

D. DERECHO ADMINISTRATIVO	URBANISMO. CONTRATOS	Núm. 131/2004
--------------------------------------	-----------------------------	--------------------------

Javier FERNÁNDEZ-CORREDOR SÁNCHEZ-DIEZMA
Letrado del Tribunal Supremo

• **ENUNCIADO:**

El Ayuntamiento de XXX, de 4.900 habitantes, es propietario de un terreno destinado a equipamiento (aparcamiento) recibido del desarrollo urbanístico de una Unidad de Ejecución. Es intención del mismo separar la superficie del suelo y del subsuelo y, en ambas superficies, construir plazas de aparcamiento.

Para tal fin se convoca el oportuno concurso, con un presupuesto de 500.000.000 de euros, estableciéndose en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, entre otras condiciones, las siguientes:

- 1.ª La de que el adjudicatario del citado concurso redacte el proyecto de ejecución, ejecute la totalidad de las obras y que, en pago, se le adjudique la propiedad de las obras del subsuelo.*
- 2.ª Otorga a todos los criterios que fija para el concurso el mismo valor.*
- 3.ª Establece como criterio para la adjudicación la experiencia previa de las empresas en la prestación de servicios análogos a los que son objeto de contratación.*
- 4.ª Se incluye la obligación para el contratista de subcontratar con terceros un porcentaje del contrato de obras por importe de 200.000.000 de euros.*

La apertura de las proposiciones se realiza el día 1 de marzo, y la adjudicación del contrato se realiza el día 5 de junio a favor de la empresa C..., S.A. Enterada ésta de tal adjudicación, porque así se le notificó el mismo día, dirige escrito al órgano de contratación señalando que al no haberse respetado los plazos de adjudicación renuncia a ésta, solicitando la devolución de la fianza provisional.

Otra empresa que había presentado la oportuna proposición, y a la que no se le había notificado adjudicación alguna, presenta el día 3 de octubre recurso contencioso-administrativo solicitando la nulidad de aquélla por ser las cláusulas del pliego segunda, tercera y cuarta no ajustadas a derecho.

El día 25 de junio el contratista acredita ante el órgano de contratación haber depositado la fianza definitiva. La Administración acepta tal garantía, sin oponer reparo alguno.

Iniciada la ejecución de la obra, la Administración va expidiendo al contratista las certificaciones de obras según se había estipulado en los propios pliegos, de forma mensual. El contratista, a su vez, va endosando a una entidad bancaria las correspondientes certificaciones. Con ocasión de la exigencia de pago por parte de aquélla a la Administración, ésta le deniega el mismo señalando que está en marcha un procedimiento en vía de apremio contra el con-

tratista, pendiente de embargo, por deudas que mantiene con el Ayuntamiento en concepto de tasa por recogida de basura.

Cumplido el plazo que se establecía en los pliegos para la finalización de las obras, las mismas no han finalizado sin que hubiera causa justificada alguna. La Administración y el contratista acuerdan, de mutuo acuerdo, una prórroga de seis meses más para la total finalización del aparcamiento.

Vencido el nuevo plazo concedido y como las obras siguieran sin finalizar la Administración decide resolver el contrato y ejecutar, por ella misma, lo que restaba para su total conclusión. Finalmente, por Acuerdo del Consejo de Ministros se decide acometer obras de gran reforma en el Cuartel de la Guardia Civil de la localidad, dada la inseguridad ciudadana incrementada recientemente de forma alarmante, y el estado de deterioro en que se encontraba aquél. Solicitada la oportuna licencia es denegada por el Ayuntamiento porque el edificio estaba catalogado como fuera de ordenación.

El Ayuntamiento se opuso a tal pretensión, en primer lugar, porque significaría una vulneración del Plan General de Ordenación Urbana que reservaba dicho terreno a esos usos y, en segundo lugar, porque supone una vulneración de la autonomía local.

