

TEMA: GESTIÓN URBANÍSTICA

ENAJENACIÓN. PARCELA MUNICIPAL POR CONCURSO PÚBLICO.

Incautación fianza provisional. Procedencia ante la renuncia adjudicatario.

Inadmisibilidad recurso. Improcedencia. Obligación de urbanizar no es obligación municipal sino de la Junta de Compensación.

Retraso en urbanizar, escasa relevancia.

Prueba ejecución urbanización con celeridad.

Ampliación Principios del Derecho europeo de contratos. Incumplimiento no esencial. Simultaneidad de obras de urbanización con edificación.

Fallo: Desestimación. Favorable al Ayuntamiento.

Ilmo. Sr.

MAGISTRADO-JUEZ

D. Luis Carlos Martin Osante

En ZARAGOZA, a dos de Septiembre de 2011.

Vistos por el Ilmo. Sr. D. Luis Carlos Martin Osante, Magistrado-Juez de lo Contencioso-Administrativo nº 003 de ZARAGOZA, los presentes autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000307/2010 instados por E.SOCIEDAD COOPERATIVA, representado y defendido por DÑA E. y D. A. respectivamente y siendo demandado AYUNTAMIENTO DE ZARAGOZA representado por DÑA S. asistida por el letrado D. C.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 23/7/2010 se presentó en el Decanato de los Juzgados de esta ciudad, escrito de interposición de PROCEDIMIENTO ORDINARIO en el que se formuló recurso contencioso-administrativo por la representación procesal y defensa de E.,S.COOP., frente a la siguiente actuación administrativa:

-La resolución dictada por el “Gobierno de Zaragoza” del Ayuntamiento de Zaragoza de fecha 11/02/2010, por la que se acuerda:

PRIMERO.- Aceptar la renuncia formulada por la Entidad Mercantil “E.,S.Coop.” A la adjudicación de la Parcela C-53 de las resultantes del Texto Refundido del Proyecto de Reparcelación del Sector 89/3 (Arcosur), procediendo a la resolución del contrato suscrito con esta Corporación, en virtud del cual resultaba adjudicataria de la parcela de referencia, de conformidad con lo dispuesto en la Cláusula Undécima y Decimocuarta del Pliego de Cláusulas Económico-Administrativas que rigieron la enajenación, mediante concurso público, de las parcelas municipales C-53, C-60 y C-61 de las resultantes del Texto refundido del Proyecto de Reparcelación del Sector 89/3 (Arcosur).

SEGUNDO.- Incautar a la mercantil “E.,S.Coop.” la garantía provisional equivalente al 2 % del tipo de licitación previsto en el Pliego de Cláusulas Económico-Administrativas que rigieron la enajenación, mediante concurso público, de la parcela de referencia, y cuyo importe ascendía a un total de NOVENTA Y SIETE MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y CINCO EUROS CON DIECIOCHO CÉNTIMOS (97.245,18 €); expediente administrativo nº 1.365.510/09.

-Después confirmada por la otra resolución dictada por el mismo órgano de fecha 6/5/2010, por la que se desestima el correspondiente recurso de reposición.

SEGUNDO.- Mediante decreto se tuvo por interpuesto dicho recurso y se reclamó el expediente administrativo a la Administración.

Una vez recibido el expediente administrativo, se dio traslado a la parte recurrente, para la interposición de la demanda. A continuación se dio traslado a la Administración para que formulase contestación a la demanda.

TERCERO.- Mediante auto se fijó la cuantía del presente procedimiento en 97.245,18 € y se recibió el proceso a prueba.

Con posterioridad se practicaron las pruebas admitidas a las partes con el resultado que obra en autos. Una vez formuladas las conclusiones, quedó el juicio visto para sentencia.

