



## Consejo Jurídico de la Región de Murcia

### Dictamen nº 46/2023

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 3 de marzo de 2023, con la asistencia de los señores que al margen se expresa, ha examinado el expediente remitido en petición de consulta por el Excmo. Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Murcia, mediante oficios registrados los días 4 y 29 de noviembre de 2022 (Reg. 202200340464), sobre resolución de contrato sobre derecho de superficie en parcela municipal de Beniaján para establecer un Centro de Conciliación de la Vida Laboral y Familiar y Ludoteca (exp. 2022\_333), aprobando el siguiente Dictamen.

### **ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** La Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Murcia, en su sesión del día 12 de agosto de 2022 adopta por unanimidad el acuerdo de iniciar el procedimiento de resolución del contrato denominado “Derecho de superficie en la parcela municipal sita en Beniaján, camino de Los Márquez, número 14, El Bojal, para establecer un centro de conciliación de la vida laboral y familiar y ludoteca” (en adelante “el Contrato”), inicialmente adjudicado a la “Escuela Infantil Los Granaos, Sociedad Cooperativa”, y que tras el procedimiento de ejecución hipotecaria nº 108/2016, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia nº 10 de Murcia, por decreto de 3 de junio de 2021 resultó adjudicatario del remate en dicho procedimiento la mercantil “Cimentados3, S.A.U.” (en adelante “la Empresa”). La razón para iniciar el procedimiento de resolución del Contrato es no haber acreditado la Empresa, en el plazo al efecto otorgado, que cuenta con la capacidad, solvencia técnica y profesional y económica o financiera que establece el Pliego de Condiciones Técnicas, Jurídicas y Económicas Administrativas del expediente de contratación 517/2006 (en adelante, “el Pliego”) para llevar a cabo la prestación del servicio y la finalidad pública para la que se constituyó el citado derecho de superficie: satisfacer las demandas sociales existentes para establecer centros de atención a niños de edades comprendidas entre los 0-3 años complementando la oferta existente.

Junto con dicho acuerdo se adoptan también los de dar audiencia a la Empresa, comunicar a los interesados lo exigido por el artículo 21.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), iniciar, el procedimiento de incautación de la garantía, y, una vez resuelto el Contrato, iniciar el procedimiento previsto en la cláusula 19 del Pliego para la valoración pericial de la edificación, dando traslado de los acuerdos a la Empresa y a los servicios municipales afectados, en particular, al de Escuelas

Los citados acuerdos se adoptan tras la exposición de unos antecedentes entre los que cabe destacar los siguientes:

1º. Por acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 26 de julio de 2006 fue aprobado el Pliego regulador del contrato con el objetivo de satisfacer las demandas sociales existentes para establecer centros de atención a niños de edades comprendidas entre los 0-3 años complementando la oferta existente - para lo cual se siguió el procedimiento abierto por concurso, conforme a lo dispuesto en 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 (TRLCAP) y su Reglamento de desarrollo - estableciéndose el canon a abonar en 58.095,36 € (más el 16% de IVA) al alza.

2º.- Por acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 22 de noviembre de 2006 el citado derecho de superficie fue adjudicado a la mercantil "Escuela Infantil Los Granaos, Sociedad Cooperativa", por un canon de 58.095,36 € (más el 16% de IVA), de conformidad con su oferta y demás documentación presentada, formalizándose su constitución en escritura pública otorgada el 31 de enero de 2007.

La duración del derecho de superficie se estableció en setenta y cinco años a contar desde la fecha de inscripción de la escritura de constitución en el registro de la propiedad, lo que tuvo lugar el 30 de julio de 2007 según consta en la nota registral de la finca n.º 14.108.

3º.- Consta en el expediente garantía definitiva constituida por "Escuela Infantil Los Granaos, Sociedad Cooperativa", mediante carta de pago n.º 2006-208.226-0 de 5 de diciembre de 2006, por importe de 2.323,81 €; figurando asimismo correo electrónico del Servicio Municipal de Recaudación en el que se indica que, consultado el Sistema de Información Tributaria, a fecha 22 de febrero de 2022, figura una deuda de 937,27 euros.

4º.- Por acuerdos de la Junta de Gobierno Local de 16 de enero de 2008 y 16 de junio de 2010 se autorizó la constitución de sendos préstamos con garantía hipotecaria sobre el derecho de superficie objeto del Contrato, por los respectivos importes de 800.000 € y 150.000 €, suscritos ambos con la entidad "Cajamar Caja Rural Intermediterránea Sdad.Coop de Crédito".

5º. Consta en el expediente de contratación acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 18 de septiembre de 2015, por el que se desestimó la petición de resolución del derecho de superficie efectuada por la adjudicataria con base en las alegaciones que estimó pertinentes y que, en síntesis, se concretaban en la imposibilidad de cumplir con el plan económico financiero presentado y, en consecuencia, poder continuar con la prestación del servicio, por no poder hacer frente a las obligaciones económicas derivadas del mismo.

Frente a este acuerdo la adjudicataria interpuso recurso contencioso administrativo que con el número de procedimiento P.O 402/2015 se siguió ante el Juzgado de lo Contencioso Administrativo N.º 7 de Murcia, en el que recayó sentencia desestimatoria de fecha 27 de octubre de 2015.

La citada sentencia, en su fundamento de Derecho Tercero, entre otros argumentos, refiere que “... la parte actora se limita a afirmar que la concertación del derecho de superficie ha sido un mal negocio, que le ha generado ingentes pérdidas, y que debe concederse por el Excmo. Ayuntamiento de Murcia la resolución del contrato porque el Pliego no lo prohíbe. El argumento jurídico es contrario a Derecho y la demanda debe ser desestimada...”. Argumenta, además, con base en las cláusulas 3.1 (Plazo de duración del derecho de superficie- Setenta y cinco años), en la cláusula 5.1 (Obligaciones del Superficiario- El superficiario tendrá la obligación de cumplir íntegramente el contenido el Pliego de Condiciones, construir el Centro y ejecutar el proyecto en todo caso conforme al anteproyecto presentado, mantenerlo y gestionarlo hasta la extinción del derecho) que “...la expresión “mantenerlo y gestionarlo hasta la extinción del derecho” no admite duda interpretativa alguna. Por tanto, el Pliego prohíbe de forma clara que el superficiario desista del derecho concedido o resuelva el contrato cuando así lo entienda conveniente...” y que no concurren las causas de resolución previstas en el Pliego y en la normativa contractual de aplicación.

Contra la Sentencia de 27 de octubre de 2015, la adjudicataria interpuso Recurso de Apelación N.º 70/2018 ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, que fue desestimado por Sentencia de fecha 25 de mayo de 2018 que confirmó y ratificó íntegramente la sentencia apelada.

6º. La finca registral n.º 14.108 ha sido objeto de subasta judicial en el curso del procedimiento de ejecución hipotecaria número 108/2016 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia número 10 de Murcia, a instancias de la entidad “Cajamar Caja Rural Intermediterránea Sdad. Coop de Crédito”, quedando la subasta desierta y, solicitada por la ejecutante la cesión de remate, esta se verificó a favor de la Empresa.

7º.- En su condición de adquirente judicial de la finca gravada con el derecho de superficie y de conformidad con lo acordado por la Junta de Gobierno Local en las sucesivas resoluciones de autorización de constitución de los indicados préstamos hipotecarios de fechas 16 de enero de 2008 y 16 de junio de 2010, a la Empresa correspondería subrogarse en todos los derechos y obligaciones de la superficiaria inicial, “Escuela Infantil Los Granaos, Sociedad Cooperativa”, debiendo para ello reunir los requisitos de capacidad y de solvencia técnico-profesional exigidos en el Pliego que rige el Contrato.

En consecuencia de lo anterior, y para garantizar la finalidad pública para la que el mismo se constituyó, se requirió a la adquirente hipotecaria del meritado derecho de superficie, mediante oficio, notificado el 25 de enero de 2022, para que en el plazo de 15 días a contar desde el siguiente a su notificación, aportase la documentación acreditativa de la capacidad y solvencia exigidas en su momento a la entidad que resultó superficiaria en los términos del indicado Pliego (cláusula 9).

