

Dictamen nº: **299/17**  
Consulta: **Alcalde de Alcobendas**  
Asunto: **Contratación Administrativa**  
Aprobación: **13.07.17**

**DICTAMEN** del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión del día 13 de julio de 2017, emitido ante la consulta formulada por el Alcalde de Alcobendas, al amparo del artículo 5.3.f) d. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, sobre la resolución del contrato de constitución del derecho de superficie con opción de compra sobre la parcela 5-B del sector “*Valdelacasa*” de cara a la construcción de un edificio industrial.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El 23 de junio de 2016 tuvo entrada en este órgano consultivo una solicitud de dictamen, relativa al expediente sobre la resolución del contrato de constitución del derecho de superficie con opción de compra sobre la parcela 5-B del sector “*Valdelacasa*” correspondiendo la ponencia al Letrado Vocal D. Carlos Yáñez Díaz, que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberado y aprobado, por unanimidad, en la reunión del Pleno, en su sesión de 13 de julio de 2017.

El escrito de solicitud de dictamen fue acompañado de la documentación que, numerada y foliada, obra en el expediente.

**SEGUNDO.-** Del expediente remitido se extraen los siguientes hechos de interés para la emisión del dictamen:

1. La Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Alcobendas en sesión celebrada el día 2 de marzo de 2010, acordó aprobar los pliegos de condiciones económico-administrativas y prescripciones técnicas para la adjudicación, mediante procedimiento abierto y tramitación ordinaria, de un derecho de superficie con opción de compra sobre la parcela 5-b del sector "Valdelacasa", de cara a la construcción de un edificio industrial.

El pliego recogía como objeto del contrato:

*“la adjudicación de un derecho de superficie, con la facultad atribuida al superficiario realizar construcciones en la rasante y el subsuelo y una opción de compra a favor del mismo, sobre la parcela municipal 5-B d sector "Valdelacasa"; terreno sobre el que se implantará y desarrollará una actividad de uso industrial, en los términos de éste pliego y de la normativa general y urbanística de aplicación.”*

La duración del derecho sería de 35 años.

A su vez definía el contrato como administrativo especial *“(…) por resultar vinculado al giro o tráfico específico de las Administraciones municipales - generación de empleo con la implantación de la actividad del superficiario - e incidir en el mercado inmobiliario, preparando el suelo sobre el que se constituirá el presente derecho de superficie para su futura edificación, en los términos del artículo 176 f.1 de la Ley 9/2001 del Suelo de la Comunidad de Madrid.”*

Asimismo fijaba como obligación del superficiario el pago de un canon anual que, como tipo mínimo, ascendería a 432.908,29 euros añadiendo que:

*“En caso de impago del canon en los plazos establecidos, el Ayuntamiento de Alcobendas estará facultado para exigir su pago, incluso acudiendo a la vía de apremio, con imposición de los recargos establecidos para la exacción de los recursos tributarios, u optar por detraerlo de la garantía definitiva, o resolver el derecho de superficie conforme a lo dispuesto en el clausulado del presente pliego.”*

Entre las obligaciones de la contratista-superficiaria figuraban, entre otras:

*“3.) Solicitar, en un plazo no superior a tres meses desde la notificación de la adjudicación definitiva, la oportuna licencia de edificación, mediante la presentación de un proyecto básico ajustado a la normativa urbanística vigente; igualmente, en un plazo no superior a seis meses desde aquélla notificación, el adjudicatario deberá presentar el oportuno proyecto de ejecución, ajustado a la normativa aplicable, para la obtención de las correspondientes licencias.*

*4.) Iniciar las obras de construcción en la parcela 5-B en el plazo máximo de tres meses desde la obtención de la licencia de edificación y concluir dicha construcción en el plazo máximo de quince meses.(...)*

*8.) Si, en el plazo máximo de doce meses desde la notificación de la adjudicación definitiva, el superficiario no obtuviera las licencias correspondientes para la construcción de las edificaciones a implantar en la parcela 5-B, se producirá la extinción de su derecho y la reversión al Ayuntamiento de dicha parcela.”*

Igualmente, como causas de resolución del derecho, el pliego (cláusula 22) recogía:

*“c.) El incumplimiento de los plazos para solicitar las licencias correspondientes, finalizar la construcción e implantar la actividad en los plazos establecidos.*

