulte mayor, motivo por el que el aval presentado sólo es válido para acreditar el cumplimiento de la obligación de constituir la `garantía provisional`".

h) Requerimiento dirigido al licitador propuesto como adjudicatario "por la mesa de contratación, en sesión de fecha 18-01-08", relativo a la presentación en el plazo de "un mes, contado a partir del día de notificación de

la presente”, de la certificación de inscripción a su nombre en el Registro de la Propiedad de los terrenos ofertados en permuta y de aportación, “en el plazo de cinco días hábiles (...), contado a partir del día siguiente al de notificación de la presente” de la documentación acreditativa de encontrarse al corriente de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social. El requerimiento está fechado el día 22 de enero de 2008 y consta que fue notificado al representante de la empresa el día 13 de marzo de 2008, tras dos intentos fallidos.

i) Escrito, recibido el día 23 de junio de 2008 en el registro municipal, en el que el representante de la adjudicataria afirma que “el plazo concedido a efectos de formalizar la garantía definitiva resulta absolutamente improcedente, por limitado en el tiempo, habida cuenta de que para conseguir la aprobación del mismo por cualquier entidad bancaria deberá elevarse propuesta, tras su aprobación inicial, por la oficina correspondiente ante la que se plantea que, por su importe, deberá ser aprobada por, cuando menos, los dos comités de riesgos de la dirección de zona y territorial, todo lo cual precisa de un periodo de tiempo superior al mes. Todo ello sin tener en cuenta la actual situación de crisis del mercado financiero que, sin duda, podría incluso retrasar más la citada aprobación”. Por ello, solicita “a los efectos de agilizar el trámite de prestación de garantía definitiva” que por parte del Ayuntamiento “se acepte la sustitución de tal aval bancario (...) por la prestación de garantía real inmobiliaria sobre los propios inmuebles que han de ser objeto de la permuta de bienes municipales por dotaciones públicas, a medio de la suscripción de hipoteca voluntaria sobre las fincas (...) a favor de ese Ayuntamiento (...). Tal hipoteca (...) sería suscrita por nuestra representada dentro del plazo señalado por la comunicación que origina el presente escrito y se mantendría a voluntad de la adjudicataria bien hasta (...) su sustitución por aval bancario o bien hasta el otorgamiento de la escritura pública de permuta”. El día 25 del mismo mes presenta un escrito en el registro del Ayuntamiento de las Regueras al que adjunta “borrador de la escritura de hipoteca voluntaria unilateral” a favor del Ayuntamiento, reiterando

su solicitud de aceptación municipal “en sustitución de (la) garantía definitiva de aval bancario señalada en el concurso público”.

j) Escrito, firmado por el Alcalde el día 14 de julio de 2008, y notificado el día 21 de ese mismo mes, en el que se comunica al adjudicatario que “la forma de constitución de garantía ofrecida no es admisible, ya que el pliego (...) que rige la licitación (...) dice en la cláusula correspondiente a la garantía definitiva que ésta podrá constituirse por cualquiera de los medios que se prevén en el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (...) y en la normativa de desarrollo que resulte de aplicación, siendo así que la garantía ofrecida no puede encuadrarse en ninguno de los supuestos contemplados en el artículo 36 del citado Texto Refundido”. Asimismo “le advierte” de que la “falta de cumplimiento en plazo de este requerimiento, incluida la presentación de garantía no válida” dará lugar a la resolución contractual, “con pérdida de la garantía provisional depositada e indemnización de daños y perjuicios ocasionados en su caso”.

3. El Pleno del Ayuntamiento de las Regueras, en sesión celebrada el 30 de octubre de 2008, acuerda iniciar los trámites para la resolución del contrato por “falta de prestación por el contratista de la garantía definitiva en plazo y (...) no formalización del contrato en plazo, prevenida en los (artículos) 41, 111.d) y 54.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, de 16 de junio de 2000, y en las cláusulas 3ª, 10ª y concordantes del pliego de cláusulas administrativas que rige la contratación, y visto lo dispuesto en el (artículo) 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos, de 12 de octubre de 2001”.

