



AYUNTAMIENTO DE GRANADA
JUNTA DE GOBIERNO LOCAL

DON JUAN ANTONIO FUENTES GÁLVEZ, CONCEJAL SECRETARIO DE LA JUNTA DE GOBIERNO LOCAL DEL EXCMO. AYUNTAMIENTO DE GRANADA

CERTIFICA: Que la **Junta de Gobierno Local**, en su sesión ordinaria celebrada el día **veintiocho de abril de dos mil dieciséis**, entre otros acuerdos, adoptó el que con el **núm. 406**, literalmente dice:

“Visto expediente **núm. 217/2004** del Área de Contratación, relativo al **Concurso para la enajenación de la parcela nº 1152 del Patrimonio Municipal del Suelo sita en Calle Chopo**, y teniendo en cuenta el informe del Área de Contratación de fecha 1 de marzo de 2016, cuyo contenido se reproduce a continuación:

“Se han presentado alegaciones por parte de Medina Elvira Rehabilitaciones S.L. contra la Resolución del Teniente de Alcalde Delegado de Presidencia, Contratación y Transparencia, de fecha de 29 de septiembre de 2015 por la que reiniciar el procedimiento para la imposición de una penalidad de 4.816,4 euros (por 791 días de retraso) a la citada mercantil, adjudicataria del Concurso para la enajenación de la parcela nº 1152 del Patrimonio Municipal del Suelo sita en Calle Chopo y ello por incumplimiento de la Cláusula 9 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, así como del artículo 95 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas; habida cuenta que no ha procedido a la ejecución de las obras de construcción de las cuatro viviendas unifamiliares señaladas en el pliego en el plazo determinado en su propia oferta, es decir 22 meses, incurriendo en demora respecto del cumplimiento del plazo total.

Las alegaciones resumidamente son las siguientes:

Primera.- Entiende que el cumplimiento del contrato devino imposible puesto que su ejecución estaba amparada por la licencia y, expirada ésta y denegada la prórroga, no se podía satisfacer su objeto, por lo que considera que no procede la imposición de penalidades puesto que tales penalidades no tienen naturaleza de sanción, en cambio lo que procede es la resolución del contrato.

Segunda.- Existe un error en el cálculo de dicha penalidad en 1 año, puesto que el plazo de incumplimiento al que se refiere no es de 2 años y 2 meses (791 días) sino de 1 año y 2 meses (426 días), por lo que la penalidad resultante sería de 2.593,31 euros y no de 4.816,40 euros.

Tercera.- No está de acuerdo en que una nueva adjudicación de la parcela previa su inscripción en el Registro Municipal de Solares suponga incrementar el valor de la misma considerablemente respecto del valor que la misma tenía en el año 2004, y que por ello se produzca un enriquecimiento injusto, y ello debido a que estamos en una época acuciada por la crisis económica, en la que el valor de los activos inmobiliarios ha sufrido una evidente disminución y para demostrarlo acompaña documentación del Ministerio de

Fomento sobre el Precio medio del metro cuadrado de suelo urbano en municipios de más de 50.000 habitantes e Informe Euroval: sobre Precio del suelo en los municipios de más de 50.000 habitantes de Andalucía.

Con respecto a las alegaciones realizadas debe informarse lo siguiente:

Para la resolución del presente procedimiento debe tenerse en cuenta la naturaleza de las penalidades en el ámbito de la contratación pública.

Las penalidades tienen su origen en las obligaciones con cláusula penal del artículo 1.152 del Código Civil y pueden considerarse incluidas en los poderes de dirección, inspección y control atribuidos a la Administración en garantía del interés público.

La doctrina y jurisprudencia mantiene dos tesis con respecto a la naturaleza de las penalidades.

Por un lado la mayoría de la jurisprudencia entiende que las penalidades tienen una finalidad coercitiva, esto es, son susceptibles de ser impuestas a los contratistas que incurren en demora en el cumplimiento de la prestación correspondiente, con el fin de estimular dicho cumplimiento. Así la doctrina cita las sentencias ilustrativas tales como las SSTS de 17-07-1989, 10-02-1990 y 26-12-1991.

Así la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2005 señala:

Independientemente de su denominación gramatical próxima al derecho punitivo, han de considerarse obligaciones con cláusula penal, desempeñando una función coercitiva para estimular el cumplimiento de la obligación principal, es decir, del contrato, pues, en caso contrario, deberá satisfacerse la pena pactada”.

Existe otra corriente jurisprudencial –representada, por ejemplo, por las SSTS de 6-03-1997 y 9-02-1998- que considera el carácter sancionador de las penalidades, y por tanto su función punitiva respecto de determinados incumplimientos contractuales de tal modo que actuarían como auténticas multas contractuales, al margen de la indemnizabilidad de los daños y perjuicios causados por dichos incumplimientos.