*d.) El impago del canon establecido por el derecho de superficie y resultante de la adjudicación con las revisiones que, en su caso, procedan.*

*ll.) Las causas de resolución de los contratos administrativos establecidos en el artículo 206 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en cuanto sean aplicables al presente contrato y no se hallen comprendidas en las señaladas en los apartados anteriores.*

*Las causas señaladas en las letras de los apartados anteriores, a excepción de la prevista en la letra a), tendrán la consideración de condiciones resolutorias expresas”*

Por ultimo en lo que se refiere a los efectos de la resolución del contrato se recogía en el pliego que:

*“En el caso señalado en la letra b) (incumplimiento de la obligación de formalizar el contrato y constituir la garantía definitiva), se extinguirá el derecho de superficie y se incautará, en su caso, la garantía provisional del adjudicatario.*

*Las causas de resolución indicadas en las letras e), d), e), f), g), h), i), j) y k), darán lugar a la extinción del derecho de superficie, la reversión de la parcela y de todo lo edificado hasta el momento en incautación de la garantía definitiva en concepto de daños y perjuicios.*

*La aplicación y el pago de estas penalidades no excluye la indemnización a que la Administración pueda tener derecho por*

*daños y perjuicios ocasionados con motivo de retraso imputable al contratista.*

*Las causas a las que se hace referencia en la letra 11) se aplicarán y surtirán sus efectos, en su caso, de conformidad a lo dispuesto en el citado texto legal.*

*Si el adjudicatario o superficiario incumpliera las obligaciones que asume por este contrato, el Ayuntamiento estará facultado para exigir el cumplimiento o declarar la resolución del contrato, con incautación de la garantía definitiva, revirtiendo al Ayuntamiento el derecho de superficie con la totalidad de lo edificado hasta el momento.”*

2. El contrato se adjudicó por acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 26 de octubre de 2010 a la mercantil FLORES VALLES S.A (en adelante, la contratista). Se aportó garantía mediante aval del Banco Popular S.A. con fecha 16 de noviembre de 2010.

3. El 23 de noviembre la Junta de Gobierno Local declara válido el procedimiento de licitación y eleva a definitiva la adjudicación por un canon anual de 435.000 euros más IVA.

4. El 14 de diciembre de 2010 el adjudicatario solicita autorización para hipotecar el derecho de superficie.

5. El 28 de diciembre se otorga escritura pública de constitución del derecho de superficie. En la misma se hace constar que la finca pertenece al patrimonio municipal de suelo y que está pendiente de inscripción haciéndose la oportuna salvedad e insistiendo las partes en el otorgamiento de la escritura por razones de urgencia. El plazo de duración del derecho será de 35 años y el plazo para construir será de tres meses para iniciar las obras una vez concedida la licencia debiendo estar culminada la edificación en

quince meses. La opción de compra podrá ejercitarse a los quince años plazo que se prorrogará automáticamente por dos periodos de cinco años hasta un máximo de veinticinco.

6. El 29 de diciembre la Junta de Gobierno Local concede autorización para hipotecar el derecho de superficie a favor de Avalmadrid S.A. que avala solidariamente a la contratista por el préstamo solicitado por esta a Caja Madrid. La hipoteca tendría una vigencia máxima de 20 años desde la firma de la escritura correspondiente y por una suma de 2.018.250 € de principal, más dos años de intereses moratorias hasta el 8% anual y de un 20% para costas y gastos judiciales y extrajudiciales

7. Con esa misma fecha se otorgan escrituras públicas de adhesión-ratificación y autorización de hipoteca constituida entre la contratista, Caja Madrid y Avalmadrid, por parte del Ayuntamiento de Alcobendas y de afianzamiento entre Avalmadrid y la contratista.

8. El 28 de octubre de 2013 la contratista solicita un aplazamiento del canon de los años 2014 y 2015 proponiendo que se amorticen linealmente el resto de los años pendientes de contrato y el 4 de marzo de 2016 afirma que abonará parcialmente el canon del primer semestre del 2016 y que el resto lo abonará en unos seis meses.