4. Con fechas 17 y 19 de noviembre de 2008, respectivamente, la Alcaldía notifica al adjudicatario y al avalista la incoación del procedimiento de resolución contractual con incautación de la garantía provisional, concediéndoles trámite de audiencia por un plazo de diez días hábiles.

5. El día 24 de noviembre de 2008 se recibe en el registro municipal un escrito de alegaciones firmado por el representante de la empresa adjudicataria en el que manifiesta su oposición a la resolución contractual. Expone que, solicitada a una entidad financiera la constitución de un aval al objeto de presentarlo como garantía provisional para concurrir a la licitación, la entidad financiera le hace entrega de un documento de aval cuyo texto refleja que aquél se constituye en concepto de garantía definitiva. Según refiere, "sin haberse percatado del contenido del mismo, procede a depositar en ese Ayuntamiento tal garantía definitiva (...), a modo de resguardo de constitución de garantía provisional, en el sobre `A´ de la proposición". Entiende que, advertido por la Mesa de Contratación el defecto del aval presentado junto con la proposición, debería haberse requerido la sustitución de aquél "por otro que expresara su cualidad de garantía provisional" en lugar de aceptarse la validez del aval defectuoso; documento este último que, a su juicio, resulta "palmariamente nulo de pleno derecho para lo que se solicitaba, ya que de su texto resulta incuestionable que está otorgándose una garantía definitiva". Argumenta, a continuación, que "el hecho de que el administrado (...) proceda posteriormente a aportar la documentación que se le exigía (...) no sana en modo alguno la nulidad cometida, ya que las actuaciones del administrado en cumplimiento de lo exigido jamás le han de causar perjuicio de sus derechos, debiendo la Administración actuante declarar la nulidad de los actuado en el expediente administrativo desde la fecha de 20 de noviembre de 2007, devolviendo a nuestra mandante los documentos recibidos, incluyendo el tan citado irregular aval para que, tras nueva comunicación al efecto (...) proceda a unirlos nuevamente al expediente, aportando nuevo aval referido a la garantía provisional".

Asimismo pone de manifiesto que, según su parecer, al notificarle la Administración la propuesta de adjudicación han transcurrido ya los plazos establecidos en la cláusula novena del pliego de cláusulas administrativas, que

son de un mes para la presentación del certificado de inscripción de las fincas a nombre del adjudicatario en el Registro de la Propiedad y de cinco días para la acreditación de hallarse al corriente de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social, plazos que, entiende, deben computarse desde la propuesta de adjudicación efectuada por la Mesa de Contratación. Considera que esta circunstancia “provoca una quiebra del reglado procedimiento a seguir en las contrataciones (...) con la consecuencia que en derecho debe de producirse: la nulidad de lo actuado desde el momento de emitirse la calendada notificación” y provoca “la consecuente indefensión del administrado”. Reitera que el hecho de que el contratista procediese a presentar con posterioridad la documentación exigida “no sana en modo alguno la nulidad cometida”, debiendo la Administración “declarar la nulidad de lo actuado en el expediente administrativo desde la fecha de 23 de enero de 2008”, con devolución de la documentación aportada por la empresa para que, “tras (una) nueva comunicación al efecto, en modo, fecha y plazos legales, proceda a unirlo nuevamente al expediente”.

Concluye solicitando la declaración de la “nulidad del aval bancario en su día presentado (...), devolviendo el original del mismo a mi representada, reponiendo las actuaciones en el expediente administrativo a la fecha de su presentación, emplazando a nuestra mandante a presentar nueva garantía, esta vez provisional, con la posterior continuación del expediente” y la “posterior nulidad de la comunicación” efectuada con fecha 13 de marzo de 2008, “realizando al efecto nueva comunicación dentro del plazo legalmente establecido en aplicación (de) lo dispuesto en la cláusula 9ª del pliego”.