Como vemos no existe una doctrina unánime al respecto pero sí una corriente mayoritaria.

Ahora bien a los efectos que nos ocupa no podemos ignorar el dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía de 17 de septiembre de 2013 emitido con respecto a un procedimiento tramitado por el Ayuntamiento de Granada para la resolución de un contrato de servicios que conllevaba una imposición de penalidades y cuyos argumentos fueron asumidos por la Corporación conllevando al archivo de las actuaciones.

Así el dictamen emitido señalaba:

“es doctrina jurisprudencial unánime del Tribunal Supremo (entre otras STS de 26 de diciembre 1991, STS de 6 de marzo 1997, STS de 18 de mayo de 2005, y más recientemente la STS de 1 de octubre de 2011), que en el ámbito de la contratación pública al igual que en la contratación privada, las penalidades por demora establecidas





AYUNTAMIENTO DE GRANADA
JUNTA DE GOBIERNO LOCAL

en el artículo 95 del TRLCAP, artículo 196 de la Ley 30/2007, de 31 de octubre de Contratos del Sector Público (LCSP) y el artículo 212 del Real Decreto Legislativo 2/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, desempeñan una función coercitiva para estimular el cumplimiento de la obligación principal.

En este sentido el propio Tribunal Supremo en reciente Sentencia de 1 de octubre de 2011 estima que las penalidades son medidas económicas que operan como incentivo para el cumplimiento puntual de los contratos administrativos y que operan como alternativa a la resolución del mismo en los supuestos que con carácter general especifica el artículo 95 del TRLCSP, que son los de demora en el cumplimiento del plazo total o de los plazos parciales convenidos.

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo aproxima estas penalidades a las penalidades por demora de las obligaciones con cláusula penal del artículo 1.152 del Código Civil, abandonando radicalmente el carácter de sanción, rigiéndose por los términos convencionales existentes en el contrato que suscribieron las partes, por lo que no sería de aplicación el procedimiento sancionador contemplado en los artículos 134 y siguientes de la LRJAP. De este modo las penalidades, en el ámbito de la contratación administrativa, se encuentran subsumidas dentro de los poderes de dirección, inspección y control que en garantía del interés público, se atribuyen a la Administración contratante, por lo que no se trata de sanciones en sentido estricto, y en consecuencia no debe de seguirse el procedimiento sancionador.

Como se puede comprobar el Consejo Consultivo Andaluz se alinea con la corriente mayoritaria y por tanto, en coherencia con su pensamiento, entiende que no resulta posible aplicar penalidades cuando el contrato está extinguido, dado que no tiene sentido aplicar una función coercitiva para estimular el cumplimiento de una obligación que ya no puede seguir ejecutándose por transcurso del plazo contractual.

Ahora bien el Consejo Consultivo distingue entre contratos con duración determinada y contratos cuya duración va ligada a un hecho como es la ejecución de una obra aunque ésta no se ejecute en el plazo programado para ello. Así dice:

“La clave radica aquí en la naturaleza del contrato. A este respecto, el contrato administrativo fue adjudicado el 30 de octubre de 2003 con una duración de dos años, siendo objeto de dos prórrogas, la última de las cuales, tras una prórroga anterior por un año, fue acordada por resolución de la Junta de Gobierno Local de 29 de diciembre de 2006 por un año, con efectos desde el 6 de noviembre de 2006 a 6 de noviembre de 2007. La duración máxima del contrato, según el Pliego de Cláusulas Administrativas, incluidas las posibles prórrogas, no podría ser superior a cuatro años....

Sin embargo, en este momento el contrato respecto del cual se pretende la resolución ya se había extinguido puesto que, como se advertía más arriba, la duración del mismo era de un máximo de cuatro años y la vigencia de la última prórroga finalizaba el 6 de noviembre de 2007.

Nos encontramos ante un contrato administrativo cuyo objeto es la prestación de un servicio por un tiempo determinado, en el que la duración del contrato es un elemento determinante para su extinción ...a diferencia de lo que sucede, por ejemplo, en los contratos de obras, en los que la referencia temporal va ligada siempre a la ejecución de la obra en sí misma y no a la duración del contrato, contemplándose como motivo de resolución del contrato de obras el incumplimiento de los plazos (parciales o totales) estipulados para la ejecución de la obra, lo que implica que es viable una resolución transcurrido dicho plazo, porque éste lo es de la realización de la obra y no del contrato.

Aclarada la cuestión de la naturaleza de las penalidades como procedimiento para impeler al contratista al cumplimiento del contrato, debemos analizar si estamos ante un contrato cuya duración persiste o bien nos encontramos ante un contrato que no puede llevarse a su conclusión.