8º. No consta que por la Empresa se haya atendido el requerimiento efectuado, por lo que no ha sido posible constatar que dicha mercantil reúna los requisitos de solvencia y capacidad exigidos en el Pliego y, por tanto, no resulta posible tal subrogación y la consecuente prestación por la misma del objeto del contrato consistente en la asistencia a niños de edades comprendidas entre los 0-3 años en el Centro de Conciliación y Ludoteca.

9º. Figura, por otra parte, incorporado al expediente, el informe de 3 de agosto de 2022 de la Jefa de Servicio de Escuelas Infantiles en el que pone de manifiesto que “... El pabellón de la E.I. Beniaján, que alberga un aula de 0-1 año, tres aulas de 1.2 años, sus respectivos dormitorios y aseos, así como las dependencias de los tutores, presenta unas deficiencias graves en el suelo y falso techo, que requieren de una intervención de envergadura, y

que debe ser abordada mediante la construcción de un nuevo edificio que pueda albergar las cuatro aulas que en la actualidad se encuentran ubicadas en el edificio de la antigua E.I. Los Granaos en El Bojal.

De ahí la urgente necesidad de seguir con el arrendamiento de las cuatro aulas que desde septiembre de 2019 manteníamos con la E.I. Los Granaos, sociedad cooperativa ubicada en Camino de los Márquez, 14, El Bojal en Beniaján...”

Tras la referencia al procedimiento de ejecución hipotecaria añade dicho informe que “... Es de interés público seguir con dicho arrendamiento con la nueva empresa ya que no disponemos de otros locales en la pedanía de Beniaján, para dar respuesta a los 36 alumnos/as que en la actualidad están ocupando los locales de la antigua E.I. Los Granaos.

Por todo lo expuesto es de urgente necesidad mantener el contrato de arrendamiento de las cuatro aulas y sus servicios para el curso 2022/2023 con la nueva adjudicataria...”

**SEGUNDO.-** Los acuerdos adoptados por la Junta de Gobierno Local con fecha 12 de agosto de 2022, le fueron notificados a la Empresa el siguiente día 16, presentando en el registro un escrito de alegaciones el día 26 de agosto, al que acompañaba diversa documentación.

Las alegaciones de la Empresa se centraban en los siguientes aspectos:

1º. Ausencia de notificación anterior, requiriendo la documentación para autorizar la subrogación de la Empresa como titular de la concesión consistente en el derecho de superficie, negando haberla recibido el 25 de enero de 2022. La única notificación recibida, lo había sido respecto a los contratos de arrendamiento de las aulas y fue debidamente atendida. Por tanto, consideraba que se le había causado indefensión, resultando nula la incoación del procedimiento de resolución del derecho de superficie.

2º. Parte de la documentación requerida en la notificación objeto de las alegaciones ya había sido aportada en el expediente de patrimonio 2022/062/00039 y 354, para que se subrogara en el contrato de arrendamiento suscrito con “Escuela Infantil Los Granaos, Sociedad Cooperativa”, que finalizaba el 30 de junio de 2021, y en el nuevo, suscrito con la misma entidad, el 7 de julio de 2021, con efectos económicos de 1 de julio de 2021. Al haber sido atendido tal requerimiento, mucha de la documentación ahora solicitada había sido aportada en dichos expedientes, por lo que la Empresa no estaba obligada a su nueva remisión en aplicación de lo establecido en el artículo 28 LPACAP.

3º. El inmueble objeto de derecho de superficie estaba pendiente de toma de posesión judicial. El procedimiento judicial en el que se decretó la adjudicación del remate a la Empresa no había culminado pues no había podido tomar posesión en esa fecha, por lo que no había completado sus facultades dominicales “[...] lo que impide que pueda asumir y gestionar la concesión plenamente, por lo que debemos solicitar que el expediente de subrogación de la concesión se inicie cuando se obtenga dicha posesión judicial que está solicitada tal y como se ha acreditado”.

No obstante lo alegado, por la Empresa se procedía a aportar la documentación requerida, solicitando del Ayuntamiento el archivo del expediente de resolución del Contrato.

**TERCERO.-** El 8 de septiembre de 2022, mediante comunicación interior número 234/2022, el Servicio de Patrimonio remitió al de Contratación, Suministros y Responsabilidad Patrimonial la documentación enviada en su día por la Empresa para formalizar la subrogación del contrato de arrendamiento del inmueble sito en la calle Columbares nº 18 de Beniaján, del que el Ayuntamiento era arrendatario. Entre ella se incluía una copia del decreto judicial de adjudicación de la finca 14.108 del registro de la propiedad número 7 de Murcia a la Empresa y cancelación de la hipoteca de su inscripción 4ª, modificada por la 6ª, así como el testimonio del decreto dirigido al registrador y la nota de despacho del mismo, de 19 de octubre de 2021, certificando la práctica de la inscripción del derecho de superficie sobre la finca y edificación existentes en ella, y la cancelación solicitada. En su certificación el registrador advierte que la finca está en construcción, quedando pendiente de acreditar en el registro su finalización.

**CUARTO.-** El 20 de septiembre de 2022, el Servicio de Escuelas Infantiles remitió un informe al Servicio de Contratación, Suministros y Responsabilidad Patrimonial, según el cual las alegaciones formuladas por la Empresa no afectaban a la prestación del servicio que en ese momento se estaba dando en la escuela infantil de Beniaján, sita en el Carril Márquez nº 14 de dicha pedanía.

**QUINTO.-** EL Servicio de Contratación mediante oficio de 17 de octubre de 2022 remitió al Servicio Jurídico el expediente instruido para la resolución del derecho de superficie, recabando su informe, y haciendo diversas consideraciones.

Entre ellas alude a la regulación que hacía el TRLCAP del supuesto de ejecución hipotecaria en los contratos de concesión de obra pública *"[...] que si bien no resulta de directa aplicación al presente, sí puede apreciarse en dicha regulación identidad de razón (art. 4 del Código civil) con el supuesto que nos ocupa"*, reproduciendo lo establecido en su artículo 257, según el cual, quien deseara participar en un procedimiento de ejecución hipotecaria en calidad de postor o eventual adjudicatario, debería contar con la autorización del órgano de contratación, siendo ésta de carácter reglado por lo que la Administración debería limitarse a verificar que concurrían los requisitos exigidos en su momento al contratista inicial. Tras ello, dicho precepto prevé que, si ninguno hubiera sido autorizado, la Administración podría resolver el contrato. *"... y, previo acuerdo con los acreedores hipotecarios, fijar la cuantía de la deuda y las condiciones en que deberá ser amortizada. A falta de acuerdo, la Administración quedará liberada con la puesta a disposición de los acreedores del importe la indemnización que correspondiera..."* al contratista, conteniendo, en cuanto a este último extremo, la cláusula 19 del Pliego los parámetros para el correspondiente cálculo, cláusula que también reproducía.

En cuanto a las alegaciones de la Empresa, indicaba que en el expediente sí constaba el acuse de recibo postal del requerimiento efectuado para el envío de la documentación. Respecto a la constancia de la remitida al Servicio de Patrimonio, se reconocía su incorporación al expediente. Por último, sobre la petición de que la subrogación de la Empresa se iniciara tras la toma de posesión efectiva de las instalaciones, señalaba que *"[...] la subrogación en el derecho de superficie que fue objeto de hipoteca requiere, en todo caso, para obtener la condición de superficiaria, reunir, entre otros, los requisitos de capacidad y solvencia exigidos en el correspondiente Pliego de Condiciones y que fueron exigidos a la superficiaria primitiva"*. Como quiera que *"[...] el objeto social de CIMENTADOS3, S.A.U. no se corresponde con el objeto del contrato, detallado en la cláusula 1.2 del Pliego (... satisfacer las demandas sociales existentes de que se establezcan Centros que presten atención integral al colectivo de niños de 0 a 3 años y complementar la oferta existente. El Centro prestará necesariamente atención*

*integral a niños de la edad indicada anteriormente...”), llegaba a la conclusión de que “[...] la interesada no reúne el requisito de capacidad para llevar a cabo el objeto del contrato de referencia [...]”.*

Al amparo de tales consideraciones entendía que concurría la causa de resolución del contrato.

