

Herri - Kontuen Euskal Epaitegia

Tribunal Vasco de Cuentas Públicas

### **EIBARKO UDALA/AYUNTAMIENTO DE EIBAR**

Sr. D. Miguel de los Toyos Nazabal In Alkatea/Alcalde
Untzaga plaza, 1
20600 Eibar

EIBARKO
AYUNTAMIEN
ERREGISTRO OROKORI

TOYOS NAZABALIN.

EIBARKO UDALA
AYUNTAMIENTO DE EIBAR

ERREGISTRO OROKORRA / REGISTRO GENERAL

2013 SET: 17

SARRERA — 2221

GAIA:

Eibarko Udalaren Errebal Proiektuaren Fiskalizazio Txostena.

TEMA:

Informe de Fiscalización del Proyecto Errebal del Ayuntamiento de Eibar.

**ENTRADA** 

Jn.:

Herri-Kontuen Euskal Epaitegiaren otsailaren 5eko 1/1988 Legearen 9.5 artikuluak agintzen duena betez, Epaitegi honek Eibarko Udalaren Errebal Proiektuaren Fiskalizazio Txostena mamitu du, zure ezagutzarako eta dagozkion ondorioetarako igortzen dizudana. Sr.:

En virtud de lo establecido en el artículo 9.5 de la Ley 1/1988, de 5 de Febrero del Tribunal Vasco de Cuentas Públicas, este Tribunal ha realizado el Informe de Fiscalización del Proyecto Errebal del Ayuntamiento de Eibar, que le remito para su conocimiento y efectos oportunos.

Adeitasunez,

Atentamente,

Izp./Fdo.: José Ignacio Martínez Churiaque Lehendakaria Presidente

2013ko irailaren 16a

16 de septiembre de 2013

IRTEERA - SALIDA

201300392





# AURKIBIDEA/ÍNDICE

| 0. LABURDURAK                       | 5 |
|-------------------------------------|---|
| I. SARRERA                          | 7 |
| II. ADMINISTRAZIOKO JARDUERAK       | 7 |
| II.1. DESAFEKTAZIOA                 |   |
| III. AUZI PROZESUAK 1               | 4 |
| IV. ONDOKO BESTE JARDUERA BATZUK 1  | 5 |
| V. ONDORIOAK                        | 5 |
| ALEGAZIOAK 1                        | 9 |
| BOTO PARTIKULARRA4                  | 9 |
| 0. ABREVIATURAS 5                   | 9 |
| I. INTRODUCCIÓN 6                   | 1 |
| II. ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS     | 1 |
| II.1. DESAFECTACIÓN                 |   |
| III. CONTENCIOSOS 6                 | 8 |
| IV. OTRAS ACTUACIONES POSTERIORES 6 | 9 |
| V. CONCLUSIONES7                    | 0 |
| ALEGACIONES7                        | 3 |
| VOTO PARTICULAR                     |   |



# I. INTRODUCCIÓN

El TVCP, a petición de la Comisión de Economía, Hacienda y Presupuestos, ha incluido en su Plan de Trabajo la fiscalización del Proyecto Errebal del Ayuntamiento de Eibar.

El objetivo del trabajo es la fiscalización del cumplimiento de la legalidad aplicable a todas las actuaciones que el Ayuntamiento de Eibar ha llevado a cabo en relación con la parcela Errebal, que incluyen los acuerdos adoptados en materia urbanística, de contratación, presupuestaria y recaudatoria. Además, el trabajo comprende el análisis del efecto económico que dichas operaciones han tenido sobre la Liquidación Presupuestaria y la Cuenta General de los ejercicios 2007 a 2010. Asimismo, se informa sobre la situación a la fecha de realización de este Informe de los recursos interpuestos contra las actuaciones objeto de fiscalización y denuncias penales presentadas contra las personas físicas que participaron en dichas actuaciones. El alcance del trabajo no ha incluido la valoración de la parcela objeto de la transmisión.

### II. ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS

# II.1 DESAFECTACIÓN

El 8 de mayo de 2006, el Pleno del Ayuntamiento de Eibar aprobó inicialmente la incoación del expediente de desafectación del carácter de bien demanial de la parcela de Errebal de 3.526,25 m2, sobre la que se ubicaban determinados inmuebles (mercado de abastos y escuela de música), al objeto de posibilitar la transmisión del solar, con la obligación de construcción de un futuro centro comercial y entrega al Ayuntamiento, dentro de la superficie de dicho centro, de una zona acondicionada para mercado de abastos y una planta de aparcamiento público. Tras su sometimiento a exposición pública, en el BOG de 17 de mayo de 2006, durante el plazo de 1 mes y no habiéndose presentado alegaciones, resultó definitivamente aprobada. Dicha desafectación estaba condicionada a la entrada en vigor del PGOU, que fue aprobado definitivamente el 12 de diciembre de 2006. No obstante, el PGOU contempla en dicha parcela la reserva en el futuro complejo de una zona para la ubicación del mercado de abastos y una planta en el sótano para aparcamiento público.

La desafectación de dichos bienes se justificó en la necesidad de transformación del mercado de abastos existente, debido al desinterés detectado en los últimos años en esta actividad comercial. Tras varios estudios realizados, el Ayuntamiento consideró que la solución más apropiada para la regeneración de la actividad del mercado municipal consistía en la creación de un centro comercial en el que se integrase dicho mercado municipal, una superficie de alimentación en seco y una superficie destinada a la restauración e instalaciones de ocio, junto con un aparcamiento para residentes, otro rotatorio, además del necesario para la propia actividad comercial.



### II.2 ENAJENACIÓN DE LA PARCELA

Para el logro de los fines perseguidos el Ayuntamiento valoró las siguientes posibles figuras de negocio jurídico:

- 1. Transmisión de la parcela en concesión para la edificación del nuevo complejo bajo la figura de concesión de obra pública y asunción del concesionario del servicio de abastos.
- 2 Transmisión al concesionario de parte de la propiedad del complejo.
- 3 Venta de la parcela como operación patrimonial obligando al adjudicatario a la entrega de una zona acondicionada para la instalación del mercado de abastos y el parking público.

Tras su análisis, el Ayuntamiento optó por la última, justificando la elección por la incertidumbre de poder garantizar la gestión del servicio de abastos durante una concesión de entre 40 y 50 años.

# Valoración económica de la parcela

El tipo de licitación fijado en los pliegos del concurso se estableció en 641.303 euros (IVA no incluido) más la entrega futura al Ayuntamiento de dos locales destinados a mercado de abastos y a aparcamiento público valorados en 3,6 millones de euros (IVA no incluido), alcanzando el precio de enajenación una cifra total de 4,2 millones de euros, equivalente al valor del suelo calculado en el informe realizado por los servicios técnicos municipales de 13 de diciembre de 2006, utilizando el método residual según el procedimiento establecido en el DF 6/1999, conforme al siguiente detalle:

|                                                    | Miles de euros |
|----------------------------------------------------|----------------|
| CONCEPTO                                           | IMPORTE        |
| Planta supermercado                                | 4.420          |
| Superficie comercial planta baja                   | 5.123          |
| Superficie comercial plantas altas                 | 8.573          |
| Mercado de abastos (*)                             | 960            |
| Aparcamiento público (*)                           | 2.592          |
| Aparcamiento residentes                            | 3.240          |
| VALOR DEL MERCADO (A)                              | 24.908         |
| Derribos y servicios afectados                     | 500            |
| Excavación y sostenimiento                         | 2.000          |
| Costes de construcción                             | 6.651          |
| Gastos Generales y B° Industrial costes obra (19%) | 1.739          |
| Gastos traslado mercado provisional                | 1.000          |
| Honorarios técnicos y licencias                    | 1.000          |
| Gastos varios                                      | 500            |
| COSTES (B)                                         | 13.390         |
| VALOR DE REPERCUSIÓN DEL SUELO (C=A/1,38-B)        | 4.659          |
| VALOR DEL SUELO (C*0,90 aprovechamiento)           | 4.193          |

<sup>(\*)</sup> Bienes a entregar al Ayuntamiento a la finalización de las obras



# Concurso público enajenación de la parcela

El Pleno del Ayuntamiento de Eibar aprobó, el 29 de enero de 2007, la convocatoria pública del contrato administrativo especial de enajenación de la parcela sita en Errebal para la construcción de un centro comercial a través del procedimiento de concurso. Los anuncios de licitación se publicaron en el BOE de 3 de febrero de 2007, en el BOG de 7 de febrero de 2007 y en 2 medios de comunicación escritos. Los licitadores dispusieron de 2 meses para la presentación de sus ofertas.

Los criterios de adjudicación recogidos en los pliegos y las ponderaciones previstas fueron:

- Propuesta económica: puntuación máxima prevista 25 puntos, que recaería en el licitador que presentase la oferta económica más alta y la puntuación del resto de las propuestas sería el resultado de multiplicar los 25 puntos por el cociente de la oferta presentada y la oferta más alta.
- Anteproyecto de obra y propuesta de realojo para el mercado provisional: puntuación máxima prevista 65 puntos. Dentro de dicho criterio se valoraría la memoria explicativa del desarrollo de la actuación prevista, la propuesta de realojo del mercado provisional con descripción de las características de la instalación, de materiales y calidades, la definición esquemática del edificio (planos, presupuesto, programa de ejecución, justificación de adecuación al Plan General, definición del local destinado a mercado de abastos y definición del parking público).
- Modelo de gestión del centro comercial: puntuación máxima prevista 10 puntos. Se valorarían las propuestas concretas explicando las figuras jurídicas para la puesta a disposición de los locales comerciales justificando compromisos de ubicación adquiridos con empresas interesadas, la sostenibilidad del modelo propuesto y las políticas de marketing que se utilizarían para la captación de clientes comerciales así como la promoción del centro en la comarca.

El 11 de abril de 2007, la Mesa de Contratación procedió a la apertura y calificación de la documentación jurídica, admitiéndose al procedimiento a los 4 licitadores presentados, y el 17 de abril de 2007 se abrieron las propuestas técnicas y económicas que se dieron traslado a los servicios técnicos del Ayuntamiento al objeto de realizar el informe de valoración. El 3 de mayo de 2007, la Mesa de Contratación aprobó el informe de valoración y decidió proponer al órgano de contratación la adjudicación a la propuesta presentada por la mercantil SPV Eibar Boulevard, SL (en adelante, la adjudicataria), de acuerdo con la siguiente valoración:



Miles de euros

|                                           | PUNTUACIÓN CRITERIOS |        |              |        |       |
|-------------------------------------------|----------------------|--------|--------------|--------|-------|
| LICITADOR                                 | OFERTA               | PRECIO | ANTEPROYECTO | MODELO | TOTAL |
| SPV Eibar Boulevard, SL                   | 650                  | 18,76  | 61           | 8      | 87,76 |
| UTE Construcciones Moyua, S./Proyectos de |                      |        |              |        |       |
| Desarrollo Comercial Garapen, SA          | 850                  | 25     | 54           | 3,5    | 82,50 |
| Construcciones Murias, SA                 | 700                  | 20,59  | 33           | 5,5    | 59,09 |
| Inmobiliaria Bitxor, SL                   | 750                  | 22,06  | 35           | 1      | 58,06 |

El Pleno municipal de 22 de mayo de 2007 adjudicó la compraventa de la parcela, escriturándose el 27 de julio de 2007, tras la constitución por parte del adjudicatario de dos garantías por importe total de 4,8 millones de euros para hacer frente a los compromisos de entrega futura del mercado de abastos y aparcamiento público, y del abono en metálico de 650.000 euros más el IVA correspondiente al importe de adjudicación. El Ayuntamiento en el ejercicio 2007 registró como ingreso presupuestario el importe recibido en metálico, y en cuentas de orden la garantía recibida; además, en la contabilidad patrimonial dio de alta en el epígrafe "Inmovilizado inmaterial" el derecho de obra futura por importe de 3,6 millones de euros. Esta operación, en su conjunto, dio lugar a un beneficio de 3,5 millones de euros, como diferencia entre el precio de la enajenación y el valor neto contable de la parcela entregada y los edificios a derribar.

El Registrador de la Propiedad, en el momento de su inscripción, calificó la operación como permuta de bienes.

### Adjudicataria del concurso de enajenación

La adjudicataria fue constituida mediante escritura pública de 2 de noviembre de 2006 con un capital social de 4.000 euros. Su objeto social es la compra-venta de bienes inmuebles así como su explotación directa o mediante arrendamiento, la promoción y realización de actuaciones para la puesta en marcha, construcción, arrendamiento o cualquier otra forma de explotación de oficinas, viviendas, talleres industriales, centros o parques comerciales o de ocio, hoteles o cualquier otro tipo de equipamientos comunitarios o sociales y el estudio, elaboración y desarrollo de proyectos.

Los pliegos del concurso público exigieron como requisito de solvencia económica y financiera de los licitadores únicamente la presentación de un certificado de alguna institución financiera que acreditase la suficiente solvencia del licitador para abonar el precio del contrato y sufragar los gastos que el mismo conllevase.

La adjudicataria presentó un certificado, sin fecha, de una entidad financiera la cual valoraba como suficiente la solvencia del licitador y de sus socios para hacer frente a los compromisos del contrato, no quedando suficientemente acreditada en dicho certificado la solvencia individual del licitador.



# II.3 EJECUCIÓN DEL PROYECTO

La adjudicataria fijó para la ejecución del contrato un plazo de 35 meses, distribuidos en tres fases:

- Fase previa: 9 meses, contados a partir del otorgamiento de la escritura pública del contrato de compraventa hasta la obtención de la licencia de ejecución de la obra.
- Fase ejecución: 25 meses, contados a partir de la obtención de la licencia de ejecución de la obra hasta la recepción de la misma.
- Fase posterior: 1 mes, desde el levantamiento del acta de conformidad de la ejecución de la obra por parte del Ayuntamiento hasta el traslado del mercado provisional a su nueva ubicación en el centro comercial.

El detalle del cumplimiento de plazos de la fase previa, única fase que ha sido ejecutada parcialmente y cuyo plazo finalizaba el 27 de mayo de 2008 es el siguiente:

|                                                                | FECHA    |
|----------------------------------------------------------------|----------|
| Solicitud licencia para la instalación del mercado provisional | 05-09-07 |
| Concesión licencia para la instalación del mercado provisional | 21-09-07 |
| Solicitud licencia derribo mercado y escuela de música         | 09-10-07 |
| Concesión licencia derribo mercado y escuela de música         | 16-11-07 |
| Aprobación definitiva del Estudio de Detalle                   | 25-02-08 |
| Aprobación definitiva Programa de Actuación Urbanizadora       | 14-03-08 |
| Aprobación Convenio de Concertación                            | 14-03-08 |
| Aprobación Proyecto de Urbanización                            | 18-04-08 |
| Aprobación inicial Proyecto de Reparcelación                   | 23-05-08 |
| Aprobación definitiva Proyecto de Reparcelación                | 12-06-09 |
| Inscripción Proyecto de Reparcelación                          |          |
| Presentación Proyecto de Ejecución                             | 5.5      |
| Solicitud licencia de ejecución de la obra                     |          |

El Proyecto de Reparcelación de la Actuación Integrada A.I 137.01 Errebal fue aprobado inicialmente por la Junta de Gobierno Local de fecha 23 de mayo de 2008 y publicado en el BOG de 30 de mayo de 2008. Tras el estudio de las alegaciones presentadas la Junta de Gobierno Local de 21 de noviembre de 2008 denegó la aprobación definitiva del Proyecto de Reparcelación debiendo presentar la propietaria de la parcela un Texto Refundido que recogiera las correcciones y modificaciones planteadas por el Ayuntamiento.

En el Texto Refundido del Proyecto de Reparcelación la parcela queda gravada por:

• La obligación de entrega al Ayuntamiento de Eibar, una vez concluido el centro comercial, de la propiedad del local destinado a mercado de abastos y del local destinado a aparcamiento público, libres de cargas y equipamientos, con las características y equipamientos que se indican en los pliegos del concurso así como la participación alícuota en la propiedad del solar correspondiente a las mencionadas partes.



• La hipoteca a favor de una entidad financiera hasta un importe máximo de 29,2 millones de euros, como garantía de un préstamo solicitado por la adjudicataria para la financiación del contrato, en virtud de la escritura otorgada el 27 de julio de 2007.

Se optó por monetarizar la cesión obligatoria del 10% del aprovechamiento urbanístico que se valoró en 465.923 euros (10% del valor de repercusión del suelo: ver II.2), cuya obligación de pago fue notificada a la adjudicataria el 3 de julio de 2009. Previa a la finalización del período voluntario la mercantil solicitó 2 aplazamientos de pago hasta el 30 de septiembre de 2009 y 31 de diciembre de 2009, respectivamente.

La aprobación definitiva del Proyecto de Reparcelación se llevó a cabo el 12 de junio de 2009, publicándose en el BOG de 24 de junio de 2009.