6. Con fecha 16 de diciembre de 2008, el Secretario-Interventor del Ayuntamiento de Las Regueras certifica que, finalizado el plazo conferido para el trámite de audiencia, “se han presentado alegaciones únicamente por la empresa” adjudicataria, y elabora un informe sobre tales alegaciones en el que destaca, en primer lugar, que del contenido de sus propias manifestaciones se

desprende la “inequívoca voluntad” del entonces licitador, que era la de presentar el aval “a modo de resguardo de constitución de (la) garantía provisional”. Asimismo, pone de manifiesto que el acuerdo de la Mesa de Contratación por el que, por una parte, se requería a la empresa para la subsanación de defectos apreciados en la documentación y, por otra, se hacía referencia a la “convalidación del aval bancario como garantía provisional” fue notificado al licitador, atendiendo éste al requerimiento “sin alusión alguna al aval bancario de referencia, ni reclamación alguna, como se desprende del expediente administrativo tramitado, con lo que el interesado asumió y aceptó sin condición alguna la convalidación del aval como garantía provisional”. Señala, en segundo lugar, que “no cabía confusión alguna entre garantía provisional y garantía definitiva ya que el importe de la primera (...) era exactamente el reflejado en el aval presentado”. Frente a la alegación de que el aval es nulo de pleno derecho, sostiene que “tal invocación no se sostiene jurídicamente” y que “tampoco se ha producido indefensión alguna ya que la aceptación por el Ayuntamiento del aval como garantía provisional fue notificada al interesado expresamente, sin reclamación alguna por su parte. Asimismo, no se ha causado perjuicio alguno al interesado, y así lo corrobora el hecho de que éste, en su actual alegación, se limita a manifestar que de la actuación de la Administración no puede derivarse perjuicio a los derechos del administrado; afirmación con la que no cabe sino estar plenamente de acuerdo, sin que se exprese por el interesado ni uno solo de esos derechos que pueda haberse vulnerado por el actuar municipal”. Entiende que “de ningún modo puede sostenerse la afirmación del alegante relativa a que se estaba otorgando una garantía definitiva, ya que fue constituida como provisional, en el trámite y cuantía correspondiente, lo que queda confirmado por la actuación posterior del interesado” y que “no consta, en ningún momento, manifestación del interesado sobre la supuesta nulidad del aval, como ahora manifiesta reiteradamente en su alegación (...). Lejos de ello, la actuación posterior del

interesado pone de manifiesto la plena conformidad de éste con la tramitación seguida por el Ayuntamiento en toda la tramitación del expediente”.

Frente a la pretensión de nulidad del requerimiento de documentación al licitador, una vez propuesto como adjudicatario, por haber sido realizado fuera de plazo, señala que “no hay establecido en el pliego plazo para la notificación de (...) adjudicación sino para la presentación de documentación por el propuesto como adjudicatario, evidentemente, desde la notificación del requerimiento. Lejos de existir incumplimiento por el Ayuntamiento de plazo alguno, constan en el expediente dos intentos fallidos de notificación por ausencia del destinatario, motivo real de la demora en la notificación”.

Finalmente, subraya que el plazo para la constitución de la garantía definitiva “venció en fecha 07-08-08 sin presentación de garantía alguna por el interesado”, pese al requerimiento expreso formulado por la Administración en el que se le advertía de que el transcurso del plazo legalmente establecido daría lugar a la resolución del contrato, con pérdida de la garantía provisional depositada e indemnización de daños y perjuicios. Y reitera que el adjudicatario “no presentó reclamación ni alegación alguna contra la tramitación seguida en el expediente en su propuesta de garantía definitiva alternativa”, al contrario, pone de relieve que las alegaciones formuladas en el escrito fechado el 23 de junio de 2008 se limitan a calificar el plazo concedido como “absolutamente improcedente, por limitado en el tiempo”, y a manifestar la incidencia de la “actual situación de crisis del mercado financiero” en el cumplimiento de la obligación de constituir la garantía en plazo.

7. Con fecha 26 de enero de 2009, el Secretario-Interventor del Ayuntamiento de Las Regueras elabora propuesta de resolución favorable a la resolución del contrato “al no haber dado cumplimiento la empresa adjudicataria (...) al plazo establecido para (la) constitución de la garantía definitiva y para la formalización del contrato (...), con incautación y pérdida de la garantía provisional constituida en su día por el licitador”.