9. El 6 de mayo de 2016 el delegado de área de Desarrollo Urbano solicita un informe sobre la situación actual de los derechos y obligaciones de la contratista. Constan en el expediente dos cuadros sin firmar, uno relativo a los pagos efectuados por la contratista y otro, relativo a la deuda. En este último se hace constar que el total de la deuda de la contratista asciende a 1.360.797,98 euros.

10. El 9 de marzo de 2017 emite informe la jefe de Urbanismo con el visto bueno del director general de Urbanismo y Obras. En el mismo se considera que procede la resolución contractual puesto que la contratista no ha solicitado la licencia de edificación y mantiene una deuda por impago del canon de 1.655.353,07 euros, causas de resolución previstas expresamente en las cláusulas 19 y 22 del Pliego.

11. El 23 de marzo de 2017 emite informe el titular de la Asesoría Jurídica favorable a la resolución contractual.

12. El 27 de marzo el subdirector general de licencias y disciplina manifiesta que, a esa fecha, no hay ninguna solicitud de licencia y el 6 de abril el gerente de la Sociedad de Gestión del Patrimonio de Alcobendas S.A. recoge que la deuda de la contratista asciende a 1.660.921,95 euros resultando infructuosas las actuaciones que ha realizado para intentar cobrarla conforme lo ordenado por decreto del Ayuntamiento nº 8436 de 27 de agosto de 2014.

13. La Junta de Gobierno Local en sesión de 18 de abril de 2017 acuerda el inicio del procedimiento de resolución contractual.

14. Con fechas 21 de abril de 2017 se da traslado del acuerdo y se concede trámite de alegaciones a la contratista, a Avalmadrid, al Banco Popular como avalista y a Atradius Crédito y Caución S.A. Tras una notificación fallida el 26 de abril se notifica a Bankia.

15. El 28 de abril presenta escrito de alegaciones la contratista en el que manifiesta su voluntad de llegar a un mutuo acuerdo de resolución rechazando que deba la concreta cantidad señalada. Afirma en su escrito que hubo un anterior procedimiento de resolución que se declaró caducado, habiendo presentado un

recurso contencioso contra esa resolución de caducidad ante el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 23 de Madrid (P.O. 130/2017). Propone una terminación convencional del procedimiento. El 12 de mayo de 2017 presenta un escrito adicional en el que señala que la causa de la no edificación de la parcela se debe a que la empresa tiene sus instalaciones afectadas por la reforma de la Castellana Norte y que los retrasos que está sufriendo esta actuación urbanística determinan que no precise el traslado a la parcela objeto del derecho de superficie por lo que insiste en la resolución por mutuo acuerdo.

16. El 4 de mayo de 2017 presenta escrito de alegaciones Atradius Crédito y Caución S.A. en el que se manifiesta en contra de la incautación de la garantía provisional puesto que esta quedó extinguida al adjudicarse el contrato sin que responda por los incumplimientos de la contratista que motivan la resolución contractual.

17. El 29 de mayo de 2017 emite informe la jefe de Urbanismo con el visto bueno del director general de Urbanismo y Obras en el que se ratifican en que procede la resolución por incumplimiento del contratista sin que quepa la resolución por mutuo acuerdo.

18. El 31 de mayo de 2017 emite informe el titular de la Asesoría Jurídica favorable a la resolución contractual.

19. El 6 de junio de 2017 la Junta de Gobierno Local acuerda solicitar informe a la Comisión Jurídica Asesora con suspensión del plazo para resolver.

20. Consta, como último documento del expediente, una propuesta de elevación a definitiva del acuerdo de inicio del procedimiento de resolución por incumplimiento por la contratista de

sus obligaciones relativas al pago del canon y a la solicitud de licencia de edificación.

A la vista de los hechos anteriores, cabe hacer las siguientes

### **CONSIDERACIONES DE DERECHO**

**PRIMERA.-** La petición de dictamen se ha de entender realizada al amparo de lo dispuesto en el artículo 5.3.f) d. de la Ley 7/2015, a cuyo tenor la Comisión Jurídica Asesora deber ser consultada en los expedientes tramitados por las entidades locales en los supuestos de *“Aprobación de pliegos de cláusulas administrativas generales, interpretación, nulidad y resolución de los contratos administrativos y modificaciones de los mismos en los supuestos establecidos por la legislación de contratos del sector público”*.