Contra el Texto Refundido del Proyecto de Reparcelación se interpuso, el 7 de julio de 2009, un recurso contencioso-administrativo, alegando entre otros aspectos:

- La carencia de justificación de la monetarización de la cesión obligatoria del aprovechamiento urbanístico correspondiente al 10% de la edificabilidad urbanística del suelo, en lugar de recibirlo mediante parcela, como marca el artículo 27 de la LSU.
- La modificación sustancial del Texto Refundido con respecto al Proyecto de Reparcelación inicialmente aprobado, al incluir la carga hipotecaria.

La Junta de Gobierno Local de 18 de junio de 2010 resolvió dejar sin efecto el Proyecto de Reparcelación, y como consecuencia de ello el Juzgado acordó la finalización del procedimiento iniciado contra la aprobación definitiva del citado Proyecto por satisfacción extraprocesal de las pretensiones recurridas.

En la Liquidación Presupuestaria del ejercicio 2009 el aprovechamiento urbanístico devengado con la aprobación del Proyecto de Reparcelación fue contabilizado como ingreso del capítulo "Enajenación de inversiones reales" estando pendiente de cobro a 31 de diciembre de dicho ejercicio, habiéndose provisionado por dudoso cobro el 100% del importe. En el ejercicio 2010, tras la resolución del contrato de enajenación, el Ayuntamiento ha procedido a dar de baja dichos ingresos.



# II.4 RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE ENAJENACIÓN

La primera fase de ejecución del proyecto, para la que se habían previsto 9 meses, no se completó y se tardaron 20,5 meses hasta la aprobación definitiva del Proyecto de Reparcelación. Este retraso motivó el incumplimiento de las condiciones prestablecidas en el crédito que una entidad financiera había concedido a la adjudicataria. La entidad financiera comunicó a la empresa adjudicataria el 29 de julio de 2009 la retirada de la financiación por la imposibilidad de cumplir el plazo fijado para el primer tramo de financiación, al acumularse más de un año de retraso, sin haberse obtenido la licencia de obras.

La adjudicataria solicitó el 18 de noviembre de 2009 la resolución por mutuo acuerdo del contrato, como consecuencia de la imposibilidad de acceder al crédito firmado el 27 de julio de 2007.

Además, el proyecto de ejecución no fue presentado al Ayuntamiento, como consecuencia de los conflictos entre la adjudicataria y los autores del anteproyecto presentado en el proceso licitatorio. Con fecha 12 de noviembre de 2008 se presenta por parte de la empresa redactora notificación notarial de resolución de contrato, existiendo un impago de la minuta facturada correspondiente al 20% de los honorarios por importe de 399.330 euros. Por Auto del Juzgado de Primera Instancia se acordó la medida cautelar de embargo preventivo por importe de 401.330 euros (339.330 euros de principal y 62.000 euros de indemnización contractual) con cargo al crédito que la mercantil demandada ostente sobre el Ayuntamiento de Eibar en relación a la parcela objeto de reversión. En el ejercicio 2010 el Ayuntamiento depositó en la cuenta de depósitos del Juzgado la cantidad fijada, siendo descontada del precio de reversión de la parcela. (Ver II.5)

El Pleno de 25 de enero de 2010 acordó la resolución del contrato por mutuo acuerdo, conforme al artículo 112.4 del TRLCAP, por no concurrir causa de resolución que fuese imputable al contratista y por la existencia de razones de interés público que hacían inconveniente la permanencia del contrato. Esta resolución fue motivada por los siguientes factores:

- El advenimiento de una crisis económica a escala mundial que había afectado a la promoción del centro comercial, de tal forma que se habían puesto de manifiesto graves problemas que han imposibilitado la ejecución del contrato del préstamo firmado con una entidad bancaria para la financiación de la inversión proyectada.
- El cuestionamiento del Proyecto de Reparcelación por parte de la corporación, dando origen a un recurso contencioso-administrativo.
- La existencia de diversos problemas con el proyecto presentado por los arquitectos redactores que suscitaba dudas en la adjudicataria en cuanto a su viabilidad estructural, habiéndose resuelto el contrato entre ambas partes.

La resolución del contrato, que fue escriturada el 27 de enero de 2010, ha supuesto la recuperación de la parcela, la devolución a la adjudicataria de los avales depositados relacionados con la adjudicación del contrato y la urbanización del sector, dejar sin efecto la obligación de pago del 10% del aprovechamiento urbanístico y los recargos e intereses



devengados y la renuncia a las indemnizaciones o penalizaciones que pudieran corresponder por la resolución del contrato.

# II.5 REVERSIÓN DE LA PARCELA

En la resolución del contrato por mutuo acuerdo, y en contra de lo previsto en la cláusula 17ª del Pliego que establecía que la resolución del mismo no supondría la reversión de la parcela, ambas partes pactaron la recuperación por parte del Ayuntamiento de la propiedad de la parcela libre de cargas, gravámenes y arrendatarios, con las transformaciones físicas efectuadas por la adjudicataria por un precio de 1,1 millones de euros (650.000 euros en concepto del precio de la parcela, idéntico al precio que abonó la adjudicataria, y 488.133 euros en concepto de realización de obras que revierten en beneficio del Ayuntamiento), quedando libre la adjudicataria de todos los compromisos que adquirió como consecuencia de la adjudicación. El desglose de los conceptos más significativos incluidos en el importe abonado por el Ayuntamiento por obras que han supuesto un incremento de valor para la finca es el siguiente:

|                                                | Euros   |  |
|------------------------------------------------|---------|--|
|                                                | IMPORTE |  |
| Derribo de la Escuela de Música y Mercado      | 158.659 |  |
| Instalación del nuevo centro de transformación | 122.016 |  |
| Traslado de infraestructuras                   | 157.302 |  |

El pacto de recuperación de la titularidad de la parcela por el Ayuntamiento ha supuesto un nuevo negocio jurídico de compraventa de bienes, tal y como se ha plasmado en el Registro de la Propiedad.

Para hacer frente al gasto de la compraventa de la parcela el Pleno de 28 de diciembre de 2009 aprobó una modificación presupuestaria vía transferencia de crédito procedente de otras partidas del capítulo de "Inversiones reales". Dicho crédito se incorporó al ejercicio 2010, siendo contabilizado el gasto de 1,1 millones en dicho ejercicio. Patrimonialmente, en el ejercicio 2010 se ha dado de alta la parcela por importe de 4,7 millones de euros en el epígrafe "Inmovilizado material".

#### III. CONTENCIOSOS

Además del contencioso anteriormente citado se producen los siguientes:

### Resolución del contrato por mutuo acuerdo

Contra el acto administrativo de resolución del contrato por mutuo acuerdo, aprobado en el Pleno de 25 de enero de 2010, se interpusieron 2 recursos contencioso-administrativos ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Donostia-San Sebastián solicitando su declaración de disconformidad a derecho, argumentando la no suficiente acreditación y justificación por parte del Ayuntamiento de Eibar de la no existencia de causa de resolución



imputable al contratista y del interés público que hace innecesario e inconveniente la permanencia del contrato.

El Juzgado mediante sentencia de 11 de abril de 2013 ha desestimado uno de estos recursos, al considerar que la parte recurrente no ha acreditado incumplimiento alguno de la mercantil de las obligaciones derivadas del contrato. Dicha sentencia, estima que los factores alegados por el Ayuntamiento en la resolución por mutuo acuerdo no se pudieron prever a la fecha de otorgamiento del contrato, haciendo conveniente para los intereses públicos su extinción.

No obstante, a la fecha de este Informe está pendiente de sentencia el otro recurso contencioso-administrativo interpuesto por la mercantil que suscribió un contrato de arrendamiento de futuro local de negocio con la adjudicataria el 31 de julio de 2007. Dicha empresa, solicitó al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo la anotación preventiva en el Registro de la Propiedad del contencioso-administrativo interpuesto por el interesado contra la resolución del contrato por mutuo acuerdo. Por Auto de 30 de junio de 2011 se denegó la medida cautelar y posteriormente fue desestimado el recurso de apelación interpuesto contra dicha denegación por el TSJPV el 9 de noviembre de 2011.

## Dejar sin efecto el Proyecto de Reparcelación

El suscribiente de un contrato de arrendamiento de futuro local de negocio con la adjudicataria, tras el acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 18 de junio de 2010 de dejar sin efecto el Proyecto de Reparcelación, solicitó al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo medidas cautelares de suspensión de dicho acuerdo y de prohibición de que la Administración realice cualquier acto tendente a modificar, sustituir o dejar sin efecto el proyecto de reparcelación. Por Auto de dicho Juzgado de 8 de noviembre de 2010 se deniegan las medidas cautelares solicitadas, ratificado por Auto del TSJPV de 29 de noviembre de 2011 por inexistencia de recurso contencioso-administrativo. Tras ello, el demandante ha presentado ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo un recurso contra el acto de dejar sin efecto el Proyecto de Reparcelación.

### Diligencias previas

El 6 de julio de 2010 se presentó, ante el Juzgado de Primera Instancia de Eibar una denuncia por presuntos delitos de prevaricación administrativa y malversación de caudales públicos contra varios concejales y técnicos municipales que participaron en los acuerdos de enajenación de la parcela y de reversión de la misma, tras la resolución por mutuo acuerdo del contrato. La Fiscalía de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa, mediante Auto de 10 de septiembre de 2010, acordó incoar diligencias previas por los presuntos delitos.

### IV. OTRAS ACTUACIONES POSTERIORES

Tras la reversión de la parcela al Ayuntamiento, por Decreto de Alcaldía de 15 de febrero de 2010 se adjudicaron las obras para la realización de plazas de aparcamiento en dicha parcela



Errebal, mediante procedimiento negociado sin publicidad, por importe de 152.000 euros. Dichas obras fueron recepcionadas el 14 de abril de 2010 y liquidadas por importe de 152.444 euros. En el BOG de 12 de abril de 2010 se publicó la aprobación definitiva de la ordenanza reguladora de aparcamiento limitado aprobada inicialmente por el Pleno de 22 de febrero de 2010.

A la fecha de realización de este Informe, no se ha acordado ninguna otra actuación en dicha parcela.

### V. CONCLUSIONES

Al margen de los efectos de las sentencias que pudieran recaer en los litigios comentados en el apartado III, los principales aspectos que se han puesto de manifiesto durante la realización de nuestro trabajo han sido:

- 6. No está debidamente acreditado en el expediente, atendiendo a lo señalado en los artículos 8 y 138.1 de la LPAP, que la enajenación del bien sea la figura jurídica idónea para el logro de los fines públicos perseguidos, coexistiendo en la normativa general otras figuras que hubieran alcanzado los mismos objetivos sin la necesidad de proceder a la baja del solar en el Patrimonio Municipal del Suelo.
- 7. El acuerdo de desafectación de la parcela, aprobado por el Pleno de 8 de mayo de 2006, incumple el artículo 69 de la LPAP al no haberse dejado de destinar al servicio público el uso total de la misma. El PGOU mantuvo el destino demanial de algunos espacios de la parcela, al reservar unas zonas para mercado de abastos y aparcamiento público, no produciéndose, por lo tanto, la desafectación pretendida. En consecuencia, el Ayuntamiento ha incumplido el artículo 80.1 de la LBRL que imposibilita la enajenación y el cambio de titularidad a terceros privados de los bienes de dominio público.
- 8. El Ayuntamiento, ha utilizado el procedimiento del concurso público mediante la figura del contrato administrativo especial para la venta de la parcela. El Registrador de la Propiedad, por su parte, ha calificado la operación como permuta. Así mismo, del análisis del expediente administrativo se desprende que la prestación real que subyace como objeto del contrato es la de un contrato de obras, y por tanto no se valoró convenientemente su coste, ni exigió a los licitadores clasificación empresarial alguna.
- 9. La empresa adjudicataria, constituida 3 meses antes de la convocatoria del concurso público, presentó como requisito de solvencia un certificado de una entidad financiera, sin fecha, en la cual se valoraba la suficiente solvencia del licitador y de las mercantiles socias para hacer frente a los compromisos derivados del contrato, no quedando acreditada en dicho certificado la solvencia individual de la adjudicataria. La solvencia de los socios participantes no puede ser calificada por la Administración dado que dichas mercantiles no se han presentado al proceso licitatorio. Exclusivamente hubiera podido ser calificada dicha solvencia si se hubieran presentado al proceso a través de una UTE constituida al efecto, tal y como lo establece el artículo 24 del TRLCAP. Además, la presentación del certificado de una institución financiera fue el único requisito exigido en los pliegos para la acreditación de la solvencia. Asimismo, si bien es cierto que no se



incumple el artículo 16 del TRLCAP que permite que la solvencia pueda ser acreditada exclusivamente por este medio, dicho artículo posibilita otros medios de acreditación como las cuentas anuales y la cifra de negocios global y la cifra de las obras, suministros, servicios o trabajos realizados por la empresa en los 3 últimos ejercicios. Dado el volumen económico del contrato habría sido recomendable que la Administración hubiera exigido mayores requisitos de solvencia económica y financiera que los recogidos en los pliegos.

- 10. De los 2 recursos contencioso-administrativos interpuestos contra el acto de resolución de mutuo acuerdo, con fecha 11 de abril de 2013 se ha dictado sentencia desestimatoria, basada en la no acreditación por la parte recurrente de incumplimiento imputable al contratista. No obstante, a la fecha de este Informe, está pendiente de sentencia el otro recurso contencioso-administrativo. Este Tribunal, a la vista de la documentación analizada, entiende que las principales causas que, han llevado a la paralización del proyecto y posterior resolución del mismo han sido:
  - La retirada de la financiación a la adjudicataria por parte de una entidad financiera, debido al incumplimiento de los plazos pactados en el contrato de préstamo suscrito entre ambas.
  - La resolución del contrato entre la empresa adjudicataria y los redactores del proyecto de ejecución, por discrepancias sobre la viabilidad estructural del proyecto.
  - El advenimiento de la crisis económica a escala mundial con especial incidencia en los sectores financiero, de la construcción e inmobiliario.

Según establece el artículo 98 del TRLCAP la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, salvo en supuestos de fuerza mayor.

- 8. Con respecto al interés público que hace innecesario e inconveniente la permanencia del contrato, según se recoge en la resolución por mutuo acuerdo, el TVCP considera que contradice las previsiones incluidas inicialmente en los pliegos del concurso. Dichos pliegos preveían la no reversión de la parcela en el supuesto de incumplimiento imputable al contratista, y en cambio sí preveían la incautación de la garantía depositada y la retención de la cantidad en metálico ofertada.
- 9. El pacto, incluido en el acuerdo de resolución del contrato por mutuo acuerdo, de reversión de la titularidad de la parcela al Ayuntamiento, implica un nuevo negocio jurídico de compraventa, para lo que se debiera haber solicitado un informe pericial de tasación del bien que justificase el coste asumido, incumpliendo el artículo 11 del RBEL.



### **ALEGACIONES**

### I.- INTRODUCCION GENERAL.

En primer lugar, y con carácter previo, consideramos conveniente comenzar con una introducción general con el objetivo de clarificar lo que a continuación será el contenido del presente escrito de alegaciones.

De este modo, en el apartado "I. Introducción" del Informe de Fiscalización se consigna lo siguiente:

"El TVCP, a petición del Pleno del Parlamento Vasco, ha incluido en su Plan de Trabajo la fiscalización del Proyecto Errebal del Ayuntamiento de Eibar.

El objetivo del trabajo es la fiscalización del cumplimiento de la legalidad aplicable a todas las actuaciones que el Ayuntamiento de Eibar ha llevado a cabo en relación con la parcela Errebal, que incluyen los acuerdos adoptados en materia urbanística, de contratación, presupuestaria y recaudatoria. Además, el trabajo comprende el análisis del efecto económico que dichas operaciones han tenido sobre la Liquidación Presupuestaria y la Cuenta General de los ejercicios 2007 a 2010."

A la vista de lo expuesto por el Tribunal Vasco de Cuentas Públicas, hemos de señalar que, de acuerdo con el artículo 1 de la Ley núm. 1/1988, de 5 de febrero, del Tribunal Vasco de Cuentas Públicas, se define al mismo como órgano propio de la Comunidad Autónoma del País Vasco dependiente directamente del Parlamento Vasco.

Asimismo, se añade que el Tribunal Vasco de Cuentas Públicas tendrá en el ámbito de sus competencias, el carácter de supremo órgano fiscalizador de las actividades económico-financieras y contables del Sector Público Vasco y ejercerá sus funciones en la Comunidad Autónoma por delegación del Parlamento Vasco.

A continuación, el artículo 9 de la meritada Ley núm. 1/1988, de 5 de febrero, del Tribunal Vasco de Cuentas Públicas, dispone que la fiscalización tiene por objeto verificar la adecuación al ordenamiento jurídico de la actividad económico-financiera de los Entes integrantes del Sector Público Vasco.