8. En ese estado de tramitación, mediante escrito de 6 de febrero de 2009, registrado de entrada el día 20 del mismo mes, esa Alcaldía solicita dictamen preceptivo a este Consejo Consultivo sobre el procedimiento de resolución del contrato de permuta de bienes municipales por dotaciones públicas, adjuntando a tal fin una copia autenticada del expediente.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho:

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1, letra n), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra n), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud de la Alcaldía del Ayuntamiento de Las Regueras, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado b), y 40.1, letra b), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

SEGUNDA.- Por lo que a la naturaleza jurídica del contrato se refiere, debe dilucidarse, en primer lugar, si estamos ante un contrato administrativo o si, por el contrario, se trata de un contrato privado. De tal calificación dependerá que el régimen de sus efectos y extinción se rija por normas de derecho administrativo, con la consiguiente aplicación del régimen de prerrogativas legalmente atribuidas a la Administración en esta materia, entre ellas la de acordar la resolución contractual y determinar los efectos de ésta, o por normas de derecho privado.

Son contratos administrativos, además de aquéllos cuyo objeto se corresponde con el de los contratos nominados o típicos a que se refiere la

normativa reguladora de la contratación pública, tanto los administrativos especiales, definidos en el artículo 5.2.b) del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (en adelante TRLCAP) -que se encontraba vigente al momento de publicarse la convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato y, por tanto, es de aplicación al expediente de contratación en cumplimiento de lo establecido en la disposición transitoria primera de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público-, como aquéllos que tengan “naturaleza administrativa especial” por estar “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”.

Por el contrario, son contratos privados, conforme a lo señalado en el artículo 5.3 del TRLCAP, los de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, propiedades incorpóreas y valores negociables.

Esta delimitación entre contratos administrativos y privados se mantiene en términos similares en los artículos 19.1, letra b), y 4.1, letra p), de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), que se encontraba en vigor a la fecha de adjudicación del contrato objeto de esta consulta.

Debemos aclarar entonces si el contrato que examinamos, por referirse a una permuta de bienes inmuebles, es un contrato de los llamados patrimoniales, sometido a las normas generales contenidas en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, o si, al contrario, puede conceptuarse como administrativo, en particular como contrato administrativo especial.

En principio debería ser la Administración quien expresara el carácter del contrato como administrativo especial, pues así lo imponía el artículo 8 del TRLCAP y lo impone el artículo 3 del Reglamento General de la Ley de

Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, al exigir que en el pliego se haga constar la calificación del contrato. Sin embargo, tanto el Consejo de Estado como la jurisprudencia vienen señalando que tal calificación no depende de la que las partes hayan querido atribuirle, sino que sólo puede deducirse de un “análisis sustantivo del mismo, de modo que los términos utilizados e incluso la declaración de sometimiento al derecho privado son irrelevantes” (Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 1995, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª), por lo que, en definitiva, el deslinde entre una y otra clase de contratos deberá hacerse atendiendo a su causa, que en los contratos administrativos es siempre el interés público a cuya consecución va orientada, de forma directa e inmediata, la realización de su objeto.

En el asunto que analizamos, la expresa calificación del contrato no resulta de ninguno de los documentos que integran el expediente remitido para consulta. En particular, no se hace constar en el pliego de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas su carácter administrativo o privado, ni se determina el orden jurisdiccional -contencioso-administrativo o civil- al que corresponde conocer de las cuestiones litigiosas que pudieran suscitarse en relación con el mismo. No obstante, la naturaleza administrativa del contrato puede inferirse del mismo pliego. En este sentido, su régimen jurídico, al que se refiere la cláusula decimotercera, es el propio de los contratos administrativos, que se rigen por las normas reguladoras de la contratación pública y demás normas de derecho administrativo aplicable, sujetándose, únicamente en defecto de las anteriores, a las normas del derecho privado. Del mismo modo, las cláusulas tercera, décima y undécima, en tanto que habilitan a la Administración para acordar la resolución contractual y determinar sus efectos, constituyen el reflejo de su posición de supremacía en la relación contractual, radicalmente opuesta a la de igualdad de las partes que es característica de los contratos privados. Los actos

propios de los contratantes manifiestan, igualmente, su entendimiento de someter los efectos del contrato a las normas del derecho administrativo.