• **CUESTIONES PLANTEADAS:**

1. ¿Sería posible dar un destino diferente al suelo y subsuelo?, ¿qué requisito sería necesario? ¿Es posible simultanear las operaciones a que se refiere la cláusula 1.^a del relato de hechos?, de ser así ¿cuál será su régimen jurídico? ¿Es correcto el procedimiento de adjudicación utilizado?

2. ¿Resulta ajustada a derecho la forma de pago concertada entre la Administración y el contratista?

3. En caso de respuesta negativa a la pregunta anterior, ¿existiría alguna posibilidad de que el contratista explotara el aparcamiento? En este caso, ¿podrían enajenarse las plazas de garaje a los terceros particulares?

4. Analice el ajuste a derecho de las cláusulas segunda, tercera y cuarta del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

5. ¿Resulta ajustada a derecho la renuncia de la empresa C..., S.A.?

6. ¿Es extemporáneo el recurso presentado por otro licitador?, ¿cómo se resolverá el citado recurso?

7. ¿Obró correctamente la Administración al aceptar la fianza definitiva?

8. ¿Tiene razón la Administración denegando el pago a la entidad bancaria?

9. ¿Resulta ajustada a derecho la prórroga del contrato acordada entre la Administración y el contratista?

10. Comentar la decisión adoptada por la Administración, resolviendo el contrato y decidiendo finalizar por sí misma las obras.

11. ¿Podrían realizarse las obras de gran reforma del Cuartel de la Guardia Civil que pretende el Consejo de Ministros o tiene razón el Ayuntamiento en sus argumentos?

• **SOLUCIÓN:**

1. Destino diferente al suelo y subsuelo y contratación simultánea de proyecto y obra pública.

Con carácter previo a responder a esta cuestión, es preciso señalar que el terreno cedido al Ayuntamiento lo fue gratuitamente por los propietarios de la Unidad de Ejecución con destino a dotaciones públicas al servicio de la misma. Ciertamente, hoy es posible disociar y dar un destino diferente al suelo y al subsuelo, pero para ello no basta sin más el mero acuerdo plenario que así lo deci-

da, sino que sería necesario proceder a la modificación del planeamiento general, no bastando un expediente simple de desafectación, mucho más en este caso, en el que se está alterando el destino de un terreno cedido para dotaciones, pues el subsuelo pasará de dotacional público a dotacional privado.

Partiendo, por tanto, de que es preciso proceder a la modificación del planeamiento urbanístico, justificando el interés público y que no se perjudique a los propietarios de la Unidad de Ejecución a cuya utilidad debe estar el terreno dotacional, no parece que exista inconveniente alguno en cuanto a la contratación simultánea de proyecto y obra pública.

Esta posibilidad está prevista en los artículos 122.1 y 125 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP), aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.

Las obras pueden realizarse con base en un proyecto aprobado por la Administración o bien por el propio contratista que ha de ejecutarla. En el supuesto en que se adjudica no sólo la ejecución de la obra sino el proyecto y su ejecución (contrato mixto), al contener prestaciones del contrato de consultoría y asistencia (art. 196.2 del TRLCAP), se regirá normalmente, conforme al artículo 6.º del texto citado, por las normas del contrato de obras al ser ésta la prestación más importante desde el punto de vista económico.

Una de las modificaciones más importantes introducida por la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, respecto del contrato de obras, fue precisamente en cuanto a este contrato mixto. La importancia de la nueva regulación en este tema lo es en el doble sentido de su amplia regulación y en cuanto a cambios fundamentales respecto de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contrato de las Administraciones Públicas. En primer lugar, se establece su carácter excepcional, al que únicamente cabe acudir en los supuestos taxativamente enumerados en el artículo 125.1 del TRLCAP. En segundo lugar, se exige la redacción previa por la Administración del correspondiente anteproyecto o documento similar.