Si analizamos el objeto del contrato en la cláusula primera del Pliego de Cláusulas Administrativas Generales del procedimiento en cuestión se señala que constituye el objeto del mismo la enajenación de la parcela 1152 del fichero de inventario del Patrimonio Municipal del suelo sita en calle Chopo sin número y destinado a la construcción de viviendas de protección pública, todo ello según la descripción en el Pliego de Prescripciones Técnicas que rige la licitación.

La cláusula 10 determinaba que las viviendas construidas sobre el solar deberían acabar obligatoriamente la calificación de viviendas protegidas. Por su parte la cláusula 17 del citado PCAP señalaba como criterio de adjudicación del plazo de finalización de las obras desde la adjudicación o y/o concesión de las obras.

En ese sentido la sociedad adjudicataria se comprometía a ejecutar las obras en un plazo de 22 meses.

Visto lo anterior y dado que conforme a lo ya expuesto anteriormente nos encontramos ante un contrato cuyo objeto era la enajenación de una parcela para su construcción en un plazo determinado y éste se ha incumplido, tampoco cabría entender que se ha extinguido, siendo en principio procedente la imposición de penalidades.

Ahora bien, si atendemos a la normativa por la que se regula el presente supuesto, observamos que la aplicación de la misma obliga a otras alternativas a la ejecución de las obras licitadas y articula otros mecanismos para conseguir la finalidad que se pretende, es decir la realización de viviendas protegidas.

Y ello no es, como argumenta el interesado porque el cumplimiento del contrato devino imposible puesto que su ejecución estaba amparada por la licencia y, expirada ésta y denegada la prórroga, no se podía satisfacer su objeto, ya que la denegación de la prórroga se produjo como consecuencia de que el interesado no presentó un proyecto adaptado a la normativa vigente, limitándose a instar su solicitud sin más documentación técnica y porque la posibilidad de solicitar una nueva licencia urbanística era totalmente posible.

La cuestión es que la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía en su artículo 152 señala los efectos que para el interesado y para la parcela



AYUNTAMIENTO DE GRANADA
JUNTA DE GOBIERNO LOCAL

licitada produce el incumplimiento por parte del adjudicatario del concurso y es que el citado artículo establece para estos supuestos que será de aplicación la ejecución por sustitución regulada en el artículo 150 de la LOUA.

Ello comporta la inclusión de la parcela en el Registro Municipal de Solares y Edificaciones Ruinosas y la habilitación al municipio, salvo que se acuerde la expropiación, para convocar y resolver, un nuevo concurso regulado en el artículo 151, previa formulación del Pliego de Condiciones que regulará los requisitos necesarios para su adjudicación.

Debemos atender además a lo señalado en el artículo 22.7 del Decreto 60/2010, de 16 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística de la Comunidad Autónoma de Andalucía, que señala que "Transcurrido el plazo de dos meses desde la notificación de la declaración de caducidad sin que se haya solicitado nueva licencia o, en su caso, denegada la que haya sido deducida procederá declarar la parcela o solar correspondiente en la situación de venta forzosa para su ejecución por sustitución, en los términos de los artículos 150, 151 y 152 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre".

Del análisis de los artículos expuestos se puede deducir una clara intención del legislador, primero de obtener la finalidad edificatoria por sustitución del incumplidor de la concesión y segundo de penalizar al titular adjudicatario de la parcela por incumplimiento de su deber de edificar señalado en el artículo 148 de la LOUA.

Esa penalización se traduce en que revierte la propiedad de la parcela de la que es titular por concurso, mediante su inscripción en el Registro Municipal de Solares, es decir, está perdiendo un activo, devaluado o no, pero en todo caso valioso, y por el que no podrá obtener un futuro beneficio por la ejecución y venta de unas viviendas en un entorno económico adecuado y por otro lado porque el precio que obtendrá en caso de un nuevo concurso a satisfacer por el nuevo adjudicatario, se limitará al setenta y cinco por ciento de la cantidad que resulte de incrementar el precio de licitación fijado para el primer concurso con el importe de todos los gastos necesarios y útiles que haya realizado su adjudicatario para la ejecución de las obras de edificación y ello según el artículo 152 de la LOUA.

Por todo lo expuesto entendemos que, aunque ha habido un incumplimiento por parte del adjudicatario que no ejecutó las obras en el plazo concedido para ello de 22 meses, las consecuencias del mismo implican la obligación de inscribir la parcela en el registro municipal de solares y que en consecuencia no resulta posible la ejecución del contrato, por lo que no procede ejercer una función coercitiva mediante la imposición de penalidades para estimular el cumplimiento de una obligación que ya no puede seguir ejecutándose, y lo que procedería es la resolución contractual.