Por otra parte, la jurisprudencia viene sosteniendo tradicionalmente el carácter administrativo especial de los contratos que, aun teniendo una raíz indudablemente privada, están orientados a la prosecución de una finalidad pública. En este sentido, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 1990 (Sala de lo Contencioso-Administrativo Sección 5.ª) se afirma que “para distinguir entre los contratos privados y los administrativos, prescindiendo del tradicional criterio de las cláusulas exorbitantes o derogatorias del derecho común, hay que atender básicamente al objeto o visión finalista del negocio, de suerte que una relación jurídica concreta ofrecerá naturaleza administrativa cuando ha sido determinada por la prestación de un servicio público, entendiendo este concepto en su acepción más amplia para abarcar cualquier actividad que la Administración desarrolle como necesaria para satisfacer el interés general atribuido a la esfera específica de su competencia y por lo mismo correspondiente a sus funciones peculiares”.

El mismo criterio sigue el Consejo de Estado, entre otros muchos, en el Dictamen 1348/2007, de 26 de julio de 2007, en el que, con cita de numerosas sentencias del Tribunal Supremo sobre el particular, afirma que “contratos administrativos y privados tienen una común plataforma sustentadora constituida por la elaboración iuscivilística del contrato (...), configurándose como administrativos aquellos contratos en que su modulación respecto del Derecho común alcanza cierta intensidad (...). De este modo, la virtualidad del criterio teleológico es determinante para la jurisprudencia, pudiéndose otorgar a un contrato -no típico- la calificación de administrativo cuando se dirija a la satisfacción de un fin público que se erige en causa y, consecuentemente, en elemento esencial del mismo”.

Con todo, atendiendo al pliego de cláusulas rector del contrato y a la normativa reguladora del expediente en el momento en que se aprobó, y conforme al criterio teleológico jurisprudencial y doctrinalmente consolidado al

que antes hemos hecho referencia, se concluye que el contrato que analizamos merece la calificación de administrativo especial, en la medida en que su objeto está vinculado al desenvolvimiento de los servicios públicos y, en definitiva, a la satisfacción directa e inmediata del interés general, y no se corresponde específica y completamente con el objeto de los contratos administrativos típicos, pero contiene prestaciones, en esencia, propias de tales contratos, como el de ejecución de obras con redacción del correspondiente proyecto.

Tras esta conclusión, antes de continuar analizando la cuestión objeto de consulta, es preciso señalar que no procede que este Consejo examine el encaje o la contradicción del contenido del contrato con la LCSP actualmente en vigor, ni la adecuación a la legislación aplicable del procedimiento de contratación seguido, por no ser tales extremos objeto de este dictamen.

Como consecuencia de la calificación que hemos realizado, los efectos y extinción del presente contrato se regirán, en primer lugar, por sus propias normas y, en el marco de la normativa rectora del expediente, con arreglo a la cláusula decimotercera del pliego, por “el presente pliego de cláusulas administrativas particulares; por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y (por el) 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, en cuanto legislación básica. En lo no dispuesto en las disposiciones citadas serán de aplicación las normas previstas en la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local; el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril; el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio; el Decreto Legislativo 1/2004, de 22 de abril, del Principado de Asturias, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en Materia de Ordenación del Territorio y Urbanismo, y, en cuanto no se opongán, las restantes normas del derecho administrativo. En defecto de este último, serán de aplicación las normas del derecho privado”.

TERCERA.- Tanto el artículo 114 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en Materia de Régimen Local (en adelante TRRL), aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, como la legislación reguladora de la contratación pública atribuyen a la Administración la prerrogativa de acordar la resolución de los contratos administrativos dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos legalmente señalados.