**SEXTO.-** En respuesta a la petición recibida, el Servicio Jurídico evacuó su informe el día 24 de octubre de 2022. Señala el mismo que concurría la causa de resolución invocada y que, a la vista de la autorización otorgada por el Ayuntamiento para la constitución de la hipoteca, unida a las escrituras públicas, la resolución debía decidirse sin derecho a indemnización alguna, puesto que la adjudicataria conocía el objeto del derecho subastado y el contenido de la autorización de la constitución de las hipotecas, que exigía la concurrencia en el adjudicatario del derecho de superficie de los mismos requisitos de capacidad y solvencia y que, en caso contrario, procedería la resolución del contrato sin indemnización alguna. Por último, hacía una consideración sobre el hecho de que “[...] *en virtud de las prescripciones del Pliego regulador del derecho de superficie, el contrato objeto de este informe, es un contrato administrativo en cuanto a su preparación y adjudicación. Sin embargo, las cuestiones posteriores que surjan, o en este caso la resolución, deben dirimirse en la jurisdicción civil, por lo que en la notificación que se realice a la mercantil no deberá darse la opción de recurso contencioso administrativo ni ningún otro, pues es el Ayuntamiento el que debe acudir a la vía civil para obtener la resolución*”.

**SÉPTIMO.-** El 3 de noviembre de 2022, el Servicio de Contratación, Suministros y Responsabilidad Patrimonial elevó su informe propuesta de resolución al Teniente de Alcalde Delegado de Infraestructuras, Contratación y Fomento. Tras la exposición de los antecedentes, en su apartado de consideraciones se refiere, en primer lugar, a las alegaciones formuladas por la Empresa, manteniendo la falta de acreditación de los requisitos de capacidad y solvencia requeridos para ser superficiaria. En ello coincidía con el Servicio Jurídico, entendiendo que la consecuencia, por aplicación del artículo 62.b) TRLCAP, era la nulidad del contrato. Indicaba que “*Así, la adjudicación judicial del meritado derecho de superficie ha tenido lugar sin que la interesada reúna tales requisitos lo que lleva, según lo indicado en esta propuesta, y en el ámbito del contrato, a su resolución. En cuanto a la procedencia o no de la indemnización así como su cuantía, proced e dilucidarlas en el procedimiento que al efecto se tramite co[n]forme a la cláusula 19 del Pliego de Condiciones*”.

Se refiere a continuación al aspecto discutido de la jurisdicción competente para dilucidar la cuestión, entendiendo que lo es la contencioso-administrativa, dado el doble pronunciamiento ya existente en tal sentido sobre el tema formulado en los autos de 21 de abril y 8 de junio de 2021, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 7 de Murcia.

Expone el régimen jurídico del Contrato, regulado en la cláusula segunda del Pliego, que en última instancia remite al TRLCAP, como también hace la cláusula número 22 del mismo Pliego. En su considerando 6º acoge el argumento de que sería de aplicación analógica el régimen que dicha norma prevé para la ejecución hipotecaria en los contratos de concesión de obra pública en su artículo 257.

Finalmente, hace una consideración sobre el plazo máximo de tramitación del procedimiento, siendo el de tres meses, y la necesidad de solicitud de Dictamen de este Consejo Jurídico.

Tomando como base todas esas consideraciones, propone a la Junta de Gobierno Local la adopción de los siguientes acuerdos:

*“PRIMERO: Resolver el contrato denominado “DERECHO DE SUPERFICIE EN LA PARCELA MUNICIPAL SITA EN BENIAJAN, CAMINO DE LOS MÁRQUEZ, N.º 14, EL BOJAL PARA ESTABLECER UN CENTRO DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL Y FAMILIAR Y LUDOTECA” (Expdte. 517/206, Código Gexflow 2020/02201/000219), inicialmente adjudicado a la ESCUELA INFANTIL LOS GRANAOS, SDAD. COOP., con C.I.F. núm. F-73450512 y que tras el procedimiento de ejecución hipotecaria nº 108/2016 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia nº 10 de Murcia, por Decreto del mismo de 3 de junio de 2021, resultó adjudicatario del remate en dicho procedimiento la mercantil CIMENTADOS 3, S.A., con C.I.F. A-04823829 por las razones que se detallan en el CONSIDERANDO nº6 de la parte expositiva. (Expdte. 517/206, Código Gexflow 2020/02201/000219).*

*SEGUNDO: Iniciar el procedimiento previsto en la cláusula 19 del Pliego de Condiciones Técnicas, Jurídicas y Económico-administrativas relativo a la valoración de la edificación en caso de terminación anticipada del contrato de referencia, en el que procederá dilucidar si corresponde indemnización y, en su caso, la cuantía de la misma en los términos de dicha cláusula y de lo informado por los Servicios Jurídicos municipales en los términos a que se refiere el CONSIDERANDO 3º de la parte expositiva.*

*TERCERO.- Incautar la garantía constituida mediante carta de pago nº 2006-208.226-O el 5 de diciembre de 2006 de la cantidad de la misma de 937,27 €, procediendo la cancelación en cuanto al resto de su importe: 1.386,54 €.*

*CUARTO.- Dar traslado de esta resolución a la mercantil CIMENTADOS 3, S.A., con C.I.F. A-04823829 y a los Servicios Municipales de Escuelas Infantiles, Bienestar Social, Patrimonio, Servicios Jurídicos y cuantos otros servicios municipales puedan resultar afectados por el contenido del mismo”.*

**OCTAVO.-** El Teniente de Alcalde Delegado de Infraestructuras, Contratación y Fomento elevó a la Junta de Gobierno Local su propuesta de solicitar el preceptivo Dictamen de este Consejo Jurídico, remitiendo una copia del expediente, suspender el plazo para la resolución del procedimiento y que se comunicara a la Empresa tal petición. La Junta de Gobierno Local así lo acordó, en su sesión del día 4 de noviembre de 2022. La notificación a la Empresa tuvo lugar el siguiente día 7.

**NOVENO.-** Recibido el expediente en el Consejo Jurídico en la fecha indicada en el encabezamiento, se adoptó el Acuerdo número 29/2022, de 23 de noviembre, por el que se solicitó al Ayuntamiento la remisión de copia de los autos de 21 de abril y 8 de junio de 2021, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 7 de Murcia. El requerimiento fue atendido remitiendo tal documentación mediante oficio del Sr. Alcalde de 28 de noviembre de 2022, teniendo entrada en el Consejo Jurídico al día siguiente.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

## **CONSIDERACIONES**

**PRIMERA.-** Cuestión previa: sobre la naturaleza del Contrato

I. La lectura del expediente plantea dudas sobre cuál sea el tipo y verdadera naturaleza del contrato que se pretende resolver, duda que ha de ser despejada con carácter previo a cualquier otra consideración pues de ello depende la propia competencia de este Consejo para pronunciarse sobre la propuesta remitida. Si el contrato tiene naturaleza privada no sería posible entrar en su examen dada la redacción del artículo 12. 7. de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), según el cual su dictamen será preceptivo en los casos de nulidad, interpretación y resolución de los contratos administrativos y concesiones cuando se formule oposición por parte del contratista.

El examen del expediente demuestra la existencia de dichas dudas porque la calificación que ha merecido, según el momento de la tramitación y quien la formulara, ha sido diferente. Así:

1. En el Pliego no existe una calificación expresa de su naturaleza. Sí se especifica en su cláusula 2, "Regulación jurídica", que ésta será la propia del derecho de superficie contenida en los artículos 287, 288 y 289 del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (TRLRDU) y en el artículo 201 de la Ley 1/2001, de 24 de abril, del Suelo de la Región de Murcia. Esto sugiere la figura del contrato privado si se dieran las condiciones previstas en el artículo 5.3 TRLRDU. A favor de su consideración como tal inclina la cláusula 21 del Pliego, "Fuero", al proclamar de inicio que el orden jurisdiccional civil será el competente para resolver las cuestiones que surjan. El hecho de que, a continuación, admita la existencia de actos separables enjuiciables por la jurisdicción contencioso-administrativa parece reforzar esa primera conclusión, que se confirma porque en la cláusula 22, "Legislación aplicable para lo no previsto", da entrada a la normativa de patrimonio, precisamente la aplicable a los contratos privados según el artículo 9 TRLRDU. Ahora bien, si se dieran las condiciones exigidas por el artículo 5.2.b) TRLRDU, estaríamos en presencia de un contrato administrativo especial, toda vez que su objeto es distinto de los contratos típicos regulados en dicha ley (obras, suministro, gestión de servicios públicos, consultoría y asistencia, concesiones de servicios o de obra, y contratos de servicios con determinadas excepciones) pero siempre que tuvieran esa naturaleza 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"*.