Apoya este argumento el hecho de que el artículo 95 del T.R.L.C.A.P. en el supuesto de incumplimiento por causa imputable al contratista del plazo de ejecución del contrato otorga a la Administración la posibilidad de optar indistintamente por su resolución o por



imponer penalidades, por lo que si procede la resolución como ya se ha expuesto anteriormente, no resulta posible la imposición de penalidades.

En todo caso debe realizarse sin perjuicio de la incautación de la garantía constituida por el contratista en cuanto que se entiende que la resolución se considera culpable y que todo ello se hará sin perjuicio de la posibilidad de exigir los daños y perjuicios que puedan habersele irrogado a esta Administración.

Debe por tanto procederse a la resolución del contrato entendiendo como causa de la misma la que dispone el artículo 111.e) del TRLCAP en su punto e) "La demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista.

En cuanto a los efectos de la resolución y al tratarse de una causa imputable al contratista procede la incautación de la garantía de conformidad con lo establecido en el artículo 113 de la ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que determina que cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada. Entendiendo que la incautación automática de la garantía responde, en todo caso, a los perjuicios que es evidente que el incumplimiento del contrato imputable al contratista ha causado a la Administración, sin perjuicio que si se determinarán otros, pueda ejercerse la acción correspondiente. Así lo entiende el Consejo Consultivo de Andalucía, en el Dictamen 403/2012, de 16 de mayo, que manifiesta lo siguiente:

En efecto, y por lo que hace a la naturaleza de la fianza, hay que resaltar que nuestro Derecho Administrativo se aparta de la visión de la misma como una estimación anticipada y definitiva de los daños y perjuicios, sin que quepa exigir otros. La fianza está llamada a compensar el retraso en la ejecución de la obra o la prestación del servicio, que ha de implicar además la puesta en marcha de un nuevo procedimiento de contratación; el hecho del retraso en la obra o servicio y la necesidad de un nuevo procedimiento son perjuicios de difícil evaluación, y precisamente por ello son evaluados a priori con la fianza definitiva; pero si la Administración acredita que, aparte del retraso en la obra o en la prestación del servicio, y los gastos que le provoque un nuevo proceso de contratación, hay otros daños materiales "puede ejercitar cuantas acciones de resarcimiento le competan, de modo independiente a aquella fianza, sin que quepa, en definitiva imputar a la misma, el daño sufrido".

Por lo que se refiere al procedimiento de resolución está definido en el artículo 59 del 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 aplicable al presente caso y que dice:

Prerrogativas de la Administración

1. Dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, acordar su resolución y determinar los efectos de ésta.



AYUNTAMIENTO DE GRANADA
JUNTA DE GOBIERNO LOCAL

Los acuerdos correspondientes pondrán fin a la vía administrativa y serán inmediatamente ejecutivos.

En el correspondiente expediente se dará audiencia al contratista.

2. En la Administración General del Estado, sus organismos autónomos, las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social y demás entidades públicas estatales, los acuerdos a que se refiere el apartado anterior deberán ser adoptados previo informe del Servicio Jurídico correspondiente, salvo en los casos previstos en los arts. 41 y 96.

3. No obstante lo anterior, 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.

Por su parte 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 su artículo 109 del RGLCAP sobre Procedimiento para la resolución de los contratos señala:

1. La resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista (...) Y cumplimiento de los requisitos siguientes:

a) Audiencia del contratista por plazo de diez días naturales, en el caso de propuesta de oficio.

b) Audiencia, en el mismo plazo anterior, del avalista o asegurador si se propone la incautación de la garantía.

c) Informe del Servicio Jurídico, salvo en los casos previstos en los artículos 41 y 96.

d) Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, cuando se formule oposición por parte del contratista.

Por lo expuesto procede:

Primero.- Archivar el procedimiento para la imposición de una penalidad a Medina Elvira Rehabilitaciones S.L., adjudicataria del Concurso para la enajenación de la parcela nº 1152 del Patrimonio Municipal del Suelo sita en Calle Chopo, estimando en parte las alegaciones que ha realizado el contratista.

Segundo.- Acordar el inicio de un procedimiento de resolución del contrato relativo a la enajenación de la parcela nº 1152 del Patrimonio Municipal del Suelo sita en Calle Chopo y de incautación de la garantía definitiva por valor de 1.220 euros constituida mediante carta de pago nº 320050001194 y AVAL nº 9340.03.0647507-20, dando traslado a Intervención para que lo lleve a debido efecto.

Tercero.- Conceder audiencia al contratista y entidad avalista, por plazo de diez días naturales, de conformidad con lo establecido en el artículo 109 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de