Conforme a la nueva redacción del artículo 122 del TRLCAP, la ejecución quedará condicionada a la supervisión, aprobación y replanteo del proyecto por la Administración. Por otra parte, la responsabilidad del contratista se extiende tanto a la correcta elaboración del proyecto como a la de la ejecución correcta de la obra. Finalmente, conforme al artículo 85 a) del TRLCAP, la adjudicación del contrato deberá hacerse mediante concurso.

2. Forma de pago convenida entre la Administración y el contratista.

Resulta cuanto menos discutible esta forma de pago convenida consistente, en esencia, en que lo que realmente pretenden es pagar la obra de urbanización de la plaza (superficie) en especie.

Ello constituye una permuta de bienes (el subsuelo) por obra futura pública. Ciertamente es posible la permuta de bienes por cosa futura; pero es muy discutible la permuta de obra pública por bien municipal.

Algunas Leyes Autonómicas, como, por ejemplo, la Ley 7/1999, de 29 de septiembre, de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía, lo prohíbe expresamente.

Algunas antiguas Sentencias consideran válida la permuta de un terreno municipal por obras efectuadas en camino público. Pero, ciertamente, la posibilidad legal es cuanto menos dudosa.

Por otra parte, el artículo 14 del TRLCAP, referido al precio de los contratos administrativos, señala que:

«Los contratos tendrán siempre un precio cierto que se expresará en moneda...»

3. Posibilidad de que el contratista explotara el aparcamiento.

Sí, acudiendo al contrato de concesión de obra pública, en este caso de concesión de construcción y explotación de un aparcamiento subterráneo en subsuelo público. Este contrato se encuentra regu-

lado en los artículos 130 y siguientes del TRLCAP, definiéndolo como «... aquel en que, siendo su objeto alguno de los contenidos en el artículo 120, la contraprestación a favor del adjudicatario consista en el derecho a explotar la obra o en dicho derecho acompañado del de percibir un precio».

En este caso, no es precisa la desafectación previa del terreno ni la modificación del planeamiento, aunque las plazas de garaje no podrán ser enajenadas a terceros en propiedad, ya que el terreno sigue siendo de dominio público.

4. Ajuste a derecho de las cláusulas segunda, tercera y cuarta del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

Respecto a la cláusula segunda, en el sentido de valorar por igual todos los criterios de adjudicación del concurso, debemos señalar que no es ajustada a derecho, pues vulnera el artículo 87, apartado 2, que ordena que se fijen por orden decreciente y por la ponderación que se le atribuya a cada criterio.

Respecto a la cláusula tercera tampoco es ajustada a derecho, es una cláusula que supone una restricción injustificada de los principios de objetividad y de libre concurrencia que rigen la contratación de las Administraciones Públicas.

Como criterio de acreditación de la solvencia sí pudiera ser un requisito a tener en cuenta, como se deduce del artículo 17 del TRLCAP, relativo a la solvencia técnica de los contratos de obras, pero como criterio de adjudicación no puede utilizarse, debiendo éstos ser objetivos como señala el propio artículo 87 del TRLCAP, para el supuesto del concurso, como es el caso.

Finalmente, la cláusula 3.^a tampoco es ajustada a derecho. Si se tratara de un contrato de concesión de obra pública, es cierto que el artículo 131 del TRLCAP, referido a la subcontratación parcial, permite que la Administración pueda imponer al contratista la subcontratación de un porcentaje del contrato, pero siempre con el límite de que no supere el 30% del valor total de dichas obras. En este caso, el presupuesto es de 500.000.000 y es claro, por tanto, que imponerle la subcontratación por importe de 200.000.000 excede de ese tope máximo establecido en la Ley.

Si por otra parte se tratara de un contrato de obras normal, esta obligación de subcontratación para el contratista no parece que tenga respaldo legal alguno.