2. El acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 16 de junio de 2010 por el que se autorizó la constitución de la segunda hipoteca, se aparta de la línea anterior porque hace referencia al informe del Servicio de Contratación que invoca la posibilidad de hipotecar las *"concesiones de obras públicas prevista en el artículo 255 TRLRDU"*.

3. En el acuerdo de la Junta de Gobierno de 18 de septiembre de 2015, desestimatorio de la solicitud de desistimiento del contrato presentada por el adjudicatario inicial, en su apartado VII se afirma que el contrato tiene naturaleza privada, si bien él había alegado que se trataba de un contrato de concesión de obra.

4. En la sentencia número 193, de 25 de mayo de 2018, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, se recoge la alegación del adjudicatario hecha en el recurso de apelación que resolvía, de *"Que la verdadera naturaleza del contrato no es de "derecho real de superficie", sino de gestión indirecta de un servicio público de guardería y educación pre-infantil a niños de 0 a 3 años de edad"*.

II. En la búsqueda de la solución a la cuestión planteada debemos atender al principio clásico en nuestro Ordenamiento según el cual la naturaleza de los contratos se determina por su contenido, no por la denominación que le otorguen las partes. En cualquier caso, esa solución ha de venir del estudio de la normativa en materia de

contratación vigente en el momento de la adjudicación del contrato, constituida por el TRLCAP y su normativa de desarrollo.

El juicio que merece tal cuestión exige la formulación de las siguientes consideraciones:

1. No sería necesario, por evidente, hacer esta observación pero, para mayor claridad expositiva es conveniente indicar que, a la vista del objeto y finalidad del Contrato definidos en la cláusula 1 del Pliego, no estamos en presencia de uno de los contratos administrativos típicos regulados en el TRLCAP. No se trata de un contrato de obra, suministros, gestión de servicios públicos, consultoría y asistencia, o servicios. Y dado que en algún documento del expediente se pretende equipararlo con el contrato de concesión de obra pública, como decimos, no lo es. Se separa de él en diferentes rasgos, entre ellos, por ejemplo, en cuanto a su duración máxima, o el régimen del restablecimiento del equilibrio económico de la concesión.

2. El objeto del contrato según la cláusula 1.1 del Pliego es *"[...] la adjudicación, conforme a las condiciones que se especifican en el mismo y anexos que se adjunta, de un DERECHO DE SUPERFICIE en la parcela sita en Beniaján, Camino Los Márquez nº 14 [...]"*. El artículo 1.281 del Código civil, el primero de los que dedica a la interpretación de los contratos, dispone que *"Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas. Si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas"*. De acuerdo con él podría decirse que, atendiendo únicamente a la literalidad de la definición del objeto hecha en esta cláusula, con el Contrato se pretendería constituir un derecho de superficie.

Así pues, si el caso examinado es el de una entidad local que constituye un derecho de superficie sobre un inmueble de naturaleza patrimonial, el contrato a celebrar para su constitución sería un contrato de contenido patrimonial y, en consecuencia, un contrato privado según lo establecido en el artículo 5.3 TRLCAP.

3. Ahora bien, si nos fijamos, no en la literalidad de la definición del objeto, sino en el fin pretendido con la celebración del Contrato, la conclusión puede ser diferente. La cláusula 1.1. se refiere expresamente a que la adjudicación de ese derecho de superficie no es incondicionada sino que lo es *"[...] con la finalidad de que en la misma se construya y se gestione un Centro de Conciliación de vida laboral y familiar y ludoteca"*. Es decir, no se deja a la libre voluntad del titular el destino final del derecho de superficie, sino que se le impone la obligación de dar un destino específico al inmueble dentro de la categoría genérica de "otros usos de interés social", y lo hace con una intensidad tal que lo convierte en mero instrumento para alcanzar el fin último del Contrato.

Podría cuestionarse que, como la consecución de tal fin exige al superficiario la ejecución de unas prestaciones propias de varios y distintos contratos - de obra, de servicio y de gestión de servicios públicos - se trataría de un contrato mixto. Pero debe descartarse tal hipótesis porque el propio artículo 6 TRLCAP no permite la convivencia bajo la categoría de contratos mixtos de contratos privados y administrativos a la vez. Así se expresa diciendo *"Cuando un contrato administrativo contenga prestaciones correspondientes a otro u otros administrativos de distinta clase se atenderá, para su calificación y aplicación de las normas que lo regulen, al carácter de la prestación que tenga más importancia desde el punto de vista económico"*.

Se llega así a la conclusión de que si el fin perseguido con la celebración del Contrato permitiera afirmar su vinculación 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”, estaríamos en presencia de un contrato administrativo especial del artículo 5.2.b) TRLCAP.*

Es este un tema controvertido que ha merecido la atención en diversas ocasiones de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, ante consultas formuladas al amparo de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (LPACAP) como de la normativa que la sustituyó y de la actual Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP). En su informe número 37/10 calificó como contrato privado el de constitución de un derecho de superficie sobre un inmueble de titularidad municipal para construir un complejo social y deportivo vinculado a una instalación privada por no resultar subsumible en los criterios fijados en el artículo 5.2 b) LPACAP. En el informe número 43/2007 confirmó su criterio por las mismas razones del anterior. El más reciente contenido en su informe número 58/19, reafirma el criterio pero lo matiza a la luz del cambio operado en la regulación de los contratos excluidos del artículo 9.2 LCSP, concretamente en su inciso final. Ello, sin embargo, no parece que pueda entenderse como excluyente de modo absoluto de la posibilidad de existencia de la figura del contrato administrativo especial siempre que se den los requisitos exigidos por su artículo 25.1.b).

La comprobación de que existe esa directa vinculación al giro o tráfico específico de la Administración contratante, ante la inexistencia de ley que expresamente así lo declare, reclama el estudio de las competencias de la entidad local, para lo cual es preciso examinar las que al Ayuntamiento atribuye la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL). Entre las que incluye su artículo 25.2, se encuentra la relativa a “o) *Actuaciones en la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres así como contra la violencia de género*”. En ella se puede subsumir la construcción y gestión de un centro de conciliación de la vida laboral, en concordancia con lo establecido en la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. En la exposición de motivos de dicha ley se reconoce que “*La Ley introduce cambios legislativos en el ámbito laboral para que los trabajadores puedan participar de la vida familiar, dando un nuevo paso en el camino de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*”, iniciando una senda en la que destaca la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que en el párrafo segundo del número 1 de su artículo 31, “*Políticas urbanas, de ordenación territorial y vivienda*”, dispone que “[...] *las políticas urbanas y de ordenación del territorio tomarán en consideración las necesidades de los distintos grupos sociales y de los diversos tipos de estructuras familiares, y favorecerán el acceso en condiciones de igualdad a los distintos servicios e infraestructuras urbanas*”.

Desde esta perspectiva, en el caso dictaminado nos encontramos ante un contrato administrativo especial por satisfacer de manera directa o inmediata una necesidad pública de la específica competencia del Ayuntamiento. En apoyo de esta afirmación se puede citar la cláusula 18.2.h) que, al regular las causas de resolución del Contrato, se remite al artículo 8 TRLCAP, precisamente el que dedicaba dicho texto a los contratos administrativos especiales.

En un caso similar al analizado, la sentencia de 7 de marzo de 2000, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª), calificó como contrato administrativo especial la constitución de un derecho de superficie sobre un terreno municipal, por satisfacer una finalidad pública de específica competencia municipal, concretamente se trataba de la construcción de un complejo de edificios y locales de uso dotacional cultural dedicados a la enseñanza e investigación.

En un asunto relativo al Ayuntamiento de Totana, la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN), en el fundamento jurídico 7 de su resolución de 29 de enero de 2009 (BOE nº 47, de 24 de febrero de 2009) calificó como contrato administrativo especial el contrato con el que se constituía el derecho de superficie sobre un

terreno municipal, instrumentalizado a través de licitación pública y pliego de condiciones, cuyo incumplimiento había sido la causa de la resolución.