Al formularse oposición a la resolución del contrato por parte de la contratista, resulta preceptivo el dictamen de este Consejo.

El dictamen ha sido evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 23.1 de dicho reglamento.

**SEGUNDA.-** El contrato se adjudicó por acuerdo de la Junta de Gobierno de 23 de noviembre de 2010 por lo que resulta de aplicación la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP) en cuanto normativa vigente en dicho momento.

Por lo que se refiere al procedimiento de resolución contractual, habrá que estar a lo dispuesto en la normativa vigente en el momento de su inicio (en el caso, el 18 de abril de 2017, por acuerdo de la Junta de Gobierno Local), lo que supone la aplicación en el caso

analizado del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP), en particular de sus artículos 211 y 225.3. Además, ante la falta de desarrollo reglamentario en el aspecto objeto de estudio de las disposiciones vigentes en materia de contratación del sector público, debe considerarse lo dispuesto en el artículo 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), referido específicamente al *“procedimiento para la resolución de los contratos”*.

En cuanto a la competencia para acordar la resolución de los contratos administrativos, el artículo 210 del TRLCSP dispone que *“dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, (...) acordar su resolución y determinar los efectos de esta”*.

De conformidad con la disposición adicional 2ª del TRLCSP el órgano de contratación en los municipios de gran población es la Junta de Gobierno Local, teniendo Alcobendas esta consideración por Acuerdo del Pleno de la Asamblea de Madrid de 21 de febrero de 2008 (BOCM 7 de marzo de 2008).

En lo referente al procedimiento, el artículo 211.1 del TRLCSP requiere que en el correspondiente expediente se dé audiencia al contratista. Asimismo, el artículo 109 del RGLCAP exige la audiencia al avalista o asegurador *“si se propone la incautación de la garantía”*. En el caso sujeto a dictamen, se ha respetado el derecho de audiencia de la contratista, que ha formulado las alegaciones que ha tenido por conveniente, y de la avalista, que no ha presentado escrito no obstante ser notificada de la incoación del procedimiento.

Asimismo, se ha dado audiencia a otros interesados como son la entidad que ostenta un derecho de hipoteca sobre el derecho de superficie para garantizar su fianza respecto del préstamo que tiene concertado el contratista con una entidad de crédito habiéndose dado audiencia también a esta última.

Se ha concedido audiencia a la entidad que prestó la garantía provisional si bien, como veremos, dicha audiencia era innecesaria.

El artículo 114 del texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril exige en estos casos informe de la Secretaría y de la Intervención Municipal.

El informe de la Secretaria ha de entenderse cumplido al haberse emitido informe por el titular de la Asesoría Jurídica de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional segunda del TRLCSP en relación con el artículo 129 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

No consta informe de la Intervención. Sobre la ausencia del informe de la Intervención, esta Comisión Jurídica Asesora en su Dictamen 62/16, de 5 de mayo, declaró que “dicho defecto puede determinar un vicio de anulabilidad en virtud de lo dispuesto en el artículo 63.1 de la Ley 30/1992, y, por tanto, susceptible de subsanación, como así estableció el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid en sus dictámenes del 239/09, de 6 de mayo, 453/09, de 23 de septiembre, 466/09, de 30 de septiembre, 51/11, de 23 de febrero y 373/11, de 6 de julio, entre otros”. Doctrina igualmente aplicable de acuerdo con el artículo 48.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), vigente al tiempo del inicio del procedimiento de resolución contractual.

Igualmente, se ha incorporado al expediente administrativo la oportuna propuesta de resolución, en la que se desestiman las alegaciones de la contratista.

De conformidad con el apartado tercero del artículo 211 del TRLCSP, será preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de interpretación, nulidad y resolución, cuando se formule oposición por parte del contratista, como es el caso, en que hay discrepancia en torno a la existencia misma de un incumplimiento contractual.