5. Resulta ajustada a derecho la renuncia de la Empresa C..., S.A.

Creemos que no. Es cierto que el artículo 90 del TRLCAP establece que:

«1. El órgano de contratación, previos los informes técnicos correspondientes, adjudicará el contrato en el plazo máximo de tres meses, a contar desde la apertura de las proposiciones, salvo que se establezca otro en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

2. De no dictarse el acuerdo de adjudicación dentro del plazo, los empresarios admitidos a concurso tendrán derecho a retirar su proposición y a que se les devuelva o cancele la garantía que hubiesen prestado.»

Ahora bien, esta renuncia a la adjudicación, en el caso que analizamos, se produce después de que el órgano de contratación se hubiese manifestado sobre aquella, deduciéndose, por lógica, del precepto que era un derecho que debería haber ejercitado transcurridos los tres meses desde la apertura de las proposiciones y hasta que el órgano de contratación se hubiere pronunciado; sin embargo, no lo hizo así, sino que después de la adjudicación es cuando manifiesta que no le interesa y solicita la devolución de la fianza provisional.

Entendemos, en suma, que había transcurrido el plazo para renunciar a su proposición y que, por tanto, queda obligado por el contrato que, de acuerdo con la Ley, ya se había perfeccionado.

6. Recurso presentado por el licitador:

A) ¿Es extemporáneo?

No es extemporáneo. Es cierto que para interponer el recurso de reposición, en caso de resolución expresa como es este caso, el plazo es de un mes y si se trata de recurso contencioso-administrativo el plazo es de dos meses. Y parece claro que el recurso se interpone pasados estos plazos. Pero, también es cierto que en virtud del artículo 91 del TRLCAP la adjudicación debió ser notificada a todos los licitadores participantes en el concurso, y el relato de hechos nos indica que a este licitador nada se le notificó. En tal caso debemos aplicar la normativa general establecida en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que en su artículo 58.3 nos indica la forma de subsanarse una notificación defectuosa (pues a esta situación debe asimilarse la falta de notificación cuando la misma es preceptiva, como es el caso). En concreto, señala como una de las formas de subsanación la interposición del recurso pertinente. Esto es lo que ha sucedido en este caso, ya que no había transcurrido plazo alguno para interponer el recurso, al no haber existido notificación. Luego, en conclusión el recurso está presentado en plazo.

B) ¿Cómo debe ser resuelto el mismo?

Será resuelto de forma desestimatoria. El motivo de recurrir contra la adjudicación no se basa en vicio alguno de este acto, sino que lo fundamenta en la ilegalidad de las cláusulas del pliego de cláusulas administrativas particulares. Respecto a éstas, aunque ya dejamos claro anteriormente que eran contrarias a derecho, es claro que se había producido acto consentido por parte de ese licitador, porque, pudiendo haberlas recurrido en su momento, no lo hizo, sino que esperó a otro acto posterior como era el de la adjudicación y, cuando supo que ésta le era desfavorable, es cuando se acuerda y trae a colación la ilegalidad de aquellas cláusulas administrativas. Por tanto, tal fundamentación no puede servir para anular un acto administrativo como el de la adjudicación respecto a la que ningún vicio de legalidad opone.

Debemos recordar que el pliego no es ninguna disposición de carácter general, sino un acto administrativo; por lo tanto, no cabe el llamado recurso indirecto en virtud del cual se puede recurrir un acto de aplicación de una disposición general o reglamento basado en la ilegalidad de mismo.

7. Actuación de la Administración aceptando la fianza definitiva.

No obró con arreglo a derecho, pues el artículo 41 del TRLCAP impone la obligación de acreditar en el plazo de 15 días desde que se le notifica la adjudicación del contrato, la constitución de la garantía definitiva. En este caso, esa adjudicación le fue notificada el día 5 de junio, y, hasta el día 25 del mismo mes, esto es, 20 días después, no acredita la constitución de la fianza.