CUARTO.- En la tramitación de este juicio se han observado las prescripciones legales, salvo el plazo para dictar sentencia, debido a la complejidad del asunto y a la carga de trabajo que pesa sobre este Juzgador.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Planteamiento del recurso contencioso administrativo.- El presente proceso tiene por objeto el recurso contencioso-administrativo formulado por E.,S.COOP., frente a la resolución dictada por el “Gobierno de Zaragoza” de fecha 11/2/2010, por la que se acuerda:

PRIMERO.- Aceptar la renuncia formulada por la Entidad Mercantil “E.,S.Coop.” a la adjudicación de la Parcela C-53 de las resultantes del Texto Refundido del Proyecto de Reparcelación del Sector 89/3 (Arcosur), procediendo a la resolución del contrato suscrito con esta Corporación, en virtud del cual resultaba adjudicataria de la parcela de referencia, de conformidad con lo dispuesto en la Cláusula Undécima y Decimocuarta del Pliego de Cláusulas Económico-Administrativas que rigieron la enajenación, mediante concurso público, de las parcelas municipales C-53, C-60 y C-61 de las resultantes del Texto refundido del Proyecto de Reparcelación del Sector 89/3 (Arcosur).

SEGUNDO.- Incautar a la mercantil “E.,S.Coop.” la garantía provisional equivalente al 2% del tipo de licitación previsto en el Pliego de Cláusulas Económico-Administrativas que rigieron la enajenación, mediante concurso público, de la parcela de referencia, y cuyo importe ascendía a un total de NOVENTA Y SIETE MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y CINCO EUROS CON DIECIOCHO CÉNTIMOS (97.245,18 €); expediente administrativo nº 1.365.510/09.

Después confirmada por la otra resolución dictada por el mismo órgano de fecha 6/5/2010, por la que se desestima el correspondiente recurso de reposición.

En el suplico de la demanda se insta por la parte recurrente que se dicte sentencia por la que se estime la demanda y se acuerde devolver a la parte recurrente la garantía provisional y a indemnizarle con los gastos e intereses generados por dicha garantía desde el 11 de febrero de 2010.

SEGUNDO.- La alegación de la causa de inadmisibilidad del art. 45.2.d) LJCA.- Por la Administración demandada se alegó en la contestación a la demanda como causa de inadmisibilidad la falta derivada del art. 45.2.d) de la LJCA, que dispone que es preciso acompañar al escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo el documento o documentos que acrediten el cumplimiento de los requisitos exigidos para entablar acciones las personas jurídicas.

La sentencia del Tribunal Supremo de 5/11/2008, del Pleno de la Sala de lo Contencioso, Nº de Recurso: 4755/2005, indica la exigencia de dicho requisito incluso en las Sociedades Mercantiles, aludiendo a la necesidad de que conste la “decisión de litigar”, de ejercitar la acción, que habrá de ser tomada -se indica en la referida sentencia- por el órgano de la persona jurídica a quien las normas reguladoras de ésta atribuyan tal facultad. Se tratará, en su caso, de la decisión del administrador social que esté facultado para otorgar tal autorización o adoptar tal decisión.

En el caso que nos ocupa, consta que por parte de la entidad recurrente se adoptó la decisión de formular el correspondiente recurso contencioso-administrativo, tal y como se desprende del poder para el presente proceso otorgado por el Presidente de la Cooperativa y la ratificación por la Asamblea General de E., S.COOP., de fecha 14/2/2001 (documento aportado en el periodo probatorio).

En fin, una interpretación excesivamente rigurosa del requisito del art. 45.2.d) LJCA, puede resultar contraria al derecho a la tutela judicial efectiva. Hay que recordar que en la jurisdicción civil este requisito no se exige.

En consecuencia, procede la desestimación de la causa de inadmisibilidad.

TERCERO.- Hechos relevantes para la decisión del caso.- Consta que E.,S.COOP., fue adjudicataria de una parcela en el sector ARCOSUR, bien patrimonial, parcela C-53, una de las del Proyecto de Reparcelación del Sector 89/3 (ARCOSUR), destinadas a la construcción de viviendas sometidas a algún régimen de protección pública. El precio de enajenación era de cinco millones doscientos cuarenta y dos mil doscientos cincuenta y nueve euros. (5.242.259.- euros), según resulta de incrementar el precio de licitación en el valor correspondiente a 76 plazas de aparcamiento no vinculadas que fueron ofertadas por el adjudicatario, a razón de un valor unitario de 5.000.- euros/plaza de garaje.