En relación con el plazo para resolver, en los procedimientos de resolución de contratos iniciados de oficio, el incumplimiento del plazo de tres meses para resolver el procedimiento determina la caducidad del procedimiento (art. 25.1.b de la LPAC). En el caso sujeto a dictamen, atendida la fecha de inicio de procedimiento, que tuvo lugar el 18 de abril de 2017, el procedimiento no está caducado al emitir esta Comisión su dictamen, habiendo hecho uso la Administración además de la facultad de suspender el procedimiento de conformidad con el artículo 22.1 d) de la LPAC, que señala que el plazo máximo legal para resolver y notificar un procedimiento podrá suspenderse entre otras circunstancias:

*“...Cuando se soliciten informes preceptivos a un órgano de la misma o distinta Administración, por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos. Este plazo de suspensión no podrá exceder en ningún caso de tres meses. En caso de no recibirse el informe en el plazo indicado, proseguirá el procedimiento”.*

En el caso examinado, la aplicación de esta salvedad se relaciona con la suspensión formalmente acordada al solicitar el

dictamen a esta Comisión Jurídica Asesora y notificando esa suspensión a los interesados.

**TERCERA.-** Conforme a la LCSP, vigente a la fecha de adjudicación del contrato y aplicable a sus efectos conforme se ha expuesto anteriormente, son causas de resolución del contrato, además de las previstas en su artículo 206 y de las que se señalen para cada categoría de contrato en dicha ley, las establecidas expresamente en cada contrato (artículo 206 h).

En el caso que nos ocupa, resulta necesario analizar, en primer lugar, la naturaleza del contrato cuya resolución pretende el ayuntamiento consultante habida cuenta que el procedimiento de resolución contractual, procede únicamente, cuando se trata de contratos administrativos.

El contrato tiene por objeto la constitución de un derecho de superficie de acuerdo con la regulación contenida en los artículos 40 y 41 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo, calificándose de contrato administrativo especial en los pliegos por resultar vinculado al giro o tráfico específico de las Administraciones municipales - generación de empleo con la implantación de la actividad del superficiario- e incidir en el mercado inmobiliario, preparando el suelo sobre el que se constituirá el presente derecho de superficie para su futura edificación, en los términos del artículo 176 f.1 de la Ley 9/2001 del Suelo de la Comunidad de Madrid.

Tal como declaró en su día el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid en el Acuerdo 8/14, de 26 de marzo, la calificación que se haya dado al contrato en los pliegos de contratación, no exime averiguar su verdadera naturaleza. De igual forma, el Acuerdo 34/14, de 12 de noviembre establece que, a la hora

de establecer la frontera entre los contratos administrativos y los contratos privados de la Administración, la jurisprudencia aboga por el criterio teleológico o finalista, de forma tal que la vinculación del contrato a un fin público de la específica competencia de la Administración contratante puede determinar la consideración de aquél como administrativo y no privado (entre otras muchas, las Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 1980, 12 de abril de 1984, 4 de noviembre de 1986 y 29 de diciembre de 1986).

Igualmente el Consejo de Estado, haciéndose eco de la doctrina jurisprudencial referida, acoge el criterio finalista para discernir sobre la naturaleza administrativa o privada de los contratos a celebrar por la Administración en su Dictamen 1100/1995, de 11 de octubre.

Según la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2012 (recurso 306/2009):

*“Esta Sala comparte el criterio de la parte recurrente de que tampoco se puede aceptar que los contratos aludidos satisficieran "de forma directa e inmediata una finalidad pública de la específica competencia" del Consorcio, como ha mantenido la resolución administrativa objeto del proceso, pues si así fuera, como el Consorcio (según el art. 5 de sus Estatutos y el art. 80 de la Ley 50/1998), puede realizar las "actividades de fomento propias de las Administraciones Territoriales" que lo integran, resultaría que todas estas actividades habrían pasado a ser "competencia específica" suya, cuando la competencia específica corresponde precisamente a dichas Administraciones Territoriales.*

*En suma, como sostiene la parte recurrente, si se contempla el sujeto (Consorcio) y el objeto (construcción de un Polígono Industrial) se advierte quizá todavía con más claridad que la construcción de un Polígono Industrial no pertenece al "giro o tráfico específico" del Consorcio y no puede ser considerada como*

*una "competencia específica" suya. El Consorcio no tiene competencias específicas en materia de urbanismo, aunque pueda realizar actividades de fomento (además de su actividad propia y característica de administrar y gestionar la Zona Franca) y por ello, no dándose los requisitos exigidos por el artículo. 5.2.b) del TRLCAP), es evidente que ha de estimarse el primero de los motivos de casación y, tras casar la sentencia, y una vez recuperada la plenitud jurisdiccional para conocer del recurso en los términos del debate proceder a su estimación y a la anulación del acto resolutorio impugnado."*