Finalmente hemos de señalar que esa fue la calificación que mereció para el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 7 de Murcia cuando dictó su auto de 21 de abril de 2017 y en el de 8 de junio siguiente por el que resolvía el recurso de reposición interpuesto contra el primero. No consta la interposición de recurso contra la sentencia que resolvió el litigio adquiriendo firmeza tal decisión, desplegando los efectos propios de la cosa juzgada (arts. 207 y 222 de la Ley 1/200, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil).

## **SEGUNDA.- Carácter del Dictamen.**

Una vez resuelta la cuestión previa se emite el dictamen con carácter preceptivo al tratarse de una propuesta de resolución de un contrato administrativo formulada por un Ayuntamiento de la Región de Murcia en la que consta la oposición del contratista.

Con la referida oposición del contratista concurre el supuesto establecido en el artículo 190.3, a) LCSP, precepto adjetivo aplicable al procedimiento que nos ocupa por estar vigente en la fecha de su iniciación (como ha señalado este Consejo Jurídico en anteriores y numerosos Dictámenes, vgr. el nº 150/2014, de 26 de mayo, o el nº 253/2018, de 1 de octubre). La preceptividad del Dictamen se deriva, asimismo, del artículo 12.7 de la Ley regional 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

## **TERCERA.- Procedimiento y Plazo.**

1. El plazo máximo para resolver y notificar el presente procedimiento es de tres meses dada la fecha de su inicio, posterior a la publicación de la Sentencia del Tribunal Constitucional número 68/2021, de 18 de marzo, publicada en el BOE de 23 de abril de 2021, como ya dijimos en nuestro Dictamen 245/2021. Tal plazo es de caducidad en caso de superarse cuando se pretenda acordar una medida gravosa para el contratista como es la pérdida de la garantía definitiva, y se debe computar desde el inicio del procedimiento, en nuestro caso, el 12 de agosto de 2022. De no haberse hecho uso de la posibilidad prevista en el artículo 22.1,d LPACAP dicho plazo habría concluido el 12 de noviembre pasado, pero, al acordarse tal suspensión (que debe considerarse efectiva desde que el órgano solicitante registra de salida su solicitud de Dictamen, como hemos expresado en otros Dictámenes), a la fecha de recepción del Dictamen, deben añadirse los 8 días naturales (al computarse los tres meses de fecha a fecha) que restaban, salvo que antes de dicha recepción transcurrieran más de tres meses desde la solicitud, en cuyo caso el plazo máximo de resolución se reanuda transcurridos dichos tres meses. Así pues, el procedimiento no está caducado.

2. En cuanto al procedimiento seguido se han observado esencialmente los trámites exigidos.

## **CUARTA.- Régimen jurídico aplicable al Contrato.**

El Contrato, según la regulación prevista en las cláusulas 2 y 22 del Pliego se ha de regir por lo previsto en él y, en lo no previsto se sujeta a una triple normativa: 1) La establecida por el TRLS y en la LSMU en cuanto al derecho de superficie propiamente dicho; 2) La del TRLCAP por lo que se refiere al procedimiento de contratación, y 3) La Ley 33/2003, de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP) y el Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, en cuanto les resultasen de aplicación.

La mera contemplación de las fuentes aplicables ya da una idea de la complejidad del expediente y del contrato resultante así como del tratamiento jurídico que haya de darse a las cuestiones que puedan suscitarse durante su ejecución. Haciendo una síntesis del mismo, podemos afirmar que:

1º. Se trata de un contrato celebrado inicialmente entre el Ayuntamiento y una sociedad cooperativa por el que se constituye en 2007 un derecho de superficie sobre una parcela municipal para la construcción de un centro de conciliación de la vida familiar y laboral, que necesitó de financiación externa obtenida mediante dos préstamos hipotecarios, cuya concertación fue autorizada por sendos acuerdos municipales en 2008 y 2010 respectivamente.

2º. Las dificultades económicas que experimentó la adjudicataria inicial le llevaron en 2014 a proponer el desistimiento del Contrato, a lo que se negó el Ayuntamiento en 2015, decisión cuya conformidad a derecho fue declarada en 2017 por el Juzgado de lo contencioso administrativo nº 7 de Murcia, ratificada en 2019 por el TSJ de Murcia.

3º Al resultar impagados los préstamos hipotecarios, la entidad financiera ejecutó en 2016 las garantías, saliendo la finca a subasta, en la que no existieron postores, solicitando la entidad y obteniendo del Juzgado en mayo de 2021 la autorización de la cesión del derecho de remate a la Empresa, a la que fue finalmente adjudicada la finca y canceladas las cargas que sobre ella pesaban.

4º. En septiembre de 2021 la Empresa solicita la conclusión del procedimiento de ejecución hipotecaria mediante el otorgamiento de la posesión judicial. Acordada la misma por el Juzgado en noviembre de 2021 se ordena su práctica con el lanzamiento, en su caso, de los ocupantes.

5º. Debe tenerse en cuenta que, en paralelo a estas actuaciones, la nueva adjudicataria, la Empresa, había accedido a la petición del Ayuntamiento de acreditar documentalmente su capacidad para subrogarse en los contratos de arrendamiento de espacios que había suscrito el propio Ayuntamiento con la sociedad cooperativa, adjudicataria inicial, para albergar a la Escuela Municipal de la que aquel era titular.

6º. Ante la diligencia del Juzgado ordenando la entrega de la posesión y el posible lanzamiento, el Servicio del Ayuntamiento del que dependía la Escuela solicita que se requiera a la Empresa el cumplimiento de su obligación de destinar el edificio construido en la parcela municipal al uso previsto al constituir el derecho de superficie.

7º. En enero de 2022 se exige a la Empresa que demuestre su capacidad y solvencia en los términos previstos en el Pliego del Contrato del que resultó parte por la cesión del remate de la ejecución hipotecaria.

8º. No cumplimentado el requerimiento, en agosto de 2022 se acordó el inicio del presente procedimiento para resolución del Contrato por la falta de capacidad de la empresa, a la luz de su objeto, según lo consignado en sus estatutos sociales.

#### **QUINTA.- Sobre el derecho de superficie.**

Es este un derecho de naturaleza civil, aunque las escasas normas que lo disciplinan estén contenidas en preceptos urbanísticos, de naturaleza administrativa, según vino a reconocer la STC 61/1997, de 20 de marzo (BOE nº 99, de 25 de abril de 1997), que declaró constitucionales los artículos del TRLS que lo regulaban. El derecho real de superficie atribuye al superficiario la facultad de realizar construcciones o edificaciones en la rasante y en el vuelo y el subsuelo de una finca ajena, manteniendo la propiedad temporal de las construcciones o edificaciones realizadas. Es decir, en el caso examinado, al terminar el plazo por el que se constituyó (75 años) el edificio pasará a ser propiedad municipal, integrándose en su patrimonio y teniendo carácter demanial si queda destinado a la prestación de un servicio público. Evidentemente, esa previsión condiciona el tratamiento de tal derecho, empezando por su forma de constitución, que según el TRLS sería cualquiera de las previstas para el patrimonio municipal de suelo, entre ellas el concurso y la subasta. El Ayuntamiento optó por el concurso, y para ello se atuvo a la normativa de contratación, aprobando un Pliego en el que detallaba los derechos y obligaciones de ambas partes.

Al tiempo de celebración del Contrato, la regulación del derecho de superficie estaba constituida por los escasos preceptos referidos al mismo y contenidos en el TRLS. Así, su artículo 287.1 establecía que las Entidades locales podían constituir el derecho de superficie en terrenos de su propiedad o integrantes del patrimonio municipal del suelo, con destino a la construcción de viviendas sujetas a un régimen de protección pública o a otros usos de interés social, cuyo derecho corresponderá al superficiario. El artículo 288.3 disponía que, cuando el derecho de superficie se constituyere a título oneroso, la contraprestación del superficiario podría consistir en el pago de una suma alzada por la concesión de un canon periódico o en la adjudicación de viviendas o locales o derechos de arrendamiento de unas y otros, o en varias de estas modalidades a la vez, sin perjuicio de la reversión total de lo edificado al finalizar el plazo que se hubiere pactado. Por último, el artículo 289 señalaba que el derecho de superficie se extinguirá si no se edifica en el plazo previsto y que el plazo de duración del derecho de superficie no podrá exceder de setenta y cinco años en el caso de que fuera concedido por los Ayuntamientos.