Llegado el momento de depositar la garantía definitiva y formalizar la escritura pública de compra-venta, con el pago del precio de la parcela, pese al requerimiento del Ayuntamiento de Zaragoza, por parte de E.,S.COOP., mediante escrito de fecha 1/12/2009 se formula la renuncia a la adjudicación de la parcela y solicita exención de cualquier indemnización de daños y perjuicios.

Por el Ayuntamiento se admitió la renuncia, pero, dado el incumplimiento de E.,S.COOP., se dispuso la incautación de la garantía provisional por importe de 97.245,18 euros que la entidad recurrente reclama en el presente proceso.

CUARTO.- La incautación de la garantía y la alegación de imputabilidad del incumplimiento al Ayuntamiento de Zaragoza.- Por la entidad recurrente se alega, en esencia, que su propio incumplimiento es imputable al Ayuntamiento de Zaragoza, por lo que no existe justificación para la incautación de la garantía provisional.

Debe indicarse que, a priori, resulta poco justificable imputar a la contraparte el propio incumplimiento. En realidad, consta que el Ayuntamiento cumplió con la obligación a la que se sometió en el proceso de adjudicación, que no era otra que la entrega de la parcela en cuestión. El Ayuntamiento de Zaragoza puso a disposición de E.,S.COOP., la parcela nº 53, por lo que cabe entender que cumplió con las obligaciones derivadas del contrato.

De lo reseñado se deduce que la entidad mercantil recurrente, E.,S.COOP., ni constituyó la garantía definitiva, ni abonó el precio de la parcela, previos a la firma del contrato, en el plazo en el que se comprometió, lo que es causa de resolución del contrato con incautación de la fianza, tal y como ha realizado la entidad local demandada, sin que se aprecie modificación sustancial de las condiciones de la contratación previstas en el correspondiente Pliego. El Ayuntamiento al incautar la cantidad reclamada se ha limitado a aplicar la cláusula Décima del Pliego de Cláusulas Económico-Administrativas, (obrante en el expediente administrativo al folio 17) que señala lo siguiente: *“el adjudicatario deberá abonar la totalidad del precio ofertado en el plazo de quince días hábiles contados a partir de la recepción de la notificación del acuerdo plenario de adjudicación. En caso de incumplimiento de dicha obligación, no se perfeccionará el contrato de compraventa, sin perjuicio de la retención de la fianza en concepto de resarcimiento de daños y perjuicios”*.

La referida cláusula sobre la garantía provisional constituye de esta forma una suerte de “cláusula penal”, que, entre otras cosas, sirve para la cuantificación de la indemnización de daños y perjuicios en caso de incumplimiento.

Cabe hacer notar que el requisito de previo cumplimiento del actor es consecuencia de la especial estructura del contrato bilateral, en el que cada una de las partes es, al propio tiempo, acreedora y deudora de la otra, permite el que una de ellas, sin haber cumplido previamente la obligación que le incumbe, exija el cumplimiento al otro contratante, o, alegando el incumplimiento de éste, pida la resolución del contrato. Para evitar estos abusos, cuando se demanda la ejecución o cumplimiento sin que el actor haya cumplido previamente la obligación que le incumbe, el deudor puede defenderse con la exceptio non adimpleti contractus, siendo un supuesto especial del ejercicio de la misma su oposición a la resolución por incumplimiento.

Pero a pesar de las alegaciones de la parte recurrente, no cabe entender que la actuación del Ayuntamiento de Zaragoza en relación con la parcela objeto del presente proceso, y con el proceso de urbanización del Sector ARCOSUR, pueda

considerarse elemento que justifique la renuncia por parte de E.,S.COOP.

Precisamente, la obligación de urbanizar no corresponde al Ayuntamiento de Zaragoza, sino a la Junta de Compensación, por lo que no cabe entender que la alegación de un retraso en las obras de urbanización pueda motivar que la garantía provisional quede al margen del incumplimiento de la E.,S.COOP.