Al tratarse de la constitución de un derecho de superficie sobre un bien inmueble, dicho contrato estaría excluido de la aplicación de la LCSP. Esta interpretación ha sido acogida por diversas juntas consultivas de contratación (del Estado en su informe 25/2008, de 29 de enero; de Aragón en su informe 4/2009 de 15 de abril; o de Canarias, informe 5/2013, de 13 de junio), así como en el ámbito consultivo por el Consejo Consultivo de la Comunidad Valenciana -Dictamen 481/2008, de 3 de julio-.

Ahora bien, en el concreto caso que nos ocupa se recogen como elementos que vinculan el contrato al giro o tráfico de la Administración la creación de empleos que supondría la construcción de un edificio destinado a uso industrial, así como el que con la construcción se incidiría en el mercado inmobiliario conforme el artículo 176.1 f) de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid (LSM).

En cuanto a lo primero, lo cierto es que, dejando a un lado el que las entidades locales carecen de competencias directas en materia de empleo conforme los artículos 25 y 26 de la LBRL, no puede decirse que la construcción de un edificio para desarrollar en

el mismo un uso industrial forme parte del giro o tráfico de la administración.

Cuestión distinta es que se trata de un terreno incluido en el patrimonio municipal del suelo. En este sentido es reiterada la jurisprudencia (por todas, la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2011 recurso 6337/2006) que caracterizan este patrimonio destacando que:

*“Este conjunto de bienes tiene una característica especial, a saber, que su finalidad específica se realiza mediante la circulación propia del tráfico jurídico, pero sin disminución o merma del propio Patrimonio, toda vez que el producto de las enajenaciones de los bienes de éste habrá de destinarse a la conservación y ampliación del propio Patrimonio (Art. 93 del TRLS). (...). En definitiva, se ha venido así aceptando pacíficamente que el Patrimonio Municipal del Suelo constituye un "patrimonio separado", (...). La Ley ha querido y quiere que el Patrimonio Municipal del Suelo funcione como un patrimonio separado, es decir, como un conjunto de bienes afectos al cumplimiento de un fin determinado, fin que aquí no es cualquiera de los que las Corporaciones han de perseguir según la legislación de régimen local (artículos 25 y 26 de la Ley de Bases de Régimen Local de 2 de Abril de 1985 ), sino el específico y concreto de "prevenir, encauzar y desarrollar técnica y económicamente la expansión de las poblaciones" (artículo 89-2 del Texto Refundido de 9 de Abril de 1976 ), y ha querido y quiere expresamente, con una claridad elogiada, que el producto de las enajenaciones de terrenos del Patrimonio se destinen no a cualquier fin, por loable y razonable que sea, sino al específico de la conservación y ampliación del propio Patrimonio Municipal del Suelo.”*

Es por ello que la vinculación de estos terrenos a la consecución de unos fines específicos fijados por la propia Ley permite entender

que los contratos relativos a los mismos tengan la naturaleza de contratos administrativos especiales ya que los contratos que se celebren relativos a estos bienes necesariamente han de cumplir los fines legalmente establecidos.

Así lo ha entendido la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Valladolid) de 30 de junio de 2015 (recurso 61/2015) que cita la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2000 (recurso 5746/1994) para considerar que los contratos relativos a los bienes integrantes de estos patrimonios tienen naturaleza administrativa frente a lo que había sido el criterio mantenido por el Consejo Consultivo de Castilla y León en su Dictamen 504/2013, de 25 de julio.

Este criterio se ve respaldado por lo establecido en el artículo 178 de la LSM al remitirse, en cuanto a la disposición de estos bienes, a la legislación de contratos de las Administraciones Públicas como a los convenios interadministrativos.

**CUARTA.-** Establecido el carácter administrativo del contrato han de analizarse las concretas causas de resolución invocadas por la Administración.

En concreto se considera que procede la resolución toda vez que la contratista ha dejado de abonar el canon anual y, además, no ha solicitado la licencia de edificación en el plazo establecido en los pliegos de tres meses desde la adjudicación definitiva.