El mismo precepto señala que, de no cumplirse este requisito por causas imputables al adjudicatario, la Administración habrá de resolver el contrato. Luego no era una opción o facultad para la Administración resolver el contrato, sino un mandato imperativo que no admite ninguna otra interpretación. Al no hacerlo así, incumplió el ordenamiento jurídico, debiendo ponerse en marcha el procedimiento de revisión de oficio de actos anulables declarativos de derecho, contemplado en el artículo 103 de la Ley 30/1992.

Esta circunstancia de no constituirse las fianzas en los plazos previstos se contempla, de igual forma, en el artículo 111 d) del TRLCAP como una causa de resolución del contrato. De manera que el modo correcto de proceder de la Administración debió haber sido poner en marcha un procedimiento administrativo para, con audiencia del interesado, y, en su caso, previo informe del Consejo de Estado, dictar un acto acordando la resolución del contrato celebrado. Esto acarrearía la pérdida

de esa fianza definitiva para el contratista y, en su caso, la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados a la Administración.

8. Denegación de pago por parte de la Administración a la entidad bancaria.

En primer lugar, debemos señalar que lo que ha sucedido en el caso que comentamos es que se ha producido una transmisión de los derechos de cobro por parte del contratista a una entidad bancaria.

Esta transmisión se permite en el artículo 100.1 del TRLCAP. Ahora bien, para que la cesión de derecho de cobro tenga plena efectividad frente a la Administración, será requisito imprescindible la notificación fehaciente a la misma del acuerdo de cesión. Desconocemos si en este caso se produjo esa comunicación porque nada dice el relato de hechos.

Suponiendo que hubiera existido, parece que el efecto es automático, es decir, la Administración tiene la obligación de aceptar la cesión que se haga por el titular del derecho de cobro. Lo cual no está exento de ciertos problemas que no vamos a comentar ahora.

Lo cierto es que el Tribunal Supremo (TS), en Sentencia de 17 de julio de 1990, considera que a partir de la toma de razón no se pueden oponer al cesionario las excepciones que podrían oponerse al cedente, aplicando, por tanto, el criterio civilista recogido esencialmente en el artículo 1.198 del Código Civil.

Por tanto, a la vista de lo apuntado, destacamos dos conclusiones:

A) No parece posible que la Administración oponga para oponerse al pago a la entidad bancaria, lo que podría oponer al contratista.

B) Pero es más, el artículo 99.7 del TRLCAP señala que «sin perjuicio de lo establecido en las normas tributarias y de la Seguridad Social, los abonos a cuenta que procedan por la ejecución del contrato sólo podrán ser embargados en los siguientes supuestos:

a) Para el pago de salarios devengados por el personal del contratista en la ejecución del contrato y de las cuotas sociales derivadas de los mismos.

b) Para el pago de obligaciones contraídas por el contratista con los subcontratistas y suministradores referidas a la ejecución del contrato».

En este caso, la vía de apremio y el correspondiente embargo decretado contra el contratista tiene su origen en impago de tasas en concepto de recogida de basura, luego no se trata de los supuestos contemplados en el artículo 99.7 ya vistos. De manera que no sólo la Administración no puede oponer nada respecto a la entidad bancaria, sino que no podría retener el pago de las certificaciones basándose en el motivo que ha alegado.

9. Prórroga del contrato por mutuo acuerdo entre la Administración y el contratista.

La misma no es ajustada a derecho, salvo que viniera expresamente contemplada en los pliegos reguladores del contrato.

El artículo 95 del TRLCAP determina, con claridad, cuál debe ser el camino a seguir en caso de demora en la ejecución por parte del contratista y por su culpa respecto al plazo total de ejecución. O bien, la Administración resuelve el contrato, previa la instrucción del correspondiente expediente basado en incumplimiento del contratista; o bien, optaba por la imposición de penalidades en la cuantía y con los límites establecidos en ese precepto. Por tanto, en absoluto, resulta ajustada a derecho la concesión de una prórroga, sin más, como ha sucedido en este caso.