A mayor abundamiento, añade que dicha fiscalización se extenderá, igualmente, al examen de la eficacia y eficiencia de la actividad económico-financiera de los Entes integrantes del Sector Público Vasco y a la proposición de medidas de racionalización y mejora de las mismas respecto a todos o algunos de los indicados entes.

Finalmente, el artículo 10 del referido Texto Legal preceptúa que el Tribunal Vasco de Cuentas Públicas fiscalizará, entre otras materias:

- Los contratos celebrados por el Sector Público Vasco.
- La situación y variaciones del patrimonio del Sector Público Vasco.



Pues bien, los anteriores preceptos legislativos, muestran el encaje legal que han permitido al Tribunal Vasco de Cuentas Públicas fiscalizar lo que denomina "Proyecto Errebal del Ayuntamiento de Eibar".

No obstante, los referidos preceptos legales en ningún momento permiten al Tribunal Vasco de Cuentas Públicas fiscalizar los acuerdos adoptados en materia urbanística por el Ayuntamiento de Eibar.

Efectivamente, las competencias de los Municipios en la ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística, en los términos previstos en la Legislación del Estado y las Comunidades Autónomas, son reconocidas en el artículo 25.2 d) de la Ley núm. 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local.

La ordenación se concreta, esencialmente en:

- en la intervención en los procedimientos de elaboración y aprobación del planeamiento general con carácter bifásico, cuando la normativa de aplicación exija aprobación superior (por los órganos componentes de las CCAA);
- en la aprobación de los mismos, cuando las disposiciones aplicables no impongan intervención de otra administración; y
- en la aprobación del planeamiento de desarrollo, en los términos de la legislación de cada comunidad y supletoriamente, de la LS/76 y sus reglamentos de desarrollo.

La gestión y ejecución del planeamiento se contraen a la aplicación práctica del modelo ideal urbano dibujado en los instrumentos de planeamiento. Así, transforma o conserva la realidad fáctica y urbanística preexistente, en función de lo establecido en el planeamiento.

La disciplina urbanística se concreta en la competencia para controlar la legalidad y el sometimiento a licencias o autorizaciones preceptivas de los actos de los particulares.

Pues bien, tal y como hemos expuesto, la Ley núm. 1/1988, de 5 de febrero, del Tribunal Vasco de Cuentas Públicas, en ningún momento habilita a ese órgano para fiscalizar la actuación urbanística de los entes fiscalizados, actuación urbanística que no por ello es irrevisable, sino que la competencia para dicha revisión corresponde, en exclusiva, a los órganos judiciales especializados del orden jurisdiccional contencioso-administrativo<sup>1</sup>.

En segundo lugar, la referida "Introducción" señala expresamente lo siguiente:

Conforme al artículo 1°, el Tribunal Vasco de Cuentas Públicas tendrá, en el ámbito de sus competencias, el carácter de supremo órgano fiscalizador de las actividades económico-financieras y contables del Sector Público Vasco y ejercerá sus funciones en la Comunidad Autónoma por delegación del Parlamento Vasco. Su control se extiende (artículo 2ª) a las entidades locales, ejerciendo (artículo 3ª) la función fiscalizadora, que tiene por objeto verificar la adecuación al ordenamiento jurídico de la actividad económico financiera de los Entes integrantes del Sector Público Vasco. Más concretamente, el Tribunal Vasco de Cuentas Públicas fiscalizará, entre otras materias (artículo 10ª), la situación y variaciones del patrimonio del Sector Público Vasco.



"Asimismo, se informa sobre la situación a la fecha de realización de este Informe de los recursos interpuestos contra las actuaciones objeto de fiscalización y denuncias penales presentadas contra las personas físicas que participaron en dichas actuaciones. El alcance del trabajo no ha incluido la valoración de la parcela objeto de la transmisión."

Efectivamente, en el apartado III "Contenciosos" del Informe de Fiscalización objeto de las presentes alegaciones, se expone por ese Tribunal Vasco de Cuentas la existencia de:

- Dos (2) recursos contencioso-administrativos interpuestos contra la resolución de mutuo acuerdo del contrato que fue aprobada por Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento De Eibar de 25 de enero de 2010.
- Un (1) recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Eibar, relativo a dejar sin efecto el proyecto de reparcelación (en realidad, en lo relativo al proyecto de reparcelación fueron dos (2) los recursos contencioso-administrativos los interpuestos, uno el 710/2009 que se siguió ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Donostia-San Sebastián y que finalizó mediante Auto núm. 962/2010 por carencia sobrevenida del objeto al ser anulado el proyecto de reparcelación y otro el núm. 462/2011 que se sigue ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Donostia-San Sebastián).
- Una (1) denuncia por presuntos delitos de prevaricación administrativa y malversación de caudales públicos.

Pues bien, la Constitución Española de 1978, configura la tradicional separación de poderes inherente a todo Estado de Derecho y en su artículo 117.3, señala textualmente lo siguiente:

"3.- El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan."

En idéntico sentido se ha pronuncia el artículo 2.1 de la Ley Orgánica núm. 6/1985, del Poder Judicial.

A mayor abundamiento, el artículo 8 de la referida Ley Orgánica, señala de forma expresa que:

"Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican."

En este sentido, teniendo pleno conocimiento el Tribunal Vasco de Cuentas Públicas de la existencia de diversos procedimientos judiciales en curso que afectan directamente a las materias fiscalizadas, tal y como expresamente hace constar en su propio Informe de Fiscalización, debiera de haberse abstenido de realizar cualquier tipo de valoración sobre dichas cuestiones, al menos, hasta que hubiera recaído Sentencia firme en dichos procedimientos.

El no haber actuado así, determina, en primer término, una clara vulneración del principio de separación de poderes, al intervenir un órgano dependiente del poder legislativo



(Parlamento Vasco) en una cuestión que está legalmente reservada al conocimiento exclusivo de los Tribunales de Justicia.

Pero es que, en segundo término, y como desarrollaremos más extensamente en posteriores apartados del presente escrito de alegaciones, dicha actuación unilateral del Tribunal Vasco de Cuentas Públicas, puede llevar al peligroso absurdo de encontrarnos ante una Sentencia de un órgano jurisdiccional, totalmente contraria a lo manifestado por el órgano fiscalizador en su dictamen correspondiente (como efectivamente ha ocurrido), con lo que cual se produce la creación de una situación de absoluta confusión.

# II.- ALEGACIONES A LAS CONCLUSIONES DEL INFORME.

1.- A la primera conclusión.

# 1.1.- Texto del Tribunal Vasco de Cuentas Públicas.

1.- No está debidamente acreditado en el expediente, atendiendo a lo señalado en los artículos 8 y 138.1 de la LPAP, que la enajenación del bien sea la figura jurídica idónea para el logro de los fines públicos perseguidos, coexistiendo en la normativa general otras figuras que hubieran alcanzado los mismos objetivos sin la necesidad de proceder a la baja del solar en el Patrimonio Municipal del Suelo.

# 1.2.- Alegaciones.

En primer lugar, resulta necesario precisar que el Ayuntamiento de Eibar a la hora de proceder a la enajenación de la parcela municipal sita en Errebal números 11 y 13 tramitó un completo expediente administrativo donde consta la emisión de los correspondientes Informes emitidos por la Arquitecto Municipal (Folios 1 al 10, ambos inclusive, del Expediente Administrativo correspondiente a la enajenación de la parcela), por la Secretaria General (Folios 39 al 46, ambos inclusive, del Expediente Administrativo correspondiente a la enajenación de la parcela) y por el Interventor (Folios 48 y 49 del Expediente Administrativo correspondiente a la enajenación de la parcela).

El artículo 8 de la Ley núm. 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, dispone lo siguiente:

"Artículo 8.- Principios relativos a los bienes y derechos patrimoniales.

- 1. La gestión y administración de los bienes y derechos patrimoniales por las Administraciones públicas se ajustarán a los siguientes principios:
- a) Eficiencia y economía en su gestión.
- b) Eficacia y rentabilidad en la explotación de estos bienes y derechos.
- c) Publicidad, transparencia, concurrencia y objetividad en la adquisición, explotación y enajenación de estos bienes.
- d) Identificación y control a través de inventarios o registros adecuados.
- e) Colaboración y coordinación entre las diferentes Administraciones públicas, con el fin de optimizar la utilización y el rendimiento de sus bienes.



2. En todo caso, la gestión de los bienes patrimoniales deberá coadyuvar al desarrollo y ejecución de las distintas políticas públicas en vigor y, en particular, al de la política de vivienda, en coordinación con las Administraciones competentes.

Asimismo, el artículo 138.1 la meritada Ley núm. 33/2003, señala que:

"1. El expediente de enajenación de bienes inmuebles y derechos sobre los mismos pertenecientes al patrimonio de la Administración General del Estado será instruido por la Dirección General del Patrimonio del Estado que lo iniciará de oficio, por iniciativa propia o a solicitud de parte interesada en la adquisición, siempre que considere, justificándolo debidamente en el expediente, que el bien o derecho no es necesario para el uso general o el servicio público ni resulta conveniente su explotación. El acuerdo de incoación del procedimiento llevará implícita la declaración de alienabilidad de los bienes a que se refiera."

En este sentido, por una parte, el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo núm. 1372/1986, de 13 de junio, analiza diversas fórmulas para la utilización de aquellos y, de este modo, contempla un Capítulo íntegro, el Capítulo V, a la enajenación de los mismos.

Por otra parte, el artículo 116.4 de la Ley núm. 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo del País Vasco, señala textualmente lo siguiente:

"4.- Los bienes del patrimonio municipal de suelo no calificados específicamente por el planeamiento urbanístico como destinados a dotaciones públicas o a la construcción de viviendas sometidas a algún régimen de protección pública podrán enajenarse libremente mediante concurso público o permuta. Los ingresos o bienes obtenidos se destinarán a los fines del patrimonio municipal de suelo."

Pues bien, tal y como hemos expuesto, con fecha 26 de diciembre de 2006, dentro del expediente administrativo fue emitido un completo y fundamentado Informe por parte de la Sra. Secretario General del Ayuntamiento de Eibar en el cual se justifica debidamente la enajenación propuesta sobre la base de la siguiente argumentación que pasamos a transcribir en su integridad:

"2.- Posibilidad de enajenación. Régimen jurídico general aplicable a los bienes municipales.

Al tratarse de un bien de propios puede el Ayuntamiento proceder a la venta, si bien la misma habrá de efectuarse conforme al régimen jurídico de aplicación.

Además, no se trata de una venta simple sino de una transmisión modal.

El régimen jurídico aplicable, será el contenido en:

- Ley reguladora de las Bases del Régimen Local.
- Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, artículo 109.
- Ley 33/2003 de Patrimonio de las Administraciones Públicas, artículos 131 y siguientes.
- Real Decreto Legislativo 7816/1986 de abril, artículos 79 y 80.
- Ley Vasca 2/2006 de Suelo y Urbanismo.



De dicho régimen se infiere:

- Requisito previo para la enajenación:
  - \* naturaleza de patrimonial

En efecto los bienes de propiedad municipal no patrimoniales son inalienables.

La parcela como se ha indicado tiene al naturaleza de propios.

\* no necesario para el ejercicio de competencias y funciones del Ayuntamiento:

Ha de indicarse que cuando el artículo 131 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Publicas -artículo en principio aplicable a la Administración General del Estado- establece que se enajenaran aquellos bienes que no sean necesarios para las competencias y funciones de la Administración, se está refiriendo al enajenación de bienes que no tienen un especial destino y que por tanto en aras de buscar una rentabilidad económica a los mismos, se enajenan.

El supuesto presente es totalmente diferente. Ya en el expediente de desafectación se recogía el motivo de la misma, cuál era su posterior venta para construcción de un Complejo Comercial así como la transmisión al Ayuntamiento una vez construido de las partes privativas donde asentar el mercado de abastos y una planta de parking, todo ello, de conformidad con la ordenación prevista en el nuevo Plan General de Ordenación.

### \* depuración física y jurídica del bien:

La finca figura inscrita en el registro de la Propiedad y figura, con sus edificaciones en el Inventario de Bienes. Tampoco se halla gravada por afecciones o servidumbres.

No obstante, antes de su transmisión se precisa una previa segregación.

En efecto el solar sobre el que se asientan el actual mercado y la actual Escuela de Música, así como los otros locales indicados y espacios adyacentes mide 4.279,83 metros cuadrados y el solar que se propone enajenar es de 3.526,25 metros. Ello es debido a que de todo el solar se restaron aquellos espacios de uso público y que conforme a la nueva ordenación iban a seguir siendo de uso público. La superficie de la parcela a vender y sus linderos se determinaron por informe de la Arquitecta municipal de 24 de: abril del presente.

#### Enajenación modal:

En cuanto a que como repetidamente se ha dicho, a que la enajenación no es una enajenación simple sino que lleva directamente aparejadas una serie de obligaciones es de recordar que el artículo 111 de la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas establece: "los contratos, convenios y demás negocios jurídicos sobre los bienes y derechos



patrimoniales están sujetos al principio de libertad de pactos. La administración podrá, para la consecución del interés público concertar las cláusulas y condiciones que tengan por convenientes, siempre que no sean contrarias al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración.

Las contraprestaciones impuestas al adquiriente llevan a la finalidad de que el Ayuntamiento disponga del espacio previsto para el servicio de prestación obligatoria cual es el mercado de abastos y de una planta de parking público, por tanto, las mismas obedecen a la consecución de un interés público.

3. Régimen específico derivado de la inclusión del bien en el Patrimonio Municipal del Suelo. El bien una vez desafectado se integra en el Patrimonio Municipal del Suelo.

Conforme al apartado a) del artículo 113.2 de la Ley Vasca de Suelo y Urbanismo se integran en el Patrimonio Municipal del suelo aquellos que el planeamiento urbanístico general clasifique como suelo urbano y urbanizable.

Esta condición de bien integrado en el Patrimonio Municipal del Suelo implica de conformidad con el artículo del 16 del Reglamento de Bienes de las Entidades locales, que haya de atenderse en primer lugar a la normativa específica del patrimonio municipal del suelo.

Hoy día en nuestra comunidad autónoma este régimen lo constituyen los artículos 111 y siguientes de la referida Ley vasca 2/2006 de Suelo y Urbanismo.

El artículo 115 de dicha Ley establece una serie de destinos a aplicar a los bienes integrantes del patrimonio municipal del suelo.

No obstante, la Ley también prevé el supuesto de que conforme al planeamiento general los bienes en cuestión no estén destinados a dotaciones públicas o a construcción de vivienda de protección pública.

En este caso estamos ante este supuesto. No ha de olvidarse que en un principio el bien que se pretende enajenar no era bien patrimonial; sino público, y que ha sido tras un proceso de alteración de la naturaleza jurídica cuando se ha convertido en patrimonial. Esto es, que se puede decir que la naturaleza patrimonial del bien es una naturaleza provisional y necesaria para llevar a cabo la futura ordenación.

Además, una vez finalizado el contrato que se pretende, una parte del inmueble se integra de nuevo en el patrimonio de dominio público municipal.

Pues bien, el apartado cuarto del artículo 116 de la Ley 2/2006 admite la enajenación libre de estos bienes cuyo destino conforme a planeamiento sea diferente a los fijados como propios del patrimonio municipal del suelo con dos condicionantes: que la enajenación se efectúe por concurso o permuta y que los ingresos obtenidos se destinen a los fines del patrimonio municipal del suelo.

Se puede concluir diciendo que tanto conforme al régimen general de los bienes de las entidades locales como al específico del patrimonio municipal del suelo, puede enajenar la parcela, cumplimentándose una serie de condiciones.



### 4 - Procedimiento de enajenación:

La enajenación se efectuará mediante un proceso de libre concurrencia.

Conforme a la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas, se optará con preferencia por el concurso.

La Ley Vasca 2/2006 de Suelo y Urbanismo establece en el artículo 116.4 que la enajenación se haga en este supuesto por concurso o permuta.

En cumplimiento de lo exigido por esta normativa de un proceso de concurso y dado que como se ha dicho, no se trata de una venta simple sino que, está sometida a la condición de entrega al Ayuntamiento de partes privativas, así como a la asunción de las cargas urbanísticas y contraprestaciones; entre las Áreas de Hacienda, Secretaría y Urbanismo se ha elaborado una propuesta de pliegos de condiciones de enajenación, que esperemos aborden todas las cuestiones precisas.

El proceso de adjudicación se regirá por la normativa aplicable a la contratación de las entidades locales, básicamente Ley de Contratos de las Administraciones Publicas."

En consecuencia, a pesar de lo que expone el Tribunal Vasco de Cuentas Públicas, la elección de la figura de la enajenación está correctamente justificada en el expediente incoado a tal efecto.