Lo anterior se completa con la normativa autonómica vigente en el momento de constitución del derecho superficie, en concreto, la prevista en el artículo 201 de la Ley 1/2001, de 24 de abril, del Suelo de la Región de Murcia (LSMU). Nada dispone que la separe de lo establecido por la ley estatal a la que expresamente se remite, complementándola con una previsión sobre el procedimiento de su constitución, el propio de los patrimonios públicos de suelo, y afirmando que tal derecho gozará de los beneficios derivados de la normativa de viviendas de naturaleza pública, siempre que cumpla con sus requisitos.

La inserción en el ámbito administrativo de las normas del derecho de superficie, siendo éste naturalmente civil y, por tanto, sujeto al principio de autonomía de la voluntad propio de la regulación del derecho de propiedad en este sector del ordenamiento, matiza su contenido.

#### **SEXTA.- Sobre las garantías hipotecarias constituidas y su ejecución.**

El derecho de superficie es susceptible de hipoteca según el número 5 del artículo 107 del Decreto de 8 de febrero de 1946, por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria (LH), y así se admitió por la cláusula 3.5 del Pliego según la cual *“El superficiario podrá hipotecar el derecho de superficie de conformidad con la legislación hipotecaria vigente. Se requerirá autorización previa y expresa por parte de la Administración”*.

Constan en el expediente dos acuerdos de la Junta de Gobierno Local, de 16 de enero de 2008 y 16 de junio de 2010, respectivamente, autorizando la constitución de sendas hipotecas del derecho de superficie como garantía de los préstamos solicitados y obtenidos por el adjudicatario inicial. El primero de ellos tenía un capital de 800.000 euros, a devolver en un plazo de 20 años, con un tipo de interés de 5,40%. El segundo, era de 150.000 euros, con un plazo de 180 meses y un tipo de interés del 5%. Pero en la autorización de este segundo préstamo se añadía un apartado según el cual, en caso de ejecutarse la hipoteca la entidad bancaria que otorgaba el préstamo o el tercer adquirente, en su caso *“[...] asumirán la concesión de obra pública, subrogándose en todos los derechos y obligaciones del concesionario respecto al contrato adjudicado debiendo reunir en su consecuencia los requisitos de capacidad y solvencia exigidos en la legislación vigente para contratar con la Administración Pública. En caso contrario este Ayuntamiento resolvería el contrato sin abonar indemnización alguna”*.

Los problemas de financiación de la sociedad cooperativa desde la formalización del Contrato en 2007, la llevaron a solicitar en 2015 la resolución anticipada del Contrato, a lo que se opuso el Ayuntamiento por acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 18 de septiembre de 2015, básicamente porque de acceder a ello suponía admitir el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas expresamente (construir y gestionar el centro durante 75 años). Tal decisión fue estimada por la Sentencia de 27 de octubre de 2017 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 7 de Murcia, confirmada por la de 25 de mayo de 2018 del TSJ de la Comunidad Autónoma de Murcia, al rechazar el recurso de apelación presentado por la adjudicataria inicial.

El desarrollo de la vida del Contrato terminó con el impago de los créditos hipotecarios y la petición de ejecución de las garantías por parte de la entidad bancaria, llevada a efecto con el procedimiento de ejecución hipotecaria número 108/2016, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia número 10 de Murcia. Tras salir a subasta en 2016, el 17 de junio de 2018 la Agencia estatal de Administración Tributaria comunicó al Juzgado su finalización sin que existieran postores. Declarada desierta, la entidad ejecutante solicitó la práctica de la cesión del remate, que se verificó el 10 de mayo de 2021, cediéndolo a la Empresa por 806.301,92 euros, equivalente al 50% del valor de tasación, según consta en el decreto del Letrado de la Administración de Justicia de 3 de junio de 2021 por el que se aprueba la adjudicación de la finca hipotecada a favor de la Empresa por tal cantidad, aplicándose 602.401,46 euros al capital pendiente, 12.619,10 a intereses remuneratorios, y 191.281,36 euros a intereses moratorios, no existiendo sobrante y no cubriéndose la totalidad de las cantidades reclamadas.

#### **SÉPTIMA.- Sobre la posibilidad de resolución del contrato.**

I. De entender que el Contrato tuviera la naturaleza privada, las incidencias surgidas durante su ejecución y resolución quedarían sometidas al Derecho privado y a la jurisdicción civil, según lo dispuesto en el artículo 9 TRLCAP. Pero, calificado como contrato administrativo especial, queda encuadrado dentro del género más amplio de contratos administrativos, a los que se aplican las facultades y prerrogativas del órgano de contratación reguladas en el artículo 59 TRLCAP que, en su número 1, disponía *“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”*.

Al analizar las posibles causas de resolución del Contrato, la propuesta de resolución formulada por el Servicio de Contratación, Suministros y Responsabilidad Patrimonial, alude a que la Empresa no reúne los requisitos de capacidad y solvencia para prestar el servicio objeto del derecho de superficie, causa que también aprecia el Servicio Jurídico, si bien este último disiente del primero en cuanto a la vía a seguir estimando que es la civil y no la contenciosa. Dando por resuelta esa controversia en favor de la solución propuesta por el Servicio de Contratación, en atención a lo razonado en las anteriores Consideraciones, procede ahora examinar si la causa alegada puede fundar la resolución del Contrato.

II. Las causas de resolución, de aplicación a todos los contratos administrativos, se regulaban en el artículo 111 TRLCAP y en los preceptos que específicamente las establecían para cada una de sus modalidades. En el caso de los contratos administrativos especiales era de aplicación el artículo 8.3 del mismo texto legal.

En este último se reconocen como causas específicas las siguientes:

a) La suspensión, por causa imputable a la Administración, de la iniciación del contrato por plazo superior a seis meses a partir de la fecha señalada en el mismo para su comienzo, salvo que en el pliego se señale otro menor.

b) El desistimiento o la suspensión del contrato por plazo superior a un año acordada por la Administración, salvo que en el pliego se señale otro menor.

c) Las modificaciones del contrato, aunque fueran sucesivas, que impliquen, aislada o conjuntamente, alteraciones del precio del contrato en cuantía superior, en más o en menos, al 20 por 100 del precio primitivo del contrato, Impuesto sobre el Valor Añadido excluido, o representen una alteración sustancial del mismo.

Ninguna de ellas coincide con la invocada por la Administración, lo que obliga a examinar las de general aplicación que contempla el artículo 111 TRLCAP, entre las que no se encuentra la alegada. No concurre la contemplada en su letra a) puesto que la incapacidad sobrevenida se predica del contratista individual, lo que no es el caso. Tampoco la pretendida es subsumible en el resto de causas comprendidas en dicho artículo. Ahora bien, respecto de la comprendida en su letra h), "Aquellas que se establezcan expresamente en el contrato", podemos confirmar su concurrencia. La escritura pública otorgada el 31 de enero de 2007, con la que se constituyó el derecho de superficie, se remite al Pliego para la determinación de las obligaciones de las partes, siendo en él en el que encontramos distintas referencias a las causas de resolución. Unas contenidas en algunas de sus cláusulas (es el caso de la cláusula 3.2, que configura como tal la modificación del objeto del contrato; en la 3.3 se califica así la transmisión del derecho sin garantizar la finalidad para la que se constituye; en la 14.5, la no constitución de la garantía definitiva en el plazo señalado; y la 17.1, la existencia de incumplimientos) y una, la cláusula 18, específicamente titulada "Causas de resolución del contrato", en donde se añaden otras entre las que no se encuentra la causa alegada en la propuesta de resolución.

No obstante, debe advertirse que, concurriendo realmente la incapacidad de la empresa, ello no significa que este hecho no provoque ningún efecto jurídico, pues, de ser así, el acto incurriría en una causa de nulidad, por aplicación del artículo 62, b) TRLCAP. Pero lo cierto es que la causa invocada por la Administración no puede ser tenida como causa de resolución del contrato.