Esta conducta de la Administración, además de suponer una vulneración del citado artículo 95, supone, también, una vulneración de los principios esenciales de la contratación administrativa, reco-

gidos en el artículo 11 del TRLCAP, especialmente el de publicidad y concurrencia, porque, en realidad, eso supone un plazo de ejecución distinto al que se constató en los pliegos y que pudo ser determinante para que otros posibles contratistas pudieran haber tomado parte en la licitación.

10. Resolución del contrato y decisión administrativa de finalizar por sí misma las obras.

La resolución acordada se ajusta a la legalidad y ya pudo ser adoptada ante el primer incumplimiento del plazo total de ejecución por parte del contratista. Sirve de base a ello el citado artículo 95 del TRLCAP.

Respecto a la decisión de ejecutar las obras por sí misma hasta su finalización, debemos señalar que, en principio, no es uno de los supuestos contemplados en el artículo 152 del TRLCAP (ejecución de las obras por la propia Administración), al menos de forma directa. Ahora bien, hay que reconocer, primero, que existen en dicho artículo supuestos que pudieran servir de cobertura a esta decisión (ahorro económico, contar con medios propios...), y, segundo, que el interés público puede verse perjudicado con tanto retraso si se ve obligada a sacar a licitación de nuevo las obras con lo que ello implica. Por tanto, sería posible o bien una tramitación urgente del nuevo expediente de contratación, o bien la utilización del procedimiento negociado para seleccionar al contratista.

11. Obras en el Cuartel y argumentos del Ayuntamiento para oponerse.

En principio, es cierto que al estar el edificio catalogado como fuera de ordenación no es posible la realización en el mismo de las obras que se pretenden llevar a cabo y que excede de las permitidas por la legislación urbanística para estos casos (mero ornato, higiene y conservación).

Ahora bien, no cabe duda de que el Consejo de Ministros tiene en sus manos una potestad concedida por el artículo 244 del Texto Refundido de la Ley de Suelo de 1992, para el caso de urgente y excepcional interés público, en cuyo caso, si hay oposición del Ayuntamiento, como parece el caso, puede ordenar la puesta en marcha de la modificación del Plan General de Ordenación, para que éste se adecue a lo pretendido.

Por tanto, la razón esgrimida por el Ayuntamiento respecto a que contraría el Plan General no puede ser tenida en cuenta pues se modificará.

Respecto al otro argumento de que se vulnera la autonomía local, tampoco es así. Como ha señalado el TS en Sentencia de 9 de octubre de 2003 la autonomía local «es un derecho de la comunidad local a participar a través de órganos propios en el Gobierno y Administración de cuantos asuntos le atañen, graduándose la intensidad de esa participación en función de la relación existente entre los intereses locales y supralocales... La autonomía no se reconoce por la Constitución para incidir negativamente en los intereses generales de la Nación o en otros intereses generales distintos de la propia Entidad, por lo que, en estos supuestos, la potestad del Estado no se puede declarar contraria a la Constitución, máxime cuando este principio de limitación de la autonomía se refleja de forma expresa en la propia Constitución Española en relación a las Comunidades Autónomas en el artículo 155... El interés urbanístico municipal no puede prevalecer frente a los intereses generales del Estado en el orden público y la seguridad de las personas, fines a los que atienden las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado».

• **SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:**

- **Código Civil, art. 1.198.**
- **Ley 30/1992 (LRJAP y PAC), arts. 58.3, 62 y 63.**
- **RDLeg. 2/2000 (TRLCAP), arts. 6.º, 11, 14, 17, 41, 85 A), 87, 90, 95, 99.7, 100.1, 111 d), 122.1, 125, 130, 131, 152 y 196.2.**
- **RDLeg. 1/1992 (TR Ley del Suelo), art. 244.**