En cualquier caso, reiteramos, la enajenación de bienes no es una figura excepcional o extraordinaria respecto de otras formas de utilización de los mismos y su utilización está a disposición de las Corporaciones Locales sin tener las mismas que incoar ningún procedimiento especial, ni tampoco pedir autorización a ningún otro tipo de Administración u Organismo (siempre que su valor no exceda del 25 por 100 de los recursos ordinarios del presupuesto anual de la Corporación).

Sin entrar en consideraciones teóricas acerca de la naturaleza jurídica del contrato de enajenación, lo fundamental es la tramitación del expediente administrativo municipal que acredite de forma razonada que la solución exigida es ajustada a derecho.

Asimismo, deber de garantizarse la libre concurrencia a través de la licitación pública con igualdad de oportunidades. Así se ha hecho.

A mayor abundamiento, es jurídicamente indiscutible (ver el Consultor de los Ayuntamientos, núm. 21, Sección Consulta, Quincena del 15 al 29 de noviembre de 2011, Editorial La Ley) que la figura por la que un Ayuntamiento vende o enajena un bien, una parcela, a cambio de que en el futuro se construya un edificio de servicio público, es de utilización habitual.

Precisamente, así actuó el Ayuntamiento de Eibar, por lo que no es entendible el cuestionamiento de un proceso que tiene su raíz jurídica en el artículo 1271 del Código Civil, en el que la Corporación Local tomó las cautelas necesarias que garantizan el cumplimiento de las obligaciones por el contratista, entre otras, la entrega de los edificios a revertir al Ayuntamiento.

Dicha actividad es permitida también por el artículo 153 de la Ley núm. 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas.



Por último, llama la atención de que el Tribunal Vasco de Cuentas Públicas cuestione la idoneidad de la utilización de la figura jurídica de la enajenación de la parcela sita en Errebal y mencione "otras figuras", sin especificar cuáles son las mismas y sin justificar las posibles ventajas de su eventual utilización.

Este Ayuntamiento de Eibar, por el contrario, resolvió sobre la base de unos fundamentos recogidos en la Memoria de la Alcaldía emitida con fecha 12 de abril de 2006, con ocasión del expediente de desafectación y donde textualmente se consignaba lo siguiente:

"...Para el estudio de la viabilidad económica, baraja dos supuestos: uno, el explotar en concesión los locales comerciales y los puestos del mercado, y adquirir para su posterior venta la zona de aparcamientos, y otro, explotar en concesión sólo la parte del mercado, y adquirir la propiedad para su posterior venta de las zonas de los locales comerciales y de los aparcamientos.

Este Estudio se traslada a los diferentes Grupos Municipales y se pasa a examen de los Técnicos Municipales, manteniéndose al efecto reuniones entre técnicos de IKEI con los Técnicos Municipales: Técnico de Compras, Interventor y Secretaria Municipales, así como con el Asesor Jurídico del Plan General.

Se concretan las opciones en: o trasmitir en concesión la finca para la edificación del nuevo complejo como obra bajo la figura de concesión de obra pública y consiguiente asunción del concesionario del servicio de abastos, o posibilitar dentro de la concesión de obra pública la transmisión al concesionario de la propiedad de parte del complejo, o ,por último, la venta del solar como operación patrimonial, sin vinculación a obra pública, pero obligando al adjudicatario a la entrega de una zona acondicionada para instalación de mercado de abastos y planta de párking.

Tras un análisis de las opciones se consideró la última mencionada como la más idónea en base, entre otras, a las siguientes consideraciones:

- resultar muy difícil poder garantizar la perduración de la concesión y asunción de la gestión del mercado de abastos durante los cuarenta o cincuenta años de concesión. De hecho, no se da en la vida municipal experiencias de este modelo.
- la dificultad de encajar jurídicamente la operación y la incertidumbre jurídica que ello conlleva - en la figura de concesión de obra pública, si nos atenemos a que el porcentaje de superficie de lo que es propiamente el servicio de abastos sobre la superficie total proyectada del complejo es del orden del 7%.
- cumplirse la finalidad de aprovechar oportunamente la finca municipal para revitalizar el actual mercado de abastos y a la vez, erigir en el mismo centro urbano un centro comercial atractivo, y a través de un proceso más claro y directo que el de las demás figuras contempladas.

Si bien el Ayuntamiento transmitiría la titularidad de la finca, posteriormente adviene a una parte del complejo, en copropiedad, la destinada precisamente a mercado de abastos y planta de aparcamiento y su correspondiente participación en el solar.

Por otra parte, la actual Escuela de Música se trasladará al edificio Portalea.



Esta opción tiene que tener el refrendo en la planificación urbanística. Es por ello por lo que estando el municipio en el proceso de elaboración de su Plan General de Ordenación, se dispuso a la Oficina del Plan General recogiese los parámetros fundamentales de la opción en la nueva ordenación del Plan General.

En efecto, esta unidad fue una de las retomadas con ocasión de la aprobación inicial del Documento Actualizado del Plan General de Ordenación que tuvo lugar el 19 de diciembre de 2005.

La nueva previsión urbanística permite la construcción de un centro comercial en Errebal con los condicionantes expresados."

(Folios 132 al 134, ambos inclusive, del Expediente Administrativo correspondiente a la desafectación de la parcela)

En consecuencia, debe consignarse en este apartado que la enajenación del bien era la figura jurídica idónea para el logro de los fines públicos perseguidos.<sup>2</sup>

# 2.- A la segunda conclusión.

#### 2.1.- Texto del Tribunal Vasco de Cuentas Públicas.

2.- El acuerdo de desafectación de la parcela, aprobado por el Pleno de 8 de mayo de 2006, incumple el artículo 69 de la LPAP al no haberse dejado de destinar al servicio público el uso total de la misma. El PGOU mantuvo el destino demanial de algunos espacios de la parcela, al reservar unas zonas para mercado de abastos y aparcamiento público, no produciéndose, por lo tanto, la desafectación pretendida. En consecuencia, el Ayuntamiento ha incumplido el artículo 80.1 de la LBRL que imposibilita la enajenación y el cambio de titularidad a terceros privados de los bienes de dominio público.

#### 2.2.- Alegaciones.

Al igual que para la enajenación de la parcela, con carácter previo, el Ayuntamiento de Eibar, en orden a proceder a la desafectación de la misma, tramitó un completo expediente administrativo donde consta la elaboración de un Proyecto de Transformación del Mercado

La conclusión no niega que una parcela municipal se pueda enajenar, sino incide en que la enajenación no es la solución que mejor compatibiliza con la obligación de conservar y defender el patrimonio municipal. En virtud del artículo 8 del RBEL, la alteración de la calificación jurídica de los bienes de las entidades locales requiere acreditar no sólo su legalidad sino, también, su oportunidad. Los propios servicios del ayuntamiento pusieron de manifiesto en informe de 26 de abril de 2006 que el aspecto negativo de la operación era la pérdida de patrimonio que supone para el ayuntamiento. Las otras alternativas examinadas por el ayuntamiento no hacen referencia a la venta o explotación del suelo, si no que se refieren a la forma de gestionar y explotar el mercado y la propia obra de edificación o la tipología contractual. Nos consta que los técnicos del ayuntamiento barajaron el derecho de superficie como posible solución tras la resolución del contrato y, así mismo, el artículo 17.4 del TRLS plantea una alternativa a este supuesto.



de Errebal elaborado por la empresa IKEI (Folios 1 al 81, ambos inclusive, del Expediente Administrativo correspondiente a la desafectación de la parcela) y la emisión de la Memoria justificativa de Alcaldía (Folios 132 al 134, ambos inclusive, del Expediente Administrativo correspondiente a la desafectación de la parcela), así como los correspondientes Informes emitidos por la Arquitecto Municipal (Folios 135 y 136 del Expediente Administrativo correspondiente a la desafectación de la parcela) y por la Secretaria General (Folios 136 al 141, ambos inclusive, del Expediente Administrativo correspondiente a la desafectación de la parcela).

En este sentido, el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo núm. 1372/1986, de 13 de junio, legislación específica que es ignorada por el Tribunal Vasco de Cuentas Públicas, en su artículo 8 establece la posibilidad de la alteración de la calificación jurídica de los bienes de las Entidades Locales.

Pues bien, en primer lugar, el Tribunal Vasco de Cuentas Públicas, tal y como hemos expuesto en la introducción de estas alegaciones, se extralimita en sus funciones pues en este apartado está fiscalizando la actividad urbanística del Ayuntamiento de Eibar, extremo para la que no está legitimado conforme a lo dispuesto en la Ley núm. 1/1988, de 5 de febrero, del Tribunal Vasco de Cuentas Públicas.

En segundo lugar, incurre el Tribunal Vasco de Cuentas Públicas en un error de interpretación en la actividad proyectada para la denominada parcela Errebal de Eibar.

Efectivamente, el Pleno Municipal del Ayuntamiento de Eibar, en sesión celebrada el día 29 de enero de 2007, adoptó el siguiente acuerdo:

"Tomar razón de la aprobación definitiva del cambio de la calificación jurídica de bienes de bien de dominio público a bien de propios, aprobada inicialmente en pleno municipal de 8-5-2006 los siguientes bienes:

- edificio número 13 de calle Errebal, Mercado de Abastos, recogido en el Inventario de Bienes con el número de matrícula 21-00001.
- edificio número 11 de calle de Errebal, Escuela de Música, recogido en el Inventario de Bienes con el número de matrícula 21-00002.
- local de 44 metros cuadrados de detrás del mercado para la Brigada municipal, hoy día sin uso específico, recogido en el Inventario de Bienes con el número de matrícula 22.
- local bajo las escaleras del mercado de 25 metros cuadrados para la Brigada municipal, recogido en el inventario de Bienes con el número de matrícula 23.
- solar de 3.526,25 metros cuadrados y donde se asientan las anteriores construcciones que linda Norte con calle Muzategi, Sur con la viabilidad de la calle Errebal, Este con acera del edificio Blas Etxeberria número 3 y calle Merkatu y Oeste con el límite de la UAR 17 + 18 Muzategi-Indianokua.

Así mismo el nuevo régimen con los nuevos destinos y usos de la parcela ha resultado aprobado con ocasión de la aprobación definitiva por el Consejo de Diputados de la Excma. Diputación Foral de Gipuzkoa el 12 de diciembre de 2006 del Plan General Municipal de Ordenación Urbana de Eibar.



Se hace constar no obstante el error que se recoge en la ficha de la A. 137.01 consistente en que en el apartado de parámetros de la ordenación se recoge en la edificabilidad bajo rasante el uso "garaje" cuando lo que debe de recogerse es "terciario y usos compatibles".

Dicho error será subsanado con ocasión del texto refundido del Plan General Municipal de Ordenación Urbana de Eibar que se está elaborando y que ha de aprobar y remitir a la Diputación Foral.

En la ficha urbanística que figura en el Pliego está corregido el error."

Es decir, que por parte del Pleno del Ayuntamiento de Eibar se procedió a la desafectación de unos elementos que posteriormente fueron objeto de demolición, así como del solar sobre el que se ubicaban los mismos.

A continuación, por parte del Ayuntamiento de Eibar, se procedió a convocar un concurso público con el fin de proceder a la enajenación de una parcela de propiedad municipal sita en la calle Errebal números 11 y 13, donde se ubicaba el Mercado de Abastos y la Escuela de Música, con el fin de que se procediera a la construcción de un Centro Comercial.

La cláusula cuarta del Pliego de Cláusulas Administrativas que rigió el concurso, señalaba que el adjudicatario debía de asumir las cargas que le correspondían conforme a la ordenación urbanística de la UAR 137.01 y que eran las siguientes:

- Derribo de las edificaciones del Mercado, Escuela de Música y demás construcciones y elementos de urbanización incompatibles con la nueva ordenación.
- Instalación de un mercado provisional y su posterior desmantelamiento.
- Gastos de traslado de los titulares actuales de los puestos del Mercado Errebal al mercado provisional y del mercado provisional al definitivo del complejo comercial.
- Abono del 10% del aprovechamiento urbanístico en el plazo de un mes a partir de la aprobación definitiva del proyecto de reparcelación.
- Imposición de servidumbres establecidas en la ordenación.
- Urbanización y cesión de los espacios libres.
- Las demás que pudieran corresponderle como promotor de la unidad, entre las que se incluye el Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras y la garantía de ejecución de las cargas de urbanización.

Asimismo, la cláusula quinta del Pliego, disponía que la transmisión de la parcela por parte del Ayuntamiento de Eibar se efectuaba con la obligación de entrega por parte del adjudicatario a dicha Administración Municipal, una vez concluido el Centro Comercial y como partes privativas del mismo, de:

- 1.- La propiedad de un local destinado a Mercado de Abastos.
- 2.- La propiedad de un local destinado a Parking Público.
- 3.- La participación alícuota en la propiedad del solar correspondiente a las mencionadas partes privativas tomando como referencia los metros edificados del complejo, emplazamiento, situación y usos.



Posteriormente a la desafectación, tal y como el propio Acuerdo Plenario indica, por el Consejo de Diputados de la Diputación Foral de Gipuzkoa, con fecha 12 de diciembre de 2006, se procedió a la aprobación definitiva del Plan General Municipal de Ordenación Urbana de Eibar donde se establece el nuevo régimen con los destinos y usos de la parcela.

Dicho nuevo régimen de usos y destinos se establecía para el momento en que se construyera el Centro Comercial que estaba proyectado en la parcela de referencia.

Al contrario de lo manifestado por el Tribunal Vasco de Cuentas Públicas, el PGOU no mantuvo el destino demanial de algunos espacios de la parcela al reservar unas zonas para mercado de abastos y aparcamiento público.

Examinando las determinaciones del propio PGOU, nos encontramos con que:

- la Unidad establecida en el Plan A.I. 137 Errebal –cuya ficha se recoge como anexo III
  del Pliego de Condiciones Administrativas de contratación- abarca tan solo la parcela en
  cuestión y recoge en exclusiva un "uso lucrativo terciario y compatibles" cifrado en
  10.230 metros cuadrados construidos.
  - Este aprovechamiento se materializa con la construcción del centro comercial el que se ubicaría en una parte le mercado y en otra el parking.
- la unidad se califica como Unidad de aprovechamiento terciario, y no de equipamiento o de sistema general, como lo son otras unidades del PGOU.
- la misma grafía y leyenda muestran que se trata de una parcela que no es de dominio público; sino de aprovechamiento lucrativo de carácter comercial, al igual que por ejemplo otras unidades donde se ubican unos grandes almacenes de escala nacional.

Bien al contrario, lo que hace el PGOU es constituir un destino demanial en unos espacios de nueva creación, Centro Comercial, para cuya construcción fue necesario desafectar previamente la parcela primigenia.

Tal es el error de interpretación del Tribunal Vasco de Cuentas Públicas, el no haber entendido que se había producido una total transformación del solar original, para lo que se produjo una total desafectación del mismo, para después producirse una afectación "a posteriori" de algunos de los espacios resultantes.



En consecuencia, debe consignarse en este apartado que el acuerdo de desafectación de la parcela, fue correctamente adoptado por el Ayuntamiento de Eibar, ya que había dejado de destinarse al servicio público el uso total de la misma.<sup>3</sup>

# 3.- A la tercera conclusión.

#### 3.1. Texto del Tribunal Vasco de Cuentas Públicas.

3.- El Ayuntamiento, ha utilizado el procedimiento del concurso público mediante la figura del contrato administrativo especial para la venta de la parcela. El Registrador de la Propiedad, por su parte, ha calificado la operación como permuta. Así mismo, del análisis del expediente administrativo se desprende que la prestación real que subyace como objeto del contrato es la de un contrato de obras, y por tanto no se valoró convenientemente su coste, ni exigió a los licitadores clasificación empresarial alguna.

### 3.2.- Alegaciones.

Tal y como hemos expuesto en los apartados precedentes, por parte del Ayuntamiento de Eibar, se procedió a convocar un concurso público con el fin de proceder a la enajenación de una parcela de propiedad municipal sita en la calle Errebal números 11 y 13, donde se ubicaba el Mercado de Abastos y la Escuela de Música, con el fin de que se procediera a la construcción de un Centro Comercial.

A tal fin, a la hora de proceder a la enajenación de la parcela municipal sita en Errebal números 11 y 13 tramitó un completo expediente administrativo donde consta la emisión de los correspondientes Informes emitidos por la Arquitecto Municipal (Folios 1 al 10, ambos inclusive, del Expediente Administrativo correspondiente a la enajenación de la parcela), por la Secretaria General (Folios 39 al 46, ambos inclusive, del Expediente Administrativo correspondiente a la enajenación de la parcela) y por el Interventor (Folios 48 y 49 del Expediente Administrativo correspondiente a la enajenación de la parcela).