Por otra parte, debe hacerse notar que el referido retraso es de escasa relevancia, sin que pueda considerarse que justifica el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la adjudicación, en la medida en que consta que a fecha 30/11/2009 se limitaba a un 3,68 %, cuando por parte de los cooperativistas ya existía la intención de renunciar a la consumación de la adquisición (asamblea de 23/11/2009).

En este sentido, es procedente recordar las consideraciones de la Junta de Compensación en fase de prueba:

"1. El 30 de noviembre de 2009 se ha ejecutado el 7,7 % de las obras de urbanización de la totalidad del interior del ámbito del Sector; y el 100 % de las obras exteriores al Sector; a la parcela C-53 no es posible asignar porcentaje.

2.- El 30 de noviembre de 2009 estaba ejecutado el 45 % de la Explanación, el 8,7 % de Estructuras, el 5,4 % de Saneamiento y Drenaje y el 17 % de Seguridad y Salud, quedando pendiente el resto.

3.- El 31 de enero de 2010 se ha ejecutado el 10,20 % de las obras de urbanización de la totalidad del interior del ámbito del Sector y el 100 % de las obras exteriores al Sector.

4.-El 31 de enero de 2010 estaba ejecutado el 50 % de Explanación, el 27,4 % de Estructuras, el 10 % de Saneamiento y Drenaje y el 21,4% de Seguridad y Salud, quedando pendiente el resto. El plazo previsto para la finalización de las obras era junio de 2013; sin embargo para la parcela C-53 era junio de 2012.

5.- El contrato de ejecución de obras abarca todas las partidas y unidades de obras que integran el Proyecto de Urbanización del Sector, incluyendo las conexiones con sistemas generales y los refuerzos de éstos. Antes de la firma del contrato, en julio de 2009, se habían hecho ya las conexiones exteriores para abastecimiento de agua, emisario de aguas pluviales y colector de aguas residuales en el exterior del ámbito estricto del Sector 89/3, que significa el 20 % de la totalidad de las obras de urbanización del sector."

También hay que tener en cuenta que las obras de urbanización comenzaron en fecha 22/6/2009, mucho antes de que por E.S.COOP., se renunciara la adjudicación.

En fin, consta que la parcela 53 se incluye en el subsector 1 de ARCOSUR, lo que significa que el proceso de urbanización se desarrolla en dicha parcela con mayor celeridad, tal y como se desprende de la prueba practicada.

Por otra parte, no cabe entender que el hecho de que por el Ayuntamiento de Zaragoza se concediera un mayor plazo para la adjudicación definitiva y pago del precio del inicialmente previsto supusiera un agravio para E,S.COOP., ya que de esta forma se facilita la obtención de los recursos económicos por parte de los cooperativistas.

La jurisprudencia civil considera que a la hora de dilucidar si es factible desligarse del contrato es necesario distinguir si el plazo establecido era esencial y, por tanto, el incumplimiento es definitivo, o si puede ser considerado como no esencial, en cuyo caso el simple retraso no perjudica la prestación pactada. A tal efecto es pertinente hacer referencia al art. 8:103 Principios del Derecho europeo de contratos (PECL), que contempla como supuestos de incumplimiento esencial, por una parte, el caso en que la estricta observancia de la obligación forme parte de la esencia del contrato; el caso de que el incumplimiento prive sustancialmente a la parte perjudicada de aquello que tenía derecho a esperar de acuerdo con el contrato, y el caso del incumplimiento intencional que de razones a la parte interesada para creer que no puede confiar en el cumplimiento.

En el caso que nos ocupa, nos hallamos ante un supuesto en el que lo acordado podía ser realizado cuando se formuló la renuncia por la Cooperativa, en buena medida porque en el contrato no se pactó ningún tipo de fecha en relación con las obras de urbanización, lo cual es lógico si se tiene en cuenta que se no trata de una función de competencia del Ayuntamiento de Zaragoza, sino de la Junta de

Compensación. Y siendo posible la prestación, resulta idónea para el cumplimiento de la obligación acordada y la satisfacción de los intereses del adjudicatario.