III. Por lo anterior, deviene imprescindible examinar la concurrencia o no de la incapacidad o falta de solvencia

económica, financiera o técnica mediante el estudio de la exigida para la celebración del Contrato. En el Pliego se concretan los requisitos de capacidad en su cláusula 6.1. A su tenor: *“Podrán tomar parte en esta contratación las personas naturales o jurídicas que se encuentren en plena posesión de su capacidad jurídica y de obrar y no estén comprendidas en ninguno de los casos de incapacidad o incompatibilidad que determina el art. del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, de 16 de junio de 2000”*. Los de solvencia se regulan en la cláusula 7.1, según la cual, *“Los licitadores deberán acreditar su solvencia técnica, económica y financiera a través de los medios indicados en los arts. 16 y 19 del TRLCAP, y acreditar que su objeto está relacionado directamente con el de la contratación”*. De ello se pueden extraer las siguientes conclusiones:

1º. No se incluyeron en el Pliego unos requisitos específicos a cumplir por los licitadores, ya que se hace una remisión a los genéricamente exigidos para contratar con la Administración. Por tal motivo, bastaría con la acreditación de tales extremos generales, en la forma también prevista en el texto legal para entender cumplidos tales requisitos. A tal fin, el 25 de enero de 2022 se dirigió un escrito a la Empresa para que presentara la documentación exigida al adjudicatario inicial en aplicación de la cláusula 9 del Pliego. La no cumplimentación del requerimiento dio origen a la adopción del acuerdo de la Junta de Gobierno Municipal, de 12 de agosto siguiente, por el que se acordó el inicio del procedimiento de resolución del contrato. Notificado a la Empresa, el día 26 del mismo mes presentó un escrito de alegaciones negando haber recibido tal notificación, y afirmando que parte de la documentación ya había sido presentada en el Ayuntamiento para la subrogación en el contrato de arrendamiento de determinados espacios del inmueble con destino a la Escuela infantil de Beniaján, una vez vencido el 21 de junio de 2021 el contrato celebrado con el primer adjudicatario para albergar dicha escuela, y en el nuevo que se había suscrito el 1 de julio del mismo año. Su continuidad por razones de interés público había sido demandada por el Servicio de Escuelas Infantiles del Ayuntamiento, tal como acredita el escrito de 3 de agosto de 2022 del Jefe de dicho Servicio. No obstante, al escrito de alegaciones adjuntó diversa documentación.

En el informe del Servicio de Contratación, Patrimonio y Responsabilidad Patrimonial de 17 de octubre de 2022, se analizan las alegaciones y se indica que *“En cuanto a la alegación referida a la constancia en el Servicio de Patrimonio de documentación de la requerida, la misma se ha incorporado a este expediente”*. Si, como podemos deducir de la conducta seguida por el Ayuntamiento, fue considerada suficientemente acreditada la capacidad y solvencia de la Empresa para formalizar la subrogación en los dos contratos de arrendamiento antes citados, de lo expresado en el informe se puede concluir que también se debería admitir entonces para el Contrato, excepto por el hecho de que se insiste en que examinada la misma *“[...] el objeto social de CIMENTADOS3, S.A.U., no se corresponde con el objeto del contrato, detallado en la cláusula 1.2 del Pliego (“satisfacer las demandas sociales existentes de que se establezcan centros que presten atención integral al colectivo de niños de 0 a 3 años y complementar la oferta existente. El Centro prestará necesariamente atención integral a niños de la edad indicada anteriormente...”)*”. Es decir, la cuestión queda centrada en que es este, el objeto social de la Empresa, el que no se entiende adecuado, quedando el Contrato fuera de su posible ámbito de actividad.

2º. La identificación del objeto del contrato es, por tanto, elemento esencial para concluir sobre la capacidad o no de la Empresa. En este punto se observa que la identificación del objeto del contrato se hace por referencia a la cláusula 1.2 del Pliego, siendo ésta una cuestión ya examinada en la Consideración Primera, apartados I y II del presente Dictamen. Pero llama la atención que, realmente, en ese número 2 de la cláusula 1, no se define el objeto del contrato, sino que se inserta la justificación del uso que se pretende dar a la parcela, y ello porque, a tenor del artículo 281 TRLS, la constitución de un derecho de superficie sobre ella sólo se admitía para destinarla a la construcción de viviendas sujetas a un régimen de protección pública o a otros usos de interés social, dentro de los cuales el Pliego afirma incluida la construcción y posterior explotación de un centro de conciliación de la vida laboral y familiar. De este modo, la alusión que la cláusula 1.2 hace a que el objetivo es satisfacer demandas sociales existentes, ha de predicarse del fin al que destinar la parcela, a cuya meta se promovía la celebración de un contrato que, ese sí, tendría por objeto la construcción y gestión del referido centro.

3º. Los Estatutos de la Empresa, en su artículo 2, distinguen entre una actividad principal, la de promoción

inmobiliaria, y unas actividades secundarias que enumera. En su letra d) reconoce como tal *“La adquisición y promoción de bienes inmuebles de naturaleza urbana para su arrendamiento y la tenencia de participaciones en el capital social de otras entidades que contemplen esa actividad como objeto social principal, siempre con cumplimiento de la normativa específica que pueda regular estas actuaciones, así como la gestión de negocios procedentes de adjudicaciones inmobiliarias”*. El inciso final *“la gestión de negocios procedentes de adjudicaciones inmobiliarias”* permite admitir como objeto de la sociedad cualquier actividad que se viniera desarrollando en un inmueble adquirido por ella. Esta declaración, sin embargo, se limita a continuación al señalar que *“Quedan excluidas del objeto social todas aquellas actividades para cuyo ejercicio la ley exija requisitos especiales que no queden cumplidos por esta sociedad, y en particular las actividades propias de las sociedades financieras y del mercado de valores”*. No es este el caso de la libre creación y gestión de centros educativos – actividad a desarrollar en el inmueble – a la vista de lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del derecho a la educación (LOE) y su normativa de desarrollo. Pero, es más, en el párrafo último del artículo 2 de los estatutos sociales se dice que *“Si las disposiciones legales exigiesen para el ejercicio de algunas actividades comprendidas en el objeto social algún título profesional, o autorización administrativa, o inscripción en registros públicos, dichas actividades deberán realizarse por medio de persona que ostente dicha titulación profesional y, en su caso, no podrán iniciarse antes de que se hayan cumplido los requisitos administrativos exigidos”*. Es decir, disponiendo de tales recursos, de la autorización administrativa pertinente, o de la inscripción en el registro público exigida, la Empresa podría continuar el ejercicio de la actividad a ejercer en el inmueble adquirido. El régimen de apertura de un centro como el pretendido es el comprendido en la Resolución de 16 de junio de 2010, de la Dirección General del Centros de la Consejería de Educación, Formación y Empleo (BORM de 10 de julio de 2010), por la que se dictan instrucciones sobre la aplicación a los centros de primer ciclo de educación infantil, del contenido del artículo 5.2 del Real Decreto 132/2010, de 12 de febrero. Ajustando su proceder a la misma nada le impediría ejercer la actividad.

4º. Mediante decreto de 3 de junio de 2021, del Juzgado de Primera Instancia número 10 de Murcia, se había adjudicado a la Empresa la finca hipotecaria número 14.108 del registro de la propiedad y dispuesto la cancelación de las cargas hipotecarias posteriores que pesasen sobre ella, lo que convirtió a la Empresa en propietaria de la misma. Sobre esta afirmación conviene detenerse a la vista de la respuesta negativa dada por el Ayuntamiento a la petición de la Empresa de que se pospusiera el inicio del expediente de “subrogación en la concesión” a la toma de posesión judicial de la finca una vez fuera atendida su petición formulada ante el Juzgado (Antecedente Segundo, 3º, y Antecedente Quinto).