El nuevo PGOU de Eibar, tras su aprobación definitiva el 12 de diciembre de 2006, prevé el objetivo para la A.I.137.01 Errebal consistente en: "regenerar la actividad del mercado municipal creando un centro comercial de nueva centralidad en el que se integran el mercado municipal, una superficie de alimentación en seco, y una superficie destinada a la restauración e instalaciones de ocio. Con esta actuación se trata de generar una dotación de aparcamiento para residentes y rotatorio, además del necesario para la propia actividad comercial". Para el cambio de calificación jurídica se hace preciso no sólo una desafectación formal sino, además, una desascripción efectiva que lógicamente, por su propia naturaleza, comportará la ruptura sobre dichos bienes de carácter inalienable e imprescriptible, por razón de dejar de destinarse al interés general. Sin embargo, se ha procedido a la venta de la parcela cuando todavía se realizaba en ella la actividad de mercado. En este sentido, los servicios municipales, en informe de abril de 2006, ya advertían que "La desafectación de hecho, su no destino al servicio público se dará cuando se derribe el edificio y se traslade el mercado a su ubicación provisional"



Previamente, con fecha 13 de diciembre de 2006, se había elaborado por parte de la Secretaria General y por el Técnico de la Unidad de Compras y Contratación, el Pliego de Cláusulas Administrativas para la enajenación, por concurso, de la parcela de propiedad municipal sita en Errebal números 11 y 13 (Mercado de Abastos de Errebal y Escuela de Música) calificada como suelo urbano de uso terciario en el Plan General de Ordenación Urbana de Eibar para la Construcción de un Centro Comercial.

En la cláusula segunda "Régimen Jurídico" de dicho Pliego de Cláusulas Administrativas se consigna lo siguiente:

"El contrato que resulte de la adjudicación, dada la finalidad pública que se pretende satisfacer, tiene carácter Administrativo Especial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5.2.b) del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que establece el carácter administrativo y privado de los contratos que celebre la Administración, y se regirá en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción, por el presente Pliego y por las disposiciones contenidas en el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y por sus disposiciones de desarrollo."

El Real Decreto Legislativo núm. 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, vigente en el momento de la licitación analizada, establece en su artículo 5.2 que son contratos administrativos los siguientes:

- "a) Aquéllos cuyo objeto directo, conjunta o separadamente, sea la ejecución de obras, la gestión de servicios públicos y la realización de suministros, los de concesión de obras públicas, los de consultoría y asistencia o de servicios, excepto los contratos comprendidos en la categoría 6 del artículo 206 referente a contratos de seguros y bancarios y de inversiones, de los comprendidos en la categoría 26 del mismo artículo, los contratos que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos.
- b) Los de objeto distinto a los anteriormente expresados, pero que tengan naturaleza administrativa 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."

El artículo transcrito conceptúa como contratos administrativos aquellos distintos de los típicos pero que tengan naturaleza administrativa 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 aquella o declararlo así una ley.

En el supuesto en cuestión, la satisfacción de la competencia municipal no es otra que la del PGOU recogida en la referida ficha de la Unidad U.I137.Errebal como objetivos: "regenerar la actividad del mercado municipal creando un centro comercial de nueva centralidad en el que se integre el mercado municipal, una superficie de alimentación en seco y una superficie destinada a restauración e instalaciones de ocio".



Si la enajenación no se hubiera vinculado a estos objetivos no se habrían establecido las obligaciones recogidas en la referida cláusula quinta del Pliego de Cláusulas Administrativas del contrato de entregar al Ayuntamiento determinados espacios ya edificados y además, equipados,

En este sentido se pronunció la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, Sección 1<sup>a</sup>, de 13 de febrero de 1990 (La Ley 12867-R/1990), que señalaba lo siguiente:

"Quinto.- Es doctrina reiterada de este Tribunal (Sentencias de su Sala 1.ª de 11 de mayo de 1982, y 3 de octubre y 16 de noviembre de 1983, 30 de abril de 1985, 14 de marzo de 30 de abril y 3 de octubre de 1986, 9 de octubre de 1987 y 11 de julio de 1988 entre otras) la de que para distinguir entre los contratos privados y los administrativos, prescindiendo del tradicional criterio de las cláusulas exorbitantes o derogatorias del derecho común, hay que atender básicamente al objeto o visión finalista del negocio, de suerte que una relación jurídica concreta ofrecerá naturaleza administrativa cuando ha sido determinada por la prestación de un servicio público, entendiendo este concepto en su acepción más amplia para abarcar cualquier actividad que la Administración desarrolle como necesaria para satisfacer el interés general atribuido a la esfera específica de su competencia y por lo mismo correspondiente a sus funciones peculiares; sentido lato que inspira el artículo 4 de la Ley de Contratos del Estado de 17 de marzo de 1973 cuya regla 2.ª comprende la relación típica que el órgano administrativo desarrolla en el ámbito de su competencia funcional; siendo esta doctrina igualmente aplicable a la contratación de las Corporaciones Locales como se desprende de lo preceptuado en los artículos 5 apartado c) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, y 112 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, el último de cuyos preceptos, en la Regla 1.ª de su apartado 2, establece que los contratos cuyo objeto directo sea la ejecución de obras y la gestión de servicios públicos a cargo de las Entidades Locales tienen el carácter de administrativos; señalando luminosamente la Sentencia de la misma Sala 1.ª de este Tribunal de 30 de abril de 1986, que dada la amplitud del concepto de servicios públicos, el concepto de contrato administrativo viene determinado doctrinalmente por la definición negativa o excluyente del servicio público, es decir, cuando al contrato no tiene por objeto de gestión del dominio privado, patrimonial o mercantil de la Administración, el contrato será administrativo; pero en el caso de las Corporaciones Municipales Provinciales, la Ley ya detalla positivamente cuáles son los servicios públicos municipales o provinciales de la competencia del Municipio y de la Provincia (artículos 25,2 y 31,1a de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local antes citada de 2 de abril de 1985), de modo que cualquier contrato otorgado por la Administración Pública Local que tenga por objeto la gestión directa o indirecta de esos servicios de su competencia (Municipal o Provincial), será un contrato administrativo; pues como declara nuestra Sentencia de 29 de diciembre de 1986, cuando se trata prestar un servicio de la competencia de la Administración, la naturaleza administrativa del contrato resulta indudable, ya que la jurisprudencia reconoce naturaleza administrativa a todos los contratos celebrados por la Administración cuya finalidad sea la satisfacción directa o indirecta de una necesidad pública de su competencia."

En el presente supuesto, como el propio Pliego de Cláusulas Administrativas indica, el objeto del contrato lo constituye la enajenación, a través del procedimiento del concurso



público, de la parcela de propiedad municipal sita en Errebal números 11 y 13 (Mercado de Abastos de Errebal y Escuela de Música) calificada como suelo urbano de uso terciario en el Plan General de Ordenación Urbana de Eibar para la Construcción de un Centro Comercial.

A tal fin, por una parte, en la cláusula tercera del Pliego se describe la parcela objeto de enajenación. $^4$ 

A su vez, por otra parte, en la cláusula séptima se establecía un precio mínimo que debían de abonar los licitadores por dicha transmisión: 641.303,00 Euros.

Finalmente, en la cláusula quinta del citado pliego se establecían otras contraprestaciones adicionales del adjudicatario, que consistían en la entrega al Ayuntamiento de Eibar, una vez concluido el Centro Comercial y como partes privativas del mismo, de:

- La propiedad de un local destinado a Mercado de Abastos con las características y equipamientos que se indicaban.
- La propiedad de un local destinado a Parking Público con las dimensiones, características y equipamientos que se indicaban.
- La participación alícuota en la propiedad del solar correspondiente a las mencionadas partes privativas, tomando como referencia los metros edificados del complejo, emplazamiento, situación y usos.<sup>5</sup>

En definitiva, la utilización de la figura del contrato administrativo especial por parte del Ayuntamiento de Eibar, fue la correcta de conformidad con la Legislación de Contratos de las Administraciones Públicas vigente en la fecha de la licitación.

Por otra parte, lo que es claro es que no nos encontramos ante un contrato de obras, tal y como así lo declara la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2003 (RA7310).

Esta Sentencia considera que no es un contrato público de obras, sino un contrato atípico privado, aquél por el que el Ayuntamiento cede a una constructora un solar de su propiedad, desafectado, a cambio de la construcción de un frontón cubierto y una plaza pública, reteniendo el contratista el derecho a construir y vender una planta baja y 200 plazas de garaje.

Si el objeto del contrato hubiera sido la compraventa de la parcela el procedimiento a seguir debiera haber sido la subasta.

La contraprestación adicional supone 3,6 millones de euros sobre un un valor de la parcela de 4,1 millones, esto es más del 85% de su valor.



Respecto de la calificación de la operación como permuta que realizó el Registrador de la Propiedad, la misma no se opone la utilización de la figura del contrato administrativo especial para la licitación de la contratación, ya que dicha calificación lo fue exclusivamente a los efectos de la inscripción de la transmisión de la propiedad de la parcela en el Registro de la Propiedad de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento Hipotecario. 6

Por último, debe rechazarse igualmente la imputación que realiza el Tribunal Vasco de Cuentas Públicas respecto a la incorrecta valoración del coste de la prestación.

Efectivamente, en el expediente incoado al efecto por el Ayuntamiento de Eibar, figura un completo Informe de valoración de la parcela emitido con fecha 13 de diciembre de 2006 por parte de la Arquitecto Municipal (Folios 6 al 10, ambos inclusive, del Expediente Administrativo correspondiente a la enajenación de la parcela).

En dicho Informe, en función del aprovechamiento urbanístico definido en el Plan General de Ordenación Urbana de Eibar, se valoraba justificadamente cual era el valor de la parcela a los efectos de fijar el importe de la licitación que resultaba ser el de 641.303,00 Euros.

Dicho importe fue trasladado de forma íntegra a la cláusula séptima del Pliego de Cláusulas Administrativas que rigió la contratación.

Por ello debe rechazarse la gratuita afirmación que realiza el Tribunal Vasco de Cuentas Públicas sobre una eventual incorrección de la valoración del coste de la licitación, la cual se realiza sin aportar ninguna justificación técnica de la misma y sin proponer una valoración alternativa.<sup>7</sup>

Por lo tanto, debe consignarse en este apartado que la utilización por el Ayuntamiento de Eibar del procedimiento del concurso público mediante la figura del contrato administrativo especial para la venta de la parcela, fue totalmente ajustada a derecho.

### 4.- A la cuarta conclusión.

### 4.1.- Texto del Tribunal Vasco de Cuentas Públicas.

4.- La empresa adjudicataria, constituida 3 meses antes de la convocatoria del concurso público, presentó como requisito de solvencia un certificado de una entidad financiera, sin fecha, en la cual se valoraba la suficiente solvencia del licitador y de las mercantiles socias para hacer frente a los compromisos derivados del contrato, no quedando acreditada en dicho certificado la solvencia individual de la adjudicataria. La solvencia de los socios

La sentencia lo que dice es que los actos previos realizados por el Ayuntamiento contratante y la intención plasmada en el contexto literal del contrato, así como el título dado a la escritura pública, determinan que se trata de una permuta. En el presente caso no se dan esas circunstancias, ya que la escritura pública la define como compraventa. Por otra parte, no cabe enajenación alguna de un bien de dominio público.

El importe de licitación se corresponde con la diferencia entre el importe de tasación de la parcela y el valor de venta del mercado y del aparcamiento, pero no con el de coste material de la obra.



participantes no puede ser calificada por la Administración dado que dichas mercantiles no se han presentado al proceso licitatorio. Exclusivamente hubiera podido ser calificada dicha solvencia si se hubieran presentado al proceso a través de una UTE constituida al efecto, tal y como lo establece el artículo 24 del TRLCAP. Además, la presentación del certificado de una institución financiera fue el único requisito exigido en los pliegos para la acreditación de la solvencia. Asimismo, si bien es cierto que no se incumple el artículo 16 del TRLCAP que permite que la solvencia pueda ser acreditada exclusivamente por este medio, dicho artículo posibilita otros medios de acreditación como las cuentas anuales y la cifra de negocios global y la cifra de las obras, suministros, servicios o trabajos realizados por la empresa en los 3 últimos ejercicios. Dado el volumen económico del contrato habría sido recomendable que la Administración hubiera exigido mayores requisitos de solvencia económica y financiera que los recogidos en los pliegos.

## 4.2.- Alegaciones.

El artículo 16 del Real Decreto Legislativo núm. 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, vigente en el momento de la licitación analizada, preceptuaba lo siguiente:

"Artículo 16. Solvencia económica y financiera.

- 1. La justificación de la solvencia económica y financiera del empresario podrá acreditarse por uno o varios de los medios siguientes:
- a) Informe de instituciones financieras o, en su caso, justificante de la existencia de un seguro de indemnización por riesgos profesionales.
- b) Tratándose de personas jurídicas, presentación de las cuentas anuales o extracto de las mismas, en el supuesto de que la publicación de éstas sea obligatoria en los Estados en donde aquellas se encuentren establecidas.
- c) Declaración relativa a la cifra de negocios global y de las obras, suministros, servicios o trabajos realizados por la empresa en el curso de los tres últimos ejercicios.
- 2. Si por razones justificadas un empresario no puede facilitar las referencias solicitadas, podrá acreditar su solvencia económica y financiera por cualquier otra documentación considerada como suficiente por la Administración."

De conformidad con el artículo transcrito, hemos de señalar que la solvencia exigida al empresario responde a un criterio subjetivo de la Administración contratante respecto de la idoneidad de aquel para realizar el objeto del contrato. Por ello, el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas no establecía que solvencia habría de exigirse para cada tipo de contrato, sino que enumeraba los posibles medios de acreditación que el órgano de contratación podía utilizar.

De este modo, es el órgano de contratación quien determina, en el Pliego y en el anuncio, el quantum de la solvencia para lo que cuenta con un amplio margen de discrecionalidad



sólo limitado por la regla de no introducir, por este medio, medidas discriminatorias no justificadas por la propia razón del objeto del contrato.

En el presente supuesto, la cláusula décima "Presentación de Proposiciones", en el punto 2.6 de la documentación a incluir en el Sobre A, recogía la siguiente:

"2.6.- Las empresas licitadoras deberán acreditar los criterios de solvencia económica y financiera mediante la presentación de un certificado de alguna institución financiera que acredite la solvencia económica y financiera del licitador y en el que se haga constar expresamente que el licitador dispone de la suficiente solvencia económica y financiera para abonar el precio del contrato y sufragar los gastos que el mismo conlleva."

Es decir, que el modo para acreditar la solvencia que se consignaba en el Pliego de Cláusulas Administrativas para la enajenación, por concurso, de la parcela de propiedad municipal sita en Errebal núm. 11 y 13 (Mercado de Abastos de Errebal y Escuela de Música) calificada como suelo urbano de uso terciario en el Plan General de Ordenación Urbana de Eibar para la Construcción de un Centro Comercial, era plenamente conforme y adecuada con la exigencia contenida en el entonces vigente artículo 16 del Real Decreto Legislativo núm. 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, todo ello, sin perjuicio de que pudieran existir otros medios para acreditar dicha solvencia. §

De conformidad con los requisitos contenidos en el Pliego, presentaron las correspondientes ofertas de participación, tanto la empresa que posteriormente resultó adjudicataria del concurso, SPV Eibar Boulevard, SL, como otras tres (3) empresas más.

De este modo, SPV Eibar Boulevard, SL presentó un certificado de una entidad financiera donde se adveraba la existencia de la suficiente solvencia, tanto de dicha mercantil, como de las mercantiles socias, para hacer frente a los compromisos derivados del contrato objeto de la licitación.

Se trata de un certificado emitido por el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria en el que se concluye lo siguiente:

"Que el licitador y sus socios gozan de una situación económica y financiera suficientemente saneada para obtener, de acuerdo con las prácticas usuales de los mercados financieros, financiación para abonar el precio del referido concurso y sus gastos, en las condiciones y plazos fijados para dicho concurso."

A pesar de lo que manifiesta el Tribunal Vasco de Cuentas Públicas, la solvencia de la mercantil SPV Eibar Boulevard, SL fue debidamente acreditada por la misma, sin perjuicio de que también se acreditase la solvencia de las mercantiles socias como un "plus" que denotaba un mayor compromiso no sólo de la licitadora, sino también de sus accionistas.

No basta con indicar la forma de acreditar sino que procede establecer el nivel adecuado para considerar bajo el principio de objetividad qué empresas son solventes.



El documento presentado por dicha Entidad Bancaria como requisito de solvencia técnica refleja una solvencia económico-financiera individualmente considerada para el licitador y para cada uno de sus socios.

Es decir, la solvencia es de todos y cada uno de ellos individualmente considerada y que tanto el licitador, como sus socios, gozan de una situación económica saneada para obtener, de acuerdo con las prácticas usuales de los mercados financieros, financiación para abonar el precio del referido concurso.<sup>9</sup>

En este sentido, con fecha 11 de abril de 2007, la Mesa de Contratación del Ayuntamiento de Eibar procedió a la apertura de los sobres que contenían la documentación de la personalidad del empresario, así como de su solvencia y declaró que las cuatro (4) empresas licitadoras habían presentado la documentación correctamente.