El ejercicio de tal prerrogativa, a fin de garantizar no sólo el interés público, sino también el que los contratistas tienen en el cumplimiento de los contratos, exige la concurrencia de los presupuestos legalmente establecidos, así como la sujeción a las normas procedimentales que lo disciplinan. Si se incumple el procedimiento, la imputación de la causa resolutoria pierde su legitimación, pues, como acabamos de señalar, aquella potestad sólo se puede ejercer con respeto a los límites y requisitos establecidos en la Ley.

A este respecto, debemos indicar que, acordado el inicio del procedimiento para la resolución por el órgano competente, ha sido, en lo esencial, correctamente instruido, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 207 de la LCSP (vigente en el momento de inicio del procedimiento de resolución contractual), que remite a las normas de desarrollo de la misma, en el artículo 195 de la propia Ley y en el 114.3 del TRRL. A tenor de lo establecido en estas normas, en relación con el artículo 109.1 del RGLCAP, la resolución del contrato se sujeta, concurriendo las circunstancias, al cumplimiento de los siguientes requisitos: a) audiencia del contratista por un plazo de diez días naturales; b) audiencia, en el mismo plazo anterior, del avalista o asegurador, cuando el procedimiento afecte a la garantía prestada; c) informe del Servicio Jurídico y de la Intervención de la entidad local, d) dictamen del Consejo Consultivo, dado que se ha formulado oposición por parte del contratista.

En el caso que analizamos se cumplen sustancialmente tales requisitos, puesto que se ha dado la preceptiva audiencia a la empresa contratista, que se opone a la resolución, y al avalista. Además, se ha incorporado el informe del

Servicio Jurídico -tratándose de una Administración local, ha de entenderse de la Secretaría respectiva, a tenor de lo dispuesto en el artículo 113.4ª del TRRL-, y debe estimarse cumplido, asimismo, el requisito de informe por la Intervención, dada la confluencia de ambas funciones en el Secretario-Interventor de la entidad.

Sin perjuicio de lo hasta aquí expuesto, hemos de referirnos a la competencia para acordar, en su caso, la resolución del contrato, una vez cumplidos los trámites que acabamos de examinar, dado que la propuesta de resolución no contiene referencia a otros requisitos ulteriores y necesarios para la adopción del acto por el órgano competente. La mencionada competencia corresponde al órgano de contratación que, a tenor de lo establecido en la disposición adicional segunda de la LCSP, es el Pleno de la entidad, al tratarse de un contrato cuyo importe supera el 10 por 100 de los recursos ordinarios del presupuesto, como consta en el acuerdo plenario de enajenación de las parcelas municipales adoptado el 31 de mayo de 2006.

Por último, hemos de advertir que de este Consejo Consultivo ha manifestado su criterio contrario a la aplicación supletoria de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en materia de caducidad en los procedimientos de resolución contractual, sosteniendo que no cabe “anudar al transcurso de un plazo de tres meses sin resolución expresa (...) la caducidad de dicho procedimiento de resolución” (Dictamen Núm. 68/2008, consideración jurídica cuarta, *in fine*).

Ahora bien, a pesar de las sólidas razones que avalan esta doctrina, que comparten el Consejo de Estado, de modo constante (por todos, su reciente Dictamen 1382/2008, de 9 de octubre), otros Consejos Consultivos y abundante jurisprudencia menor, no desconocemos que el Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso- Administrativo, Sección 4.ª), en Sentencia de 13 de marzo de 2008, se ha pronunciado en sentido opuesto, confirmando en su ratio *decidendi*

el criterio ya apuntado por la Sala Tercera del Alto Tribunal en sus Sentencias de 2 de octubre de 2007 y 19 de julio de 2004.

En consecuencia, este Consejo, sin perjuicio del criterio que mantenemos y de las consideraciones sobre el fondo de la consulta que realizaremos a continuación, ilustra a la autoridad consultante acerca del criterio judicial señalado, al objeto de que valore la conveniencia de incoar un nuevo procedimiento, para asegurar la eficacia de unas actuaciones administrativas orientadas a preservar el interés público en las relaciones contractuales ante eventuales impugnaciones basadas en aspectos formales o procedimentales.