Ambas obligaciones están expresamente previstas en la cláusula 19 del Pliego de Cláusulas Administrativas que establece, asimismo, que si, en el plazo máximo de doce meses desde la notificación de la adjudicación definitiva, el superficiario no obtuviera las licencias correspondientes se producirá la extinción de su derecho y la reversión al Ayuntamiento de dicha parcela.

El incumplimiento de esas obligaciones ha quedado acreditado por la Administración al presentar certificados acreditativos de las cantidades que se adeudan en concepto de canon y de la ausencia de solicitud de licencia por parte de la contratista.

Es más, la propia contratista reconoce estos hechos al indicar que no está conforme con la concreta cantidad reclamada y que no precisa ya del derecho de superficie solicitando la resolución por mutuo acuerdo si bien conviene recordar que la resolución de los contratos públicos por mutuo acuerdo conforme la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado exige la presencia de un interés público en la resolución y que no concurra causa de resolución imputable al contratista, requisitos que han pasado al artículo 224.4 del TRLCSP.

De esta forma procede la resolución de conformidad con lo establecido en la cláusula 22 en relación con el artículo 206 h) de la LCSP. A ello se refiere, además, el pliego al indicar que las causas de resolución de la citada cláusula (a excepción del transcurso del plazo de duración) tendrán el carácter de condiciones resolutorias expresas.

Por todo ello ha de entenderse que procede la resolución contractual propugnada por la Administración.

**QUINTA.-** Por último ha de hacerse una referencia a la incautación de la garantía definitiva, toda vez que el artículo 208.4 de la LCSP establece que el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso sobre la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía.

Previamente debemos indicar que no procede la incautación de la garantía provisional puesto que esta tiene por finalidad asegurar el mantenimiento de las ofertas de los licitadores hasta la adjudicación

del contrato conforme establece el artículo 91 de la LCSP y se extingue automáticamente con la adjudicación –artículo 91.4 de la LCSP-

El artículo 208.3 de la LCSP, establece lo siguiente:

*“Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados. La indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada”.*

Como hemos recogido en anteriores dictámenes de esta Comisión Jurídica Asesora, siguiendo la doctrina mayoritaria del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, del precepto transcrito no puede inferirse la incautación de la garantía como un efecto automático inherente a la resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista. En este punto cabe recordar que el artículo 114.4 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas y posteriormente el artículo 113.4 del Texto Refundido, aprobado por Real Decreto legislativo, 2/2000, de 16 de junio, determinaban, para los casos de resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista, la incautación automática de la garantía debiendo además indemnizarse los daños y perjuicios producidos a la Administración en lo que excedieran de su importe.

Ahora bien, también se ha destacado (así el Dictamen 229/17, de 1 de junio) que cabe la incautación automática cuando son los propios pliegos los que prevén esa posibilidad.

En este caso, la citada cláusula 22 del Pliego establece respecto de la garantía que

*“Las causas de resolución indicadas en las letras c), d), e), f), g), h), i), j) y k), darán lugar a la extinción del derecho de superficie, la reversión de la parcela y de todo lo edificado hasta el momento en (sic) incautación de la garantía definitiva en concepto de daños 'y perjuicios.(...)”*

*Si el adjudicatario o superficiario incumpliera las obligaciones que asume por este contrato, el Ayuntamiento estará facultado para exigir el cumplimiento o declarar la resolución del contrato, con incautación de la garantía definitiva, revirtiendo al Ayuntamiento el derecho de superficie con la totalidad de lo edificado hasta el momento.”*

Así pues, al establecer el propio pliego la incautación de la garantía definitiva, procede, conforme lo establecido en el artículo 208.4 de la LCSP, que el acuerdo de resolución declare la pérdida de la garantía.

En mérito de cuanto antecede, esta Comisión Jurídica adopta la siguiente

## **CONCLUSIÓN**

Procede la resolución del contrato de constitución del derecho de superficie con opción de compra sobre la parcela 5-B del sector “*Valdelacasa*” con incautación de la garantía definitiva.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a esta Comisión Jurídica Asesora de conformidad con lo establecido en el artículo 22.5 del ROFCJA.

Madrid, a 13 de julio de 2017

La Vicepresidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 299/17

Sr. Alcalde de Alcobendas

Pza. Mayor, 1 – 28100 Alcobendas