Son reveladores dos hechos:

El primero, que la solvencia económico-financiera de SPV Eibar Boulevard SL para ejecutar el contrato era la adecuada en el momento en que se exigió, quedando ello confirmado con posterioridad en lo siguiente:

- Que abonó sin problemas los 754.000,00 Euros correspondientes al importe de la enajenación de la parcela.
- Que depositó la garantía definitiva (aval bancario) por un importe de 4.612.633,00 Euros para asegurar el cumplimiento de las obligaciones dimanantes del contrato.
- Que con el objeto de financiar la construcción del Centro Comercial, una vez adjudicado el contrato, SPV Eibar Boulevard SL, suscribió una hipoteca con la entidad financiera Hypo Real Estate Bank International AG, por un importe de 27.646.670 Euros, importe que cubría suficientemente la construcción del Centro Comercial.

El segundo, que la admisión de la proposición presentada por SPV Eibar Boulevard SL así como la posterior adjudicación de la licitación a la misma, no fue en ningún momento impugnada por ninguna de las demás empresas licitadoras

Por tanto, la empresa contaba en principio con la solvencia económico-financiera para ejecutar el contrato, ya que ha quedado acreditado que disponía de financiación suficiente para su ejecución, que es lo que en definitiva exige la solvencia económico financiera

En consecuencia, debe consignarse en este apartado que la valoración de la solvencia del adjudicatario de la licitación se ajustó a lo dispuesto en la normativa vigente.

El citado certificado no recoge el literal requerido por los pliegos ".en el que se haga constar expresamente que el licitador dispone de la suficiente solvencia económica y financiera para abonar el precio del contrato y sufragar los gastos que el mismo conlleva". Por otro lado, la normativa contractual no admite ningún "plus" en los términos que expresa la alegación. Por último, cabe recordar que el Ayuntamiento ha tenido que devolver el precio y el aval y abandonar el proyecto, porque la empresa carecía de la financiación necesaria.



## 5.- A la quinta y sexta conclusión.

- 5.1.- Texto del Tribunal Vasco de Cuentas Públicas.
- 5.- Las principales causas que, a la vista de la documentación analizada, han llevado a la paralización del proyecto y posterior resolución del mismo han sido:
- La retirada de la financiación a la adjudicataria por parte de una entidad financiera, debido al incumplimiento de los plazos pactados en el contrato de préstamo suscrito entre ambas.
- La resolución del contrato entre la empresa adjudicataria y los redactores del proyecto de ejecución, por discrepancias sobre la viabilidad estructural del proyecto.

Según establece el artículo 98 del TRLCAP la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, salvo en supuestos de fuerza mayor.

6.- Con respecto al interés público que hace innecesario e inconveniente la permanencia del contrato, según se recoge en la resolución por mutuo acuerdo, el TVCP considera que contradice las previsiones incluidas inicialmente en los pliegos del concurso. Dichos pliegos preveían la no reversión de la parcela en el supuesto de incumplimiento imputable al contratista, y en cambio sí preveían la incautación de la garantía depositada y la retención de la cantidad en metálico ofertada.

### 5.2.- Alegaciones.

La anterior conclusión del Tribunal Vasco de Cuentas Públicas constituye a nuestro entender un desafuero jurídico, amén de un exceso de la competencia del mismo no amparada por la Ley núm. 1/1988, de 5 de febrero, que regula dicho órgano de fiscalización.

El contrato de compraventa de la parcela de propiedad del Ayuntamiento de Eibar sita en los números 11 y 13 de la calle Errebal de dicho Término Municipal, objeto de la resolución de mutuo acuerdo, está regido por el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo núm. 2/2000, de 16 de junio, ya que aun habiendo sido dicha normativa derogada por la Ley núm. 30/1997, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, sin embargo la Disposición Transitoria Primera de la misma, dispone que los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a su entrada en vigor, se regirán en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior.

De este modo, debemos acudir a lo dispuesto en el artículo 111 del meritado Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo núm. 2/2000, de 16 de junio, el cual dispone que son causas de resolución del contrato:

"c) El mutuo acuerdo entre la Administración y el contratista."

En el mismo sentido se pronuncia el hoy vigente artículo 206 c) de la Ley núm. 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.



Este supuesto de resolución tiene carácter excepcional, presupone que el contratista no haya incurrido en incumplimiento de sus obligaciones contractuales y exige que razones de interés público hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato.

Es decir, para la resolución del contrato por mutuo acuerdo no basta sólo con que la Administración y el contratista presten su consentimiento, sino que además es preciso que concurran dos presupuestos legalmente establecidos:

- que no concurra otra causa de resolución que sea imputable al contratista.
- que razones de interés público hagan innecesario o inconveniente la permanencia del contrato.

Estos dos requisitos deben de concurrir simultáneamente para que sea posible la resolución de mutuo acuerdo.

La exigencia de que no concurra otra causa de resolución imputable al contratista se fundamenta en que la Administración no puede renunciar, mediante un mutuo acuerdo, a la indemnización a que tiene derecho en el supuesto de que el incumplimiento haya sido ocasionado por aquél.

Ahora bien, si el contratista incurre en previo incumplimiento que no constituya causa de resolución del contrato, es decir, un incumplimiento que no afecta a las prestaciones esenciales, será posible que con posterioridad se resuelva el contrato de mutuo acuerdo (Dictamen del Consejo de Estado núm. 46236/1984, de 26 de abril de 1984).

Las razones de interés público que justifican el mutuo acuerdo pueden ser diversas, aunque normalmente se reconducen al supuesto en que la Administración obtiene un ahorro económico, como sucede cuando el contratista, al aceptar el mutuo acuerdo, renuncia a la indemnización que le correspondería como consecuencia del incumplimiento en que ha incurrido aquella o cuando la continuación de la obra supondría un mayor gasto para la Administración.

No obstante, también se ha admitido el mutuo acuerdo cuando existen razones técnicas que justifican la resolución del contrato o por imposibilidad sobrevenida o variación sustancial de las circunstancias bajo las que se adjudicó el contrato (de este modo se pronunció el Consejo de Estado en su Dictamen núm. 404/1994, de 16 de mayo, en un caso en que el cambio de las circunstancias internacionales había determinado la incapacidad técnica sobrevenida de los adjudicatarios de un contrato de suministro).

Expuesta la doctrina general de la resolución de mutuo acuerdo de los contratos administrativos, a continuación vamos a demostrar la adecuación a derecho de la resolución de mutuo acuerdo del contrato de compraventa por la mercantil SPV Eibar Boulevard, SL, de una de la finca de propiedad municipal sita en Errebal números 11 y 13.

Para la resolución de esta cuestión, resulta de suma importancia el Dictamen del Consejo de Estado núm. 3928/1999, de 1 de junio, emitido como consecuencia del expediente de resolución del contrato de obras de "Rehabilitación de la Casa Consistorial Fase II del Ayuntamiento de Eibar".



En el citado Dictamen, que precisamente hace referencia a un contrato otorgado por el Ayuntamiento de Eibar, se señala que el requisito fundamental para que se produzca la resolución del contrato por mutuo acuerdo, es la voluntad concurrente de las partes en orden a que se produzca la resolución del contrato.

A mayor abundamiento, el meritado Dictamen señala que en el caso de una complicada evolución en la ejecución del contrato, conviene a la buena gestión de los intereses públicos la extinción del mismo.

Incluso, añade que "la resolución del contrato y su ulterior adjudicación a un tercero pueden constituir la forma más eficiente para despejar, si es que existen, las posibles indefiniciones en el proyecto cuya ejecución se contrate." <sup>10</sup>

En el presente caso, en primer lugar, es clara la existencia de una voluntad concurrente, tanto del Ayuntamiento de Eibar, expresada por el Alcalde-Presidente, como de la mercantil SPV Eibar Boulevard, SL, de proceder a la resolución del contrato de compraventa por parte de la mercantil SPV Eibar Boulevard, SL, de una de una finca de propiedad municipal sita en Errebal números 11 y 13 y demás prestaciones.

En segundo lugar, del análisis del expediente administrativo existente, no se deriva que haya existido por parte de SPV Eibar Boulevard, SL un previo incumplimiento que constituya causa de resolución del contrato por afectar a las prestaciones esenciales del mismo.

Bien al contrario, han sido tres los factores principales que motivaron la imposibilidad de que por parte SPV Eibar Boulevard, SL pudiera llevarse a efecto la construcción del Centro Comercial, del Mercado de Abastos y del Parking Público, en los términos del acuerdo de adjudicación de 22 de mayo de 2007 y posterior escritura pública de compraventa de 27 de julio de 2007:

Por una parte, el advenimiento de una crisis económica a escala mundial con especial incidencia en los sectores financiero, de la construcción e inmobiliario, la cual afectó a la promoción del Centro Comercial previsto en la finca objeto de la licitación, de tal forma que se pusieron de manifiesto graves problemas que han imposibilitaron el perfeccionamiento del contrato otorgado con una Entidad Bancaria para la financiación de la inversión proyectada. Prueba de ello es que si bien en un principio SPV Eibar Boulevard, SL fue agotando los trámites y procesos establecidos en el Pliego de Condiciones, de este modo presentación de Proyecto de Derribo (09/10/2007), Estudio de Detalle (01/10/2007), PAU (01/10/2007) y Proyecto de Urbanización (07/02/2008), sin embargo es ya a principios del año 2008 cuando ralentiza su actividad coincidiendo precisamente con el estallido de la crisis.

En el literal del citado Dictamen se dice: "El requisito fundamental para que se dé el mutuo acuerdo como causa de resolución contractual es la voluntad concurrente de las partes en orden a resolver el contrato, aunque subordinada a la inexistencia de causa de resolución imputable al contratista y a la concurrencia de razones de interés público, u otras circunstancias de carácter excepcional –debidamente justificadas-, que hagan innecesario o inconveniente la permanencia de la relación contractual".



- Por otra parte, la aprobación del Proyecto de Reparcelación del ámbito de actuación integrada 137; Errebal, fue cuestionada por una parte de la Corporación de Eibar y una muestra de ello fue el recurso de reposición que contra su aprobación definitiva se presentó con fecha de 17 de julio de 2009 por el Grupo Municipal Coalición Ezker Batua-Aralar y el posterior recurso contencioso-administrativo interpuesto que se tramitó ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Donostia-San Sebastián con el núm. 710/2009.
- En último término, también es importante la existencia de diversos problemas con los Arquitectos redactores del Anteproyecto para la construcción del Centro Comercial de Errebal, debido a que los proyectos que estaban redactando para el mismo suscitaban dudas en SPV Eibar Boulevard, SL en cuanto a su viabilidad estructural, lo que motivó que por parte de la promotora se procediera a la resolución de los contratos suscritos con los mismos.

Los tres motivos expuestos, no fueron provocados por una mala gestión de SPV Eibar Boulevard, SL sino que, antes bien, son circunstancias que no se podían prever a la fecha del otorgamiento del contrato con el Ayuntamiento de Eibar.

En este punto hemos de consignar que aun cuando el Ayuntamiento de Eibar no se erija en defensor de la promotora, que cuando SPV Eibar Boulevard, SL resolvió el contrato con los arquitectos redactores inicialmente contratados, posteriormente contrató con otro estudio quien elaboró un proyecto básico que fue presentado en Dependencias Municipales con fecha 14 de julio de 2009.

Se aporta certificado del Colegio Oficial de Arquitectos Vasco Navarro y de instancia de presentación como Documentos números 4 y 5 del presente escrito de alegaciones.

En último término, a la vista de la evolución de la ejecución del contrato que hacía imposible el perfeccionamiento del mismo, era conveniente para los intereses públicos su extinción.

Efectivamente, la permanencia durante un tiempo indefinido en el centro del Municipio de Eibar de un solar vacío y yermo, perjudicaba a los intereses de los ciudadanos cuya legítima aspiración era que dicho terreno fuese ocupado por una infraestructura que pudiera dar un servicio a la Comunidad.

Para ello, resultaba necesario que el Ayuntamiento de Eibar hubiera resuelto previamente el contrato otorgado con SPV Eibar Boulevard, SL, con el fin de, en su caso, realizar una nueva adjudicación para que por otro contratista pudiera llevarse a cabo, ya sea el proyecto originalmente previsto (construcción del Centro Comercial, del Mercado de Abastos y del Parking Público), ya sea otro proyecto que sirviera a los intereses generales.

En este sentido, el Ayuntamiento de Eibar encargó un Dictamen Jurídico a un Despacho de Abogados externo especialista en derecho administrativo, quien emitió el meritado Informe con fecha 26 de noviembre de 2009 (Folios 42 al 66, ambos inclusive, del Expediente Administrativo correspondiente a la resolución del contrato).

En dicho Dictamen, se consignaba que en este caso se daban aquellos requisitos que venían exigidos tanto por la legislación aplicable en materia de Contratos de las



Administraciones, como por la Doctrina del Consejo de Estado, para que se procediera a la resolución de mutuo acuerdo de los contratos administrativos, lo que habilitaba al Ayuntamiento De Eibar para que, si lo estimase conveniente, accediera a la resolución de mutuo acuerdo del contrato de enajenación de una finca de propiedad municipal sita en Errebal números 11 y 13 (Mercado de Abastos de Errebal y Escuela de Música), tal y como le había sido solicitado por la mercantil SPV Eibar Boulevard, SL, en su escrito presentado con fecha 18 de noviembre de 2009.

Respecto de dicho Dictamen se emitió con fecha 1 de diciembre de 2009, Nota de Conformidad por parte de la Sra. Secretario General del Ayuntamiento de Eibar (Folio 68 del Expediente Administrativo correspondiente a la resolución del contrato).

Consecuentemente, con fecha 18 de enero de 2010, la Comisión de Trabajo de Cuentas, Hacienda y Patrimonio del Ayuntamiento de Eibar, acordó una propuesta resolución de mutuo acuerdo del contrato de compraventa de una parcela de propiedad del Ayuntamiento de Eibar sita en los números 11 y 13 de la calle Errebal de dicho Término Municipal, la cual fue elevada a la categoría de Acuerdo por el Pleno del Ayuntamiento de Eibar en su sesión celebrada el día 25 de enero de 2010 (Folios 327 al 339, ambos inclusive, del Expediente Administrativo correspondiente a la resolución del contrato).

Contra dicho Acuerdo Plenario fue interpuesto por una Concejal del Ayuntamiento de Eibar correspondiente al Grupo Municipal Coalición Ezker Batua-Aralar (Dña. María Asunción Gartzia Arregui), un recurso contencioso-administrativo que, tal y como se indica en el propio Informe de Fiscalización del Tribunal Vasco de Cuentas Públicas, ha sido tramitado ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Donostia-San Sebastián con el núm. 471/2010.

Pues bien, con fecha 11 de abril de 2013, dicho Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Donostia-San Sebastián ha dictado la sentencia núm. 95/2013, la cual ha sido notificada a las partes con fecha 16 de abril de 2013 – y que ha devenido firme-, en cuya parte dispositiva consigna lo siguiente:

"Que debo desestimar y desestimo el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación de María Asunción Gartzia Arregui, frente al Acuerdo del Ayuntamiento de Eibar, de fecha 25 de enero de 2010, por el que se aprueba la resolución de mutuo acuerdo del contrato de enajenación a la mercantil SPV Eibar Bolulevard, SL de la Parcela, por un precio consistente, por una parte, en el abono de una cantidad económica y, por otra, en la construcción y entrega al Ayuntamiento de un Mercado de Abastos y un Parking Público, tal y como fue aprobado por el Pleno del Ayuntamiento de Eibar de 22 de mayo de 2007 y elevado a escritura pública con fecha 27 de julio de 2007. Sin costas."