CUARTA.- En relación con el fondo del asunto, sentada la calificación de contrato administrativo especial en los términos fijados en la consideración segunda, hemos de concluir que las causas y efectos de la resolución contractual serán, primeramente, las establecidas en sus normas específicas y, conforme a lo dispuesto en el artículo 3.1 del RGLCAP, habrá de estarse a lo señalado en el pliego de cláusulas administrativas particulares. En el asunto que examinamos, el pliego mencionado prevé como causas de resolución las siguientes: el incumplimiento de la obligación de formalizar el contrato en el plazo indicado “por causas imputables al adjudicatario, entre las que se encuentra la no presentación en plazo de la garantía definitiva”, a la que se refieren las cláusulas tercera y décima y que tiene como efecto, según la última de las citadas, “la incautación por el Ayuntamiento y la pérdida por el adjudicatario de la garantía provisional depositada, y la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados en su caso”; así como el incumplimiento de los plazos a que se refiere la cláusula undécima y de la obligación de “entregar al Ayuntamiento (...) las dotaciones objeto del contrato”, conforme a la cláusula duodécima.

Las causas de la resolución contractual a que se refiere la propuesta de resolución que se somete a nuestra consideración son las de falta de constitución de la garantía definitiva y de formalización del contrato en plazo,

con el efecto de incautación de la garantía presentada para concurrir a la licitación. El incumplimiento de tales obligaciones por parte del contratista resulta acreditado en el expediente que examinamos, sin que las alegaciones formuladas en el trámite de audiencia puedan tener el efecto de exonerar la responsabilidad derivada de su incumplimiento contractual. En particular, carecen de fundamento tanto las imputaciones relativas a la invalidez del aval defectuoso aportado para concurrir a la licitación, como las referentes a la nulidad de la notificación de la propuesta de adjudicación y de todo lo actuado con posterioridad, sin que pueda apreciarse, además, que haya existido indefensión, tal como señala el Secretario-Interventor en su informe. Sobre la pretendida invalidez del aval, sentado que la calificación de la documentación por las mesas de contratación va dirigida a excluir las proposiciones que no cumplan con los requisitos esenciales e indispensables previstos en la ley y en el pliego de cláusulas administrativas particulares, la jurisprudencia (entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de enero de 1999 y de 26 de enero de 2005 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secciones 7.^a y 4.^a, respectivamente) se ha mostrado siempre favorable a la posibilidad de subsanar defectos en las ofertas con el fin de no limitar inútilmente la concurrencia de licitadores, de modo que la exclusión de proposiciones responda siempre a criterios objetivos y no a un mero rigorismo formalista, contrario al principio de concurrencia, que conduzca a la no admisión de proposiciones por simples defectos formales. A tenor de las comunicaciones que obran en el expediente, dado que no consta el acta de la sesión correspondiente, la Mesa de Contratación estimó como mero error material (corregido implícitamente con tal interpretación favorable, sin recabar expresa y formal subsanación) la denominación como “definitiva” de una garantía que se correspondía con la provisional. En todo caso, este criterio se notificó al contratista, que no formuló objeción alguna y aceptó con ello los efectos de ese proceder.

Por otro lado, las supuestas dificultades para el otorgamiento en el plazo de quince días de la garantía definitiva previa a la formalización contractual, que el contratista pone de manifiesto tanto en el escrito presentado el día 23 de junio de 2008, cuando han transcurrido más de tres meses desde la notificación de la propuesta de adjudicación a su favor, como en el de alegaciones, presentado en el trámite de audiencia abierto en el procedimiento de resolución contractual, son ajenas al cumplimiento de la obligación de constituir la garantía en tiempo y forma legal y, por tanto, determinan la apreciación de un incumplimiento culpable de tales obligaciones, lo que habilita a la Administración para acordar la resolución contractual, con incautación de la garantía provisional constituida.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que procede la resolución, por incumplimiento del contratista, del contrato de permuta de bienes municipales por dotaciones públicas sometido a nuestra consulta, con los efectos expresados en el cuerpo de este dictamen."

V. I., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

ILMO. SR. ALCALDE DEL AYUNTAMIENTO DE LAS REGUERAS.