En cualquier caso, existen otros elementos que hacen irrelevante la alegación:

a) No aparece convenido el plazo como motivo casualizado del contrato; b) No reviste carácter esencial; y, c) no ha privado a la parte compradora de lo que podía esperar como consecuencia del contrato, puesto que, como ha quedado establecido, la parcela estaba a su disposición.

De otra parte, cabe señalar que nada impedía a E.S.COOP. la definitiva adquisición y pago de la parcela, con la finalidad de simultanear, en todo o en parte, las obras de urbanización con las obras de construcción de la edificación. Se trata de actividades que se pueden simultanear, y de hecho en el propio acta notarial aportada con la demanda según visita del día 24/9/2010, se refleja la existencia de actividades de edificación, dada la presencia de agujeros en el Sector y de diversas grúas-pluma.

Pese a que la parte recurrente ha solicitado una prueba muy abundante en relación con el proceso de urbanización, que ha sido facilitada sobre todo por quienes intervienen en el proceso urbanizador propio de un sistema de compensación, la propia Junta de Compensación y la UTE que ejecuta las obras.

El resultado de la misma no puede servir para la estimación de la demanda, si se tiene en cuenta que las obras no son competencia del Ayuntamiento, ni existe una previsión concreta al efecto en el pliego de condiciones, ni cabe entender que exista un retraso con una mínima relevancia. De otra parte, los plazos previstos en el Plan Parcial, o en el Proyecto de Urbanización no se constituyeron en elementos determinantes ni de la decisión de optar a la adjudicación, ni tampoco en elementos que permitieran desligarse a E.,S.COOP.

Como bien se indica en la contestación a la demanda del Ayuntamiento de Zaragoza, la edificación en la parcela objeto del presente proceso era posible, dependiendo ello, lógicamente, de los correspondientes proyectos y licencias, y del propio deseo de los cooperativistas, siendo sintomático de la falta de voluntad al respecto el dato de que tan sólo 10 de los muchos cooperativistas aportaran las cantidades requeridas. Resulta ilustrativa el acta de la asamblea general de 23/11/2009 (documento aportado con la demanda al nº 4), a la que tan sólo asisten 12 cooperativistas, en la que se adopta la decisión de renunciar a la efectiva compra y entre las circunstancias que se reflejando se alude en absoluto al retraso en las obras de urbanización, siendo esencial la referencia a que tan sólo 10 socios han depositado los 6.000 € para pago del IVA, y ser adjudicatario provisional.

Es obvio que en dicha situación ha incidido la crisis que afecta a la economía en general y al sector de la construcción en particular, pero las consecuencias del incumplimiento por E.,S.COOP., ya aparecen previstas en el pliego de cláusulas de la enajenación de la parcela, que constituye la "Ley del contrato", por lo que es lógico que haya de aplicado. Por ello, las condiciones del nuevo concurso (documento aportado con la demanda al nº 5) no son de aplicación en el caso que nos ocupa.

En resumen, dado el incumplimiento de la parte recurrente, la incautación de la garantía provisional constituye una consecuencia jurídica del mismo, por lo que se ajusta a las condiciones pactadas.

De esta forma, no se aprecia que la actuación de la Administración infrinja el ordenamiento jurídico y por ello, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 62 y 63 Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común "1. Son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder", no debe ser declarada nula, ni tampoco anulada.

En consecuencia, procede la desestimación del recurso contencioso-administrativo formulado por la parte recurrente.

QUINTO.- Costas y recurso.- No se aprecian motivos que justifiquen la imposición de costas procesales a ninguna de las partes, por no apreciarse temeridad o mala fe en sus respectivas posturas procesales (art. 139.1 LJCA).

Ello debe ser así a diferencia de lo que sucede en el recurso de apelación, en el que la regla general es que las costas corren a cargo del apelante.

De conformidad con lo dispuesto en la LJCA procede recurso de apelación ante Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de

Aragón.

FALLO

PRIMERO.- DESESTIMO el recurso Contencioso-administrativo interpuesto por E.,S.COOP., respecto de la actuación administrativa reseñada en el primer Antecedente de Hecho de esta sentencia.

SEGUNDO.- No procede imponer las costas procesales a ninguna de las partes.

Así por esta mi Sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.