La argumentación en que se sustenta dicho fallo es concluyente, a saber:

"Quinto.- Dispone el artículo 111 c) del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, que es causa de resolución del contrato el mutuo acuerdo entre la Administración y el contratista. La viabilidad de la modalidad de resolución del contrato por mutuo acuerdo requiere de concurrencia de unos requisitos que operan a la vez como limitaciones al poder



de resolver los vínculos contractuales. El requisito fundamental para que se dé el mutuo acuerdo como causa de resolución contractual es la voluntad concurrente de las partes contratantes en orden a resolver el contrato, aunque subordinada a la inexistencia de causa de resolución imputable al contratista y a la concurrencia de razones de interés público, u otras circunstancias de carácter excepcional (debidamente justificadas), que hagan innecesario o inconveniente la permanencia de la relación contractual. En el caso que nos ocupa, es evidente, en primer lugar, la existencia de una voluntad concurrente de las partes de proceder a la resolución del contrato de compraventa de la parcela sita en Errebal números 11 y 13 y demás prestaciones, En segundo lugar, con respecto a la necesidad de que no concurra otra causa de resolución que sea imputable al contratista y que razones de interés público hagan innecesario o inconveniente la permanencia del contrato dice la recurrente que no dejan de ser dos meras afirmaciones sin ningún soporte probatorio. En este sentido alega que la excepcionalidad de un acuerdo de resolución como el de autos obligaba y exigía a la Administración a motivar de manera suficiente y a justificar sobradamente una medida como ésta, y no lo ha hecho. El motivo debe ser desestimado. Del examen del expediente, de las alegaciones de las partes y de la prueba practicada resulta que la administración atendió a tres factores que motivaron la imposibilidad de que por SPV Eibar Boulevard, SL, pudiera llevarse a efecto la construcción del Centro comercial, de Mercado de Abastos y del Parking Público, en los términos del acuerdo de adjudicación de 22 de mayo de 2007 y posterior escritura pública de compraventa de 27 de julio de 2007. De una parte, el advenimiento de una crisis económica a escala mundial con especial incidencia en los sectores financiero, de la construcción e inmobiliario, la cual ha afectado a la promoción Centro Comercial previsto en la finca objeto de la licitación, de tal forma que se han puesto de manifiesto graves problemas que han imposibilitado el perfeccionamiento del contrato otorgado con una Entidad Bancaria. De este modo, si bien SPV Eibar Boulevard, SL fue agotando los trámites y procesos establecidos en el Pliego de Condiciones con la presentación del proyecto de derribo (9 de octubre de 2007), estudio de detalle (1 de octubre de 2007), proyecto de urbanización (7 de febrero de 2008), obra en el documento número 3 presentado por el Ayuntamiento un correo de fecha 29 de julio de 2009, de la Entidad Financiera Deutsche Pfandbriefbank a SPV Eibar donde se le informa a esta última que le es imposible autorizar ninguna disposición más. Por otra parte, la aprobación del proyecto de reparcelación del ámbito de actuación integrada 137 Errebal ha sido impugnado ante la jurisdicción contenciosa, tramitándose en el Juzgado número 3 de esta Ciudad con el número 710/2009. En último lugar, la existencia de diversos problemas con los arquitectos redactores del Anteproyecto para la construcción del Centro Comercial, debido a que los proyectos que estaban redactando para el mismo suscitaban dudas en cuanto a su viabilidad estructural, lo que motivó que por parte de la promotora se procediera a la resolución de los contratos suscritos con los mismos, tal como quedó patente en la testifical evacuada en la persona de la arquitecto Soledad Madridejos, estando enfrentados en un juicio ordinario que se tramita en los juzgados de Eibar. Estos motivos acreditados hacen tender al Ayuntamiento y así lo hace constar en la resolución impugnada que a ejecución del contrato ha devenido imposible, por lo que resulta conveniente para los intereses públicos la extinción del mismo, ya que, sigue razonando el Ayuntamiento, la permanencia durante un



tiempo indefinido en el centro de Municipio de un solar vacío y yermo, perjudica a los intereses de los ciudadanos cuya legítima aspiración es que dicho terreno sea ocupado por una infraestructura que pueda dar un servicio a la Comunidad.

No es ocioso recordar, llegados a este punto, que, en aplicación de la remisión normativa establecida en el artículo 60.4 y la Disposición adicional primera de la Ley Jurisdiccional 29/1998, de 13 de julio, rige en el proceso contencioso-administrativo el régimen que sobre la carga de la prueba establece el artículo 217 de la Ley 1/2000,de Enjuiciamiento Civil En cuya virtud, corresponde a la parte recurrente "la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda" y a la parte demandada la "carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior". Con exclusión, por tanto, en el objeto de los temas de prueba de los hechos notorios ("notoria non egent probatione") y de los hechos negativos ("negativa sunt probanda"). Ello, sin perjuicio de que, en la aplicación de las reglas de distribución de la carga de la prueba el órgano judicial deba atender a los criterios de "la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio" De forma que, en aplicación del principio de la buena fe en su vertiente procesal, el órgano judicial habrá de tener presente los criterios anteriormente señalados, cuando integran el tema de prueba datos de hecho que resultan de clara facilidad probatoria para una de las partes y de difícil acreditación para la otra (sentencias TS (3ª) de 29 de enero, 5 de febrero y 19 de febrero de 1990, y 2 de noviembre de 1992, entre otras). Pues bien, de la valoración de la prueba que hemos desgranado, no cabe sino concluir que el recurrente no ha acreditado en modo alguno ninguno de los motivos en que fundamenta la impugnación de la resolución recurrida, pues, reiteramos, los tres factores condicionantes de dicha resolución, sin que se haya acreditado incumplimiento alguno por parte de la mercantil demandada de las obligaciones derivadas del contrato, no se podían prever a la fecha de otorgamiento del mismo, haciendo conveniente para los intereses públicos su extinción."

Es decir, que el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Donostia-San Sebastián, en su Sentencia núm. 95/2013, concluye totalmente lo contrario a lo afirmado por el Tribunal Vasco de Cuentas Públicas en su Informe de Fiscalización.

Tal y como hemos consignado en el apartado introductorio del presente escrito de alegaciones, la Constitución Española de 1978, configura la tradicional separación de poderes inherente a todo Estado de Derecho y en su artículo 117.3, señala textualmente lo siguiente:

"3.- El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan."

En idéntico sentido se ha pronuncia el artículo 2.1 de la Ley Orgánica núm. 6/1985, del Poder Judicial.

Asimismo, el artículo 8 de la referida Ley Orgánica, señala de forma expresa que:



"Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican."

En este sentido, teniendo pleno conocimiento el Tribunal Vasco de Cuentas Públicas de la existencia de diversos procedimientos judiciales en curso que afectan directamente a las materias fiscalizadas (entre ellos el recurso contencioso-administrativo núm. 471/2010, que se ha tramitado ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Donostia-San Sebastián), tal y como expresamente hace constar en su propio Informe de Fiscalización, debiera de haberse abstenido de realizar cualquier tipo de valoración sobre dichas cuestiones, al menos, hasta que hubiera recaído Sentencia firme en dichos procedimientos.

El no haber actuado así, determina, una clara vulneración del principio de separación de poderes, al intervenir un órgano dependiente del poder legislativo (Parlamento Vasco) en una cuestión que está legalmente reservada al conocimiento exclusivo de los Tribunales de Justicia.

A pesar de ello, en este momento resulta evidente que al haberse dictado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Donostia-San Sebastián la antes transcrita Sentencia núm. 95/2013, de 11 de abril, el Tribunal Vasco de Cuentas Públicas deberá adaptar sus conclusiones en este apartado, al contenido y fallo de la mencionada Resolución Judicial.

Por lo tanto, debe consignarse en este apartado que la resolución de mutuo acuerdo entre el Ayuntamiento de Eibar y la Sociedad SPV Eibar Boulevard, SL del contrato de enajenación de la parcela de Errebal, se adecua íntegramente a los requisitos exigidos por la normativa vigente en el momento de la contratación.

# 6.- A la séptima conclusión.

## 6.1.- Texto del Tribunal Vasco de Cuentas Públicas.

7.- El pacto, incluido en el acuerdo de resolución del contrato por mutuo acuerdo, de reversión de la titularidad de la parcela al Ayuntamiento, implica un nuevo negocio jurídico de compraventa, para lo que se debiera haber solicitado un informe pericial de tasación del bien que justificase el coste asumido, incumpliendo el artículo 11 del RBEL.

#### 6.2.- Alegaciones.

En primer lugar, a juicio de esta parte, al contrario de lo mantenido por el Tribunal Vasco de Cuentas Públicas, la reversión de la titularidad de la parcela al Ayuntamiento de Eibar, no implica un nuevo negocio jurídico de compraventa, sino la resolución de un contrato previamente formalizado por las partes y la restitución por las mismas, por una parte de la propiedad y posesión de la parcela y, por otra parte, de las cantidades económicas entregadas en contraprestación.

De este modo, en la escritura pública otorgada con fecha 27 de enero de 2010 ante la Notario de Eibar Dña. María Dolores García Aranaz, al número 77 de su protocolo (Folios 340 al 370, ambos inclusive, del Expediente Administrativo correspondiente a la resolución



del contrato), en ningún momento se hace constar la existencia de un nuevo negocio jurídico de compraventa, sino que, por el contrario, se hace referencia en todo momento a la resolución de un previo contrato de compraventa.<sup>11</sup>

Sin perjuicio de lo expuesto, en segundo lugar, en el referido Expediente Administrativo correspondiente a la resolución del contrato, consta expresamente (Folios 69 al 86, ambos inclusive) un Informe Técnico emitido con fecha 1 de diciembre de 2009 por parte de la Sra. Arquitecto Municipal del Ayuntamiento de Eibar, donde se realiza la valoración de la parcela con carácter previo a su reversión a dicho Ayuntamiento.

Como bien sabe el Tribunal Vasco de Cuentas Públicas, las Corporaciones Locales no tienen la obligación de solicitar Informes Periciales de tasación de bienes, pues los Informes Técnicos emitidos por los Arquitectos Municipales tienen presunción de veracidad, en tanto que son elaborados por personal funcionarial o, en su defecto laboral, con conocimientos más que suficientes para dicha actividad.

En consecuencia, debe consignarse en este apartado la efectiva existencia de un previo Informe Técnico de valoración de la parcela objeto de reversión, el cual fue emitido con fecha 1 de diciembre de 2009 por parte de la Sra. Arquitecto Municipal del Ayuntamiento de Eibar. 12

El negocio jurídico traslativo de la propiedad ha sido calificado por el registrador de la propiedad como compraventa, sin que haya sido recurrido por el Ayuntamiento.

Del examen del citado informe se observa que se trata de una valoración de las obras efectuadas, y la constatación del precio que se pagó en el primer plazo por la adjudicataria, pero no de una valoración de la parcela adquirida.



# VOTO PARTICULAR QUE EMITEN EL VICEPRESIDENTE DEL TVCP D. JOSÉ MIGUEL BONILLA Y EL CONSEJERO D. MARIANO GARCÍA, AL INFORME DE FISCALIZACIÓN "PROYECTO ERREBAL DEL AYUNTAMIENTO DE EIBAR."

El presente Voto Particular detalla los argumentos por los que los Consejeros firmantes, con el debido respecto que les merece la opinión del Pleno, consideran que el contenido y conclusiones del Informe del TVCP referido no obedecen a la realidad de los hechos acontecidos ni respetan los fundamentos de la sentencia judicial firme que resuelve la sustancia del asunto fiscalizado.

#### RESPECTO AL OBJETO DEL INFORME.

1.- El Informe del TVCP en su apartado "I. Introducción" no concreta de manera adecuada el objeto de la fiscalización, que no es otro que el que integra la licitación efectuada por el Ayuntamiento y que figura publicada, entre otros medios, en el BOE de 3 de febrero de 2007:

"Enajenación, a través del procedimiento de concurso público, de la parcela de propiedad municipal sita en Errebal n.º 13 y 11 (Mercado de Abastos de Errebal y Escuela de Música), calificada como suelo urbano, uso terciario en el Plan General de Ordenación Urbana de Eibar, aprobado por acuerdo del Consejo de Diputados el 12 de diciembre de 2006, para la construcción de un Centro Comercial".

Esta falta de concreción es causa de errores en los distintos apartados en los que se estructura el Informe:

- El apartado "II.2 Enajenación de la parcela" debería sustituirse por el de "Contrato para la enajenación de la parcela";
- El apartado "II.3 Ejecución del Proyecto" no es otra cosa que "Ejecución del contrato" tal y como señala el Informe en la primera línea de ese apartado;
- Sobra el apartado "II.5 Reversión de la parcela", en la medida en que no es sino una continuación del apartado "II.4 Resolución del contrato de enajenación".
- El apartado "III. Contenciosos" no expone adecuadamente los recursos planteados (faltan referencias de los recursos, número y año y quienes son los recurrentes uno (Concejal) y dos (Eroski, que en el Informe resulta ser: "El suscribiente de un contrato de arrendamiento de futuro local de negocio con la adjudicataria" ver pág. 15).
- 2.- El TVCP se aparta del alcance aprobado y, en contra de su práxis en este tipo de supuestos, opina en las Conclusiones sobre extremos que están pendientes de resolución judicial (pág. 17).
  - Conocida la sentencia judicial firme resolviendo en sentido contrario al recurrente, el TVCP no tiene motivo razonado alguno que le haga dudar de los hechos probados, por



lo que debería haber concluido que las motivaciones del Ayuntamiento son suficientes y que no existe duda en la legalidad de las actuaciones fiscalizadas.

Esta falta de concreción del objeto de la fiscalización distorsiona su alcance y los errores e inconcreciones que se derivan de ella, afectan negativamente a la precisión y la claridad expositiva que deben presidir los Informes del TVCP.

#### RESPECTO A LAS CONCLUSIONES.

El apartado del Informe denominado "V. Conclusiones" no tiene en cuenta los hechos descritos en los apartados "II.4 Resolución de contrato de enajenación" (pág. 13) y "III Contenciosos" (pág. 15); y, además, entra en abierta contradicción con la Sentencia nº 95/2013 de fecha 11 de abril de 2013 del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 2 de Donostia-San Sebastián, por la que se desestima el recurso contencioso administrativo nº 471/2010 interpuesto por un concejal del Ayuntamiento de Eibar contra el acuerdo del Ayuntamiento, de fecha 25 de enero de 2010 por el que se aprueba la resolución de mutuo acuerdo del contrato de enajenación de la parcela municipal sita en Errebal nº 13 y 11 aprobado por el Pleno del Ayuntamiento de 22 de mayo de 2007 elevado a escritura pública con fecha 27 de julio de 2007. Sentencia ésta en cuyo Fundamento de Derecho Quinto se establece "...Pues bien, de la valoración de la prueba que hemos desgranado, no cabe sino concluir que el recurrente no ha acreditado en modo alguno ninguno de los motivos en que fundamenta la impugnación de la resolución recurrida, pues, reiteramos, los tres factores condicionantes de dicha resolución, sin que se haya acreditado incumplimiento alguno por parte de la mercantil demandada de las obligaciones derivadas del contrato, no se podían prever a la fecha del otorgamiento del mismo, haciendo conveniente para los intereses públicos su extinción."(sic). El contenido íntegro del Fundamento de Derecho Quinto de dicha sentencia se trascribe en la Nota 1 de este Voto Particular.

#### Apartado 1.

La primera conclusión dice: "No está debidamente acreditado en el expediente, atendiendo a lo señalado en los artículos 8 y 138.1 de la LPAP, que la enajenación del bien sea la figura jurídica idónea para el logro de los fines públicos perseguidos, coexistiendo en la normativa general otras figuras que hubieran alcanzado los mismos objetivos sin la necesidad de proceder a la baja del solar en el Patrimonio Municipal del Suelo."

De una lectura atenta de los artículos 8 y 138.1 de la LPAP, es imposible colegir que el objeto del contrato fiscalizado no sea la figura jurídica idónea para el logro de los fines públicos perseguidos.

En primer lugar, señalar que el art 138.1 LPAP no es básico y por tanto, no es aplicable en una materia que tiene regulación propia en el ámbito local.

En segundo lugar, en la cita del art. 8 LPAP, que sí es básico, no entendemos a qué se está refiriendo el TVCP, a qué principio afecta la puesta en marcha del contrato que se está



fiscalizando. (Ver Artículo 8.- Principios relativos a los bienes y derechos patrimoniales. 1. La gestión y administración de los bienes y derechos patrimoniales por las Administraciones públicas se ajustarán a los siguientes principios: a) Eficiencia y economía en su gestión. b) Eficacia y rentabilidad en la explotación de estos bienes y derechos. c) Publicidad, transparencia, concurrencia y objetividad en la adquisición, explotación y enajenación de estos bienes. d) Identificación y control a través de inventarios o registros adecuados). Ninguno de los principios mencionados ha sido vulnerado con la puesta en marcha del contrato fiscalizado, como se desprende del contenido del informe.

La referencia en abstracto a otras figuras que no se concretan, añade un plus a la deficiente formación de la conclusión que queda invalidada ab initio. En este sentido, conviene recordar que el Informe del TVCP no recoge ningún reparo de legalidad de los Funcionarios Municipales: Secretario (fe pública y asesoramiento legal preceptivo) Interventor (control y fiscalización de la gestión económico-financiera) y Arquitecto Municipal (área de urbanismo) en relación con la motivación del contrato de enajenación que nos ocupa.

Por tanto, teniendo en cuenta que el párrafo del Informe incluye un juicio de valor sin soporte alguno y que la valoración de las razones de oportunidad corresponde a los Tribunales de Justicia, procede su eliminación.