Ha sido discutido doctrinal y jurisprudencialmente durante largo tiempo cuál es el momento en el que debe entenderse producida la transmisión de la propiedad en el caso de adquisición por subasta judicial, a la vista de que el artículo 609 del Código civil exige la concurrencia del título y el modo para que los negocios jurídicos se entiendan perfeccionados y consumados. Es decir, además del otorgamiento del título, ha de producirse la entrega de la cosa, la *traditio*. En el caso de compraventa, el artículo 1.462 del código civil considera producida la misma con el otorgamiento de la escritura pública. Sin embargo, cuando no se trataba de una compraventa, sino de la transmisión por subasta judicial, sí se ponía en duda el momento de su consumación. Se ha impuesto hoy el criterio de que, en los casos de subasta judicial, el decreto de aprobación del remate emitido por el Letrado de la Administración de Justicia se considera el título, siendo ese el momento de perfección del negocio jurídico, mientras que el testimonio de dicho decreto de adjudicación (art. 673 Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, LEC) equivaldría al otorgamiento de la escritura pública y, por tanto, sería considerado como la entrega o *traditio* del inmueble, momento en que se entiende consumada la transmisión. Así fue resuelta la cuestión por la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 414/2015 de 14 julio (RJ 2015\3002) de 14 de julio de 2015 según la cual *“En nuestro sistema se hacía coincidir la consumación de la venta de bienes inmuebles en subasta con el otorgamiento de la escritura pública, porque el otorgamiento de dicha escritura equivale a la entrega de la cosa, en virtud de la transmisión instrumental a que se refiere el artículo 1.462 del Código Civil (sentencia, entre otras, de 10 de diciembre de 1991), pero una vez sustituida la necesidad de otorgar la escritura pública por el auto de adjudicación, y ahora por el testimonio del secretario judicial del decreto de adjudicación, que comprende la resolución por la que se aprueba el remate y se expresa que se ha consignado el precio (artículo 674 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según redacción dada por Ley 13/2009, de 3 de noviembre), este será el momento en que debe entenderse producida la transmisión del bien de acuerdo con lo dispuesto en la legislación civil”*.

De lo dicho se deduce que tuvo razón el Ayuntamiento al no acceder a la petición de la Empresa pues era titular del derecho sobre la finca desde el momento de la adjudicación a su favor y tras la posterior emisión del testimonio dirigido al registro de la propiedad, aun cuando no se hubiera otorgado todavía la posesión judicial, circunstancia que podría condicionar de hecho el desarrollo de la actividad que se viniera desempeñando en el edificio, y que merece una consideración específica.

5º. La solicitud de entrega de la posesión judicial y el lanzamiento de los ocupantes fue conocida por el Ayuntamiento. Así lo demuestra la Comunicación interior de 6 de octubre de 2021 dirigida desde el Servicio Jurídico al Servicio de Escuelas Infantiles e, igualmente, el texto de la comunicación interior de 19 de octubre de 2021 que también dirigió al de Contratación, Suministros y Responsabilidad Patrimonial. Con ambas se daba cuenta de tales peticiones y se remitía copia del decreto de adjudicación de 3 de junio de 2021.

Ante esa situación, el Servicio de Escuelas Infantiles, mediante su comunicación interior número 75/2021, de 24 de noviembre de 2021, solicitó la práctica de un requerimiento urgente a la Empresa sobre la obligación de seguir prestando el servicio para el que se hizo la cesión del terreno. Con ella acompañaba *"[...] las dos diligencias, una de 29 de septiembre de 2021 y otra de 12 de noviembre de 2021, sobre entrega de la posesión"*. En ésta última se acordaba expresamente *"[...] la entrega de la posesión y, en su caso, lanzamiento del inmueble adjudicado (Finca nº 14.108 del Registro de la Propiedad nº 7 de Murcia) sito, según manifiesta la parte adjudicataria en c/COLUMBARES Nº 18 PL, o ESQUINA CARRIL MARQUE, C/ TABARCA Y ROSA DE LIMA CP 30570 EL BOJAL (MURCIA)*. Igualmente se ordenaba el libramiento del correspondiente mandamiento para que por la comisión judicial se llevase a efecto la diligencia, quedando ella encargada de la fijación de día y hora para su práctica, pudiendo solicitar el auxilio de la fuerza pública si se produjera alguna circunstancia que la impidiera.

El requerimiento pedido por el Servicio de Escuelas Infantiles se evacuó el 19 de enero de 2022, notificándose a la Empresa el siguiente día 25. Partiendo de que, al ser la nueva titular de la finca gravada, se subrogaba en los derechos y obligaciones del anterior adjudicatario, se requería la remisión de documentación para la tramitación que procediera *"[...] para garantizar la finalidad pública por la que se constituyó el referido derecho [...]"*.

Al no constar en el expediente de contratación número 517/2006 contestación de la Empresa, se entendió incumplido el requerimiento, originando la propuesta de inicio del presente procedimiento de resolución aceptada por la Junta de Gobierno Local el día 12 de agosto de 2022. Sin embargo, como vemos en el apartado III.1º de esta Consideración, el Ayuntamiento lo ha entendido cumplido por la presentación en otros expedientes (según identifica la Empresa en su escrito de alegaciones, expedientes de patrimonio número 2022/062/000039 y 354) tramitados para la subrogación en los contratos de arrendamiento de determinados espacios para la ubicación de la Escuela Infantil Municipal de Benijárn, iniciados a raíz de la petición de 3 de agosto de 2022 de la Jefa de Servicio de Escuelas Infantiles, que estimaba de interés público seguir con dicho arrendamiento ante las graves deficiencias en suelo y falso techo apreciadas en el pabellón que la albergaba hasta septiembre de 2019.

Ha sido en el expediente de contratación número 517/2006 en el que la Empresa ha formulado sus alegaciones, de 26 de agosto de 2022 incluyendo la relativa a que no se había completado el procedimiento judicial, pues en esa fecha no tenía la posesión del inmueble. Sin embargo, la diligencia del Juzgado de 12 de noviembre de 2021 ya había acordado la entrega de la finca, sin que conste acreditada la no ejecución de su práctica. Ello, junto con que la Empresa mostró su actitud favorable a la prórroga de los contratos de arrendamiento suscritos con anterioridad, permite entenderla adquirida. De no ser así, no podría obligarse a dar al Ayuntamiento el uso o goce de los espacios en que consiste el contrato de arrendamiento (artículo 1.543 Código civil).

De los posibles usos a que podría destinarse la finca, el único acreditado por el momento en el expediente es el arrendamiento de los espacios al propio Ayuntamiento para la ubicación de la Escuela Infantil de Beniján. Este destino, el arrendamiento, es precisamente el que el artículo 2 de los estatutos sociales de la empresa contempla como objeto social en su letra d): *“La adquisición y promoción de bienes inmuebles de naturaleza urbana para su arrendamiento [...]”*.

Junto con ello, hasta el momento de la adjudicación del derecho de superficie a la Empresa no ha quedado acreditado el que debe ser el objeto directo del Contrato: la creación y gestión de un centro educativo nuevo, distinto al de la Escuela Infantil de Beniján, de titularidad municipal, arrendataria de los espacios, y cuya actividad debiera ser continuada por el nuevo adjudicatario, debiendo contar con todas las autorizaciones precisas. Entendido de este modo, si la Empresa no pudiera continuarla estaría incurriendo en un incumplimiento de las obligaciones contractuales que sí podrían fundamentar la resolución. Pero, como decimos, no es el caso sometido a dictamen porque, a la vista de la documentación remitida, no se ha creado ese nuevo centro. Incluso en el caso de que este ya existiera, y la Empresa no pudiera gestionarlo directamente, podría evitar este efecto, puesto que los estatutos sociales la facultan, en el segundo párrafo de la letra d) de su artículo 2, a que *“Las actividades integrantes del objeto social podrán ser desarrolladas total o parcialmente, de forma indirecta, mediante la participación en otras sociedades con objeto idéntico o análogo”*, previsión que amplía el margen de actuación de la Empresa y, por consiguiente, su capacidad de obrar.

Como consecuencia de todo lo razonado en esta Consideración, se llega a la conclusión de que no es posible resolver el contrato por la causa invocada, al contar la Empresa con la capacidad exigida para la ejecución del Contrato, a la vista de la descripción de su objeto social contemplada en el artículo 2 de sus estatutos.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

## **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Se dictamina desfavorablemente la propuesta de resolución del contrato, por cuanto no concurre la causa invocada al contar la sociedad “Cimentados3, S.L.” con capacidad para su ejecución.

No obstante, V.E. resolverá.