### Apartado 2.

Señala el Informe: "El acuerdo de desafectación de la parcela, aprobado por el Pleno de 8 de mayo de 2006, incumple el artículo 69 de la LPAP al no haberse dejado de destinar al servicio público el uso total de la misma. El PGOU mantuvo el destino demanial de algunos espacios de la parcela, al reservar unas zonas para mercado de abastos y aparcamiento público, no produciéndose, por lo tanto, la desafectación pretendida. En consecuencia, el Ayuntamiento ha incumplido el artículo 80.1 de la LBRL que imposibilita la enajenación y el cambio de titularidad a terceros privados de los bienes de dominio público."

Según el Informe del TVCP, el Ayuntamiento tramitó un completo expediente administrativo de desafectación sin tacha o reparo alguno. Al final de ese procedimiento se habría producido una total transformación del solar original, previa una total desafectación del mismo, para después producirse conforme al PGOU aprobado por acuerdo del Consejo de Diputados de Gipuzkoa, el 12 de diciembre de 2006, una afectación "a posteriori" de algunos de los espacios resultantes.

La nueva realidad jurídica hubo de ser revisada por el registrador de la propiedad, que al inscribirla, comprobó y asumió que estaban acreditados todos los requisitos administrativos.

Utilizar como argumento preceptos que impiden la trasmisión de bienes demaniales, como soporte de que no se ha producido la desafectación, es un error interpretativo que no se comparte y, por tanto, esta conclusión debería ser eliminada.



#### Apartado 3.

De la lectura del Informe, se desprende que se tramitó un completo expediente administrativo, sin tacha o reparo alguno. El Ayuntamiento utilizó la figura del contrato administrativo especial de conformidad con la legislación de Contratos de las Administraciones Públicas vigente en la fecha de la licitación, para la enajenación, por concurso, de la parcela de propiedad municipal sita en Errebal núm. 11 y 13 (Mercado de Abastos de Errebal y Escuela de Música) calificada como suelo urbano de uso terciario en el Plan General de Ordenación Urbana de Eibar para la Construcción de un Centro Comercial.

El TVCP en su Informe dice: "... del análisis del expediente administrativo se desprende que la prestación real que subyace como objeto del contrato es la de un contrato de obras, y por tanto no se valoró convenientemente su coste, ni exigió a los licitadores clasificación empresarial alguna".

Realiza el TVCP un acercamiento tangencial al contrato administrativo especial licitado por el Ayuntamiento y, sin soporte argumentario alguno, señala que la prestación real que subyace como objeto del contrato es la de un contrato de obras y dos deficiencias: no se valoró convenientemente su coste (obras), y no se exigió a los licitadores clasificación empresarial alguna.

En relación con las deficiencias señaladas, no se comparte ni la forma ni el contenido de las mismas. Las distintas contraprestaciones están valoradas y definidas en el propio Informe y, siendo un contrato administrativo especial lo licitado, no podía exigirse clasificación a los licitadores.

La valoración de las posibles deficiencias del expediente se debe circunscribir al contrato licitado y no extraerse de la posible naturaleza jurídica de las cosas. El contrato licitado es un contrato administrativo especial que conforme a la normativa vigente es la figura utilizada por el Ayuntamiento y no es un contrato de obras porque el Ayuntamiento no usó esa figura.

Conviene recordar, que al realizar la inscripción registral, el registrador ha evaluado, entre otros extremos, que se acredita el cumplimiento de los requisitos administrativos para la enajenación, que se cumple la normativa sustantiva que resulta de aplicación en la enajenación que nos ocupa, que el título de inscripción es apto y que el contenido del título incorpora todas las certificaciones administrativas.

En consecuencia, este Apartado 3 debería ser eliminado de las Conclusiones del Informe.

# Apartado 4.

Dedica el TVCP un extenso párrafo (que incluye expresiones tan inusitadas como "si bien es cierto que no se incumple") a analizar un certificado concedido por una entidad financiera, presentado por el adjudicatario y que soporta su suficiente solvencia y la de sus socios para hacer frente a los compromisos derivados del contrato y, sin existir ninguna duda jurídica sobre la suficiencia de la garantía presentada, termina señalando que "Dado el volumen económico del contrato habría sido recomendable que la Administración hubiera exigido mayores requisitos de solvencia económica y financiera que los recogidos en los pliegos".



El modo que para acreditar la solvencia se consignaba en el Pliego de Cláusulas Administrativas cumplía con la exigencia contenida en la normativa aplicable. Acreditado que el licitador disponía de financiación suficiente para su ejecución, que es lo que en definitiva exige la solvencia económico financiera, no se pueden formular alambicados juicios de valor que puedan inducir a error. Si la garantía era legal, y suficiente la solvencia económico financiera exigida y acreditada, no se puede decir seis años después que "...habría sido recomendable que la Administración hubiera exigido mayores requisitos de solvencia económica y financiera que los recogidos en los pliegos".

En este mismo sentido, recordar que el propio Informe en su página 10 reseña que, adjudicado el contrato, el adjudicatario depositó las garantías correspondientes para hacer frente a sus compromisos, circunstancia esta que elimina cualquier posible especulación sobre la suficiencia o no de la garantía solicitado para poder licitar.

Por consiguiente, el Apartado 4 de las Conclusiones de este Informe debería eliminarse.

## Apartados 5 y 6

El TVCP, en el apartado "I. Introducción" del Informe señala que: "El objetivo del trabajo es la fiscalización del cumplimiento de la legalidad aplicable a todas las actuaciones que el Ayuntamiento de Eibar ha llevado a cabo en relación con la parcela Errebal, que incluyen los acuerdos adoptados en materia urbanística, de contratación, presupuestaria y recaudatoria. Además, el trabajo comprende el análisis del efecto económico que dichas operaciones han tenido sobre la Liquidación Presupuestaria y la Cuenta General de los ejercicios 2007 a 2010. Asimismo, se informa sobre la situación a la fecha de realización de este Informe de los recursos interpuestos contra las actuaciones objeto de fiscalización y denuncias penales presentadas contra las personas físicas que participaron en dichas actuaciones. El alcance del trabajo no ha incluido la valoración de la parcela objeto de la transmisión."

El TVCP se limita en un inicio a informar sobre los recursos referidos a la gestión urbanística (págs. 12 y 15), dando así cumplimiento al alcance del trabajo prefijado en relación con los recursos interpuestos contra las actuaciones objeto de fiscalización y cumpliendo con la práctica de abstenerse de realizar cualquier tipo de valoración sobre cuestiones sujetas a procedimientos judiciales en curso que afectan directamente a las materias fiscalizadas. La práctica seguida por el TVCP, desde sus inicios, cuando existe un procedimiento judicial abierto, ha sido la de informar, al entender que existía una suerte de limitación y no la de opinar sobre el fondo del asunto, cuestión ésta claramente reservada a los Tribunales de Justicia. (Conviene recordar en este mismo sentido que los actos administrativos gozan de presunción de legalidad -art. 57 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de la Administraciones Públicas y art. 4.1 de la Ley de Bases de Régimen Local de 2 de abril de 1985-, presunción ésta que corresponde deshacer, en su caso, a los Tribunales de Justicia, que son los que controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican (artículo 8 de la Ley Orgánica, 6/1985, del Poder Judicial).



Sin embargo, llegado al apartado de conclusiones, de manera incongruente con el alcance del trabajo prefijado y en contra de su práctica habitual, el TVCP emite opinión sobre extremos que están pendientes de resolución judicial. (ver pág. 17 apartados 5 y 6).

Esta incongruencia interna del Informe se mantiene a pesar de que el TVCP, en la fase de alegaciones en junio de 2013, tiene conocimiento de la existencia de la Sentencia nº 95/2013 de fecha 11 de abril de 2013 por la que se desestima el recurso contencioso administrativo nº 471/2010 interpuesto por un concejal del Ayuntamiento de Eibar, que confirma la legalidad de la actuación administrativa llevada a cabo por el Ayuntamiento de Eibar, al resolver de mutuo acuerdo el contrato de enajenación de parcela elevado a escritura pública el 27 de julio de 2007, tal y como señala su Fundamento de Derecho Quinto "...Pues bien, de la valoración de la prueba que hemos desgranado, no cabe sino concluir que el recurrente no ha acreditado en modo alguno ninguno de los motivos en que fundamenta la impugnación de la resolución recurrida, pues, reiteramos, los tres factores condicionantes de dicha resolución, sin que se haya acreditado incumplimiento alguno por parte de la mercantil demandada de las obligaciones derivadas del contrato, no se podían prever a la fecha del otorgamiento del mismo, haciendo conveniente para los intereses públicos su extinción", y resuelve, por tanto, la cuestión planteada en sentido contrario a la opinión expresada por el TVCP en las conclusiones 5 y 6 de su Informe.

En las conclusiones 5 y 6 de su Informe, el TVCP obvia el contenido de la Sentencia nº 95/2013, que confirma la legalidad de la actuación administrativa. Incluir estas conclusiones supone incurrir en un error de concepto y, en consecuencia, deberían ser eliminadas.

### Apartado 7

El Tribunal Vasco de Cuentas Públicas, incurre en un error interpretativo al concluir que "El pacto, incluido en el acuerdo de resolución del contrato por mutuo acuerdo, de reversión de la titularidad de la parcela al Ayuntamiento, implica un nuevo negocio jurídico de compraventa, para lo que se debiera haber solicitado un informe pericial de tasación del bien que justificase el coste asumido, incumpliendo el artículo 11 del RBEL.", cuando lo que se ha producido es la resolución de mutuo acuerdo del contrato de enajenación de la parcela municipal sita en Errebal números 11 y 13 aprobado por el Pleno del Ayuntamiento de 22 de mayo de 2007 elevado a escritura pública con fecha 27 de julio de 2007, tal y como señala el propio Informe del TVCP en el último párrafo del apartado "II.4. Resolución del contrato de enajenación". Por tanto, esta conclusión no debería formar parte del Informe.



#### NOTA 1

Sentencia nº 95/2013 de fecha 11 de abril de 2013 del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 2 de Donostia-San Sebastián, por la que se desestima el recurso contencioso administrativo nº 471/2010 contra el acuerdo del Ayuntamiento de Eibar, de fecha 25 de enero de 2010 por el que se aprueba la resolución de mutuo acuerdo del contrato de enajenación de la parcela municipal sita en Errebal nº 13 y 11 aprobado por el Pleno del Ayuntamiento de 22 de mayo de 2007 elevado a escritura pública con fecha 27 de julio de 2007:

# "FUNDAMENTOS DE DERECHO QUINTO

Dispone el artículo 111 c) del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, que es causa de resolución del contrato el mutuo acuerdo entre la Administración y el contratista. La viabilidad de la modalidad de resolución del contrato por mutuo acuerdo requiere de la concurrencia de unos requisitos que operan a la vez como limitaciones al poder de resolver los vínculos contractuales. El requisito fundamental para que se dé el mutuo acuerdo como causa de resolución contractual es la voluntad concurrente de las partes contratantes en orden a resolver el contrato, aunque subordinada a la inexistencia de causa de resolución imputable al contratista y a la concurrencia de razones de interés público, u otras circunstancias de carácter excepcional (debidamente justificadas), que hagan innecesario o inconveniente la permanencia de la relación contractual. En el caso que nos ocupa, es evidente, en primer lugar, la existencia de una voluntad concurrente de las partes de proceder a la resolución del contrato de compraventa de la parcela sita en Errebal números 11 y 13 y demás prestaciones. En segundo lugar, con respecto a la necesidad de que no concurra otra causa de resolución que sea imputable al contratista y que razones de interés público hagan innecesario o inconveniente la permanencia del contrato dice la recurrente que no dejan de ser dos meras afirmaciones sin ningún soporte probatorio. En este sentido alega que la excepcionalidad de un acuerdo de resolución como el de autos obligaba y exigía a la Administración a motivar de manera suficiente y a justificar sobradamente una medida como ésta, y no lo ha hecho. El motivo debe ser desestimado. Del examen del expediente, de las alegaciones de las partes y de la prueba practicada resulta que la administración atendió a tres factores que motivaron la imposibilidad de que por SPV Eibar Boulevard, S.L., pudiera llevarse a efecto la construcción del Centro comercial, del Mercado de Abastos y del Parking Público, en los términos del acuerdo de adjudicación de 22 de mayo de 2007 y posterior escritura pública de compraventa de 27 de julio de 2007. De una parte, el advenimiento de una crisis económica a escala mundial con especial incidencia en los sectores financiero, de la construcción e inmobiliario, la cual ha afectado a la promoción del Centro Comercial previsto en la finca objeto de la licitación, de tal forma que se han puesto de manifiesto graves problemas que han imposibilitado el perfeccionamiento del contrato otorgado con una Entidad Bancaria. De este modo, si bien SPV Eibar Boulevard, S.L. fue agotando los trámites y procesos establecidos en el Pliego de



Condiciones con la presentación del proyecto de derribo (9 de octubre de 2007), estudio de detalle (1 de octubre de 2007), proyecto de urbanización (7 de febrero de 2008), obra en el documento número 3 presentado por el Ayuntamiento un correo de fecha 29 de julio de 2009, de la Entidad Financiera Pfandbriefbank a SPV Eibar donde se le informa a esta última que le es imposible autorizar ninguna disposición más. Por otra parte, la aprobación del proyecto de reparcelación del ámbito de actuación integrada 137 Errebal ha sido impugnado ante la jurisdicción contenciosa, tramitándose en el Juzgado número 3 de esta Ciudad con el número 710/2009. En último lugar, la existencia de diversos problemas con los arquitectos redactores del Anteproyecto para la construcción del Centro Comercial, debido a que los proyectos que estaban redactando para el mismo suscitaban dudas en cuanto a su viabilidad estructural, lo que motivó que por parte de la promotora se procediera a la resolución de los contratos suscritos con los mismos, tal como quedó patente en la testifical evacuada en la persona de la arquitecto, estando enfrentados en un juicio ordinario que se tramita en los juzgados de Eibar. Estos motivos acreditados hacen entender al Ayuntamiento y así lo hace constar en la resolución impugnada que la ejecución del contrato ha devenido imposible, por lo que resulta conveniente para los intereses públicos la extinción del mismo, ya que sigue razonando el Ayuntamiento, la permanencia durante un tiempo indefinido en el centro del Municipio de un solar vacío y yermo, perjudica a los intereses de los ciudadanos cuya legítima aspiración es que dicho terreno sea ocupado por una infraestructura que pueda dar un servicio a la Comunidad.

No es ocioso recordar, llegados a este punto, que, en aplicación de la remisión normativa establecida en el artículo 60.4 y la Disposición adicional primera de la Ley Jurisdiccional 29/1998, de 13 de julio, rige en el proceso contencioso-administrativo el régimen que sobre la carga de la prueba establece el artículo 217 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil. En cuya virtud, corresponde a la parte recurrente "la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda" y a la parte demandada la "carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior". Con exclusión, por tanto, en el objeto de los temas de prueba de los hechos notorios ("notoria non egent probatione") y de los hechos negativos ("negativa no sunt probanda"). Ello, sin perjuicio de que, en la aplicación de las reglas de distribución de la carga de la prueba el órgano judicial deba atender a los criterios de "la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio". De forma que, en aplicación del principio de la buena fe en su vertiente procesal, el órgano judicial habrá de tener presente los criterios anteriormente señalados, cuando integran el tema de prueba datos de hecho que resultan de clara facilidad probatoria para una de las partes y de difícil acreditación para la otra (sentencias TS (3ª) de 29 de enero, 5 de febrero y 19 de febrero de 1990, y 2 de noviembre de 1992, entre otras). Pues bien, de la valoración de la prueba que hemos desgranado, no cabe sino concluir que el recurrente no ha acreditado en modo alguno ninguno de los motivos en que fundamenta la impugnación de la resolución recurrida, pues, reiteramos, los tres factores condicionantes de dicha resolución, sin que se haya acreditado incumplimiento alguno por parte de la mercantil demandada de las



obligaciones derivadas del contrato, no se podían prever a la fecha de otorgamiento del mismo, haciendo conveniente para los intereses públicos su extinción.

Asimismo debemos rechazar el motivo de impugnación consistente en la falta de dictamen de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi. Como alegan las demandas, dicha Comisión, definida como el órgano colegiado superior consultivo de las Administraciones de la Comunidad Autónoma de Euskadi incluidas en su ámbito de actuación, debe ser consultada con carácter previo a la adopción de cualquier resolución relativa a la nulidad, interpretación y resolución de los contratos administrativos, de conformidad con la legislación sobre contratación de las administraciones públicas y de régimen local (art. 3.1 i) de la Ley 9/2004, de 24 de noviembre). Pues bien, el art. 59.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, dispone que únicamente será preceptivo el informe del Consejo de Estado o del órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva cuando se formule oposición del contratista a la nulidad, interpretación y resolución de los contratos administrativos. Y recordemos que nos encontramos, en el caso de autos, ante una resolución de mutuo acuerdo.

En definitiva, que el recurso ha de ser íntegramente desestimado."