

Dictamen n<sup>o</sup>:           **311/11**  
Consulta:               **Alcalde de Madrid**  
Asunto:                 **Contratación Administrativa**  
Aprobación:           **15.06.11**

**DICTAMEN** de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 15 de junio de 2011, sobre consulta formulada por el vicealcalde del Ayuntamiento de Madrid (por delegación del alcalde mediante Decreto de 1 de septiembre de 2008), a través del consejero de Presidencia, Justicia e Interior, cursada, en relación con la resolución del contrato de cesión del derecho de superficie adjudicado mediante acuerdo de la Gerencia Municipal de Urbanismo de fecha 22 de junio de 1994 a la Agrupación Deportiva A sobre la parcela municipal sita entre las calles B, C y D, para construir una piscina de uso público e instalaciones deportivas al amparo del artículo 13.1.f).4<sup>o</sup> de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, de creación del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El día 10 de mayo de 2011 tuvo entrada en el registro del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid una solicitud de dictamen preceptivo formulada por el consejero de Presidencia, Justicia e Interior el 3 de mayo, acerca de la petición procedente del Ayuntamiento de Madrid, firmada por su vicealcalde, sobre expediente de resolución del contrato de constitución de un derecho de superficie adjudicado mediante acuerdo de la Gerencia Municipal de Urbanismo de fecha 22 de junio de 1994 a la

Agrupación Deportiva A sobre la parcela municipal sita entre las calles B, C y D, para construir una piscina de uso público e instalaciones deportivas.

Ha correspondido su ponencia a la Sección I, presidida por el Excmo. Sr. D. Jesús Galera Sanz, quien firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberada y aprobada, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 15 de junio de 2011.

El escrito solicitando el dictamen fue acompañado de la documentación que, foliada y numerada, se consideró suficiente.

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

Por Acuerdo del Consejo de la Gerencia Municipal de Urbanismo del Ayuntamiento de Madrid de 22 de junio de 1994 se adjudicó a la Agrupación Deportiva A un derecho de superficie sobre una parcela municipal de uso deportivo situada entre las calles B, C y D para la construcción de una piscina de uso público e instalaciones complementarias con sujeción al pliego de condiciones que se aprueba en dicho acto.

El 10 de marzo de 1997 se formalizó en escritura pública otorgada ante el notario de Madrid, J.M.O.J., la constitución del derecho de superficie, en virtud de la cual la Agrupación Deportiva A se comprometía a la construcción de las citadas instalaciones deportivas. Quedaba unido a la matriz de la escritura de constitución del derecho de superficie el Pliego de Condiciones Económico-Administrativas del contrato.

Las cláusulas del citado Pliego son, en síntesis, las siguientes:

- Objeto del derecho de superficie: - Constitución de un derecho de superficie sobre la finca de titularidad municipal y naturaleza patrimonial inscrita en el Registro de la Propiedad nº aaa, Tomo bbb, Libro ccc, Sección ddd, Folio eee, Finca Registral fff, Inscripción ggg

- La utilización de la piscina estaría sujeta a la Ordenanza municipal reguladora de las condiciones higiénico-sanitarias de piscinas de 22 de diciembre de 1989.

- Las tarifas serían las mismas que las vigentes en el resto de las piscinas municipales, si bien se podrá establecer por la Junta Directiva de la Agrupación un régimen económico específico para los socios y familiares, sin que ello suponga un régimen de acceso preferente para socios en relación al público en general.

- Por ello se estableció el que el acceso a las instalaciones estaría abierto al público en general previo pago de la tarifa.

- El plazo de duración del derecho de superficie sería de 75 años.

- La licencia de obras y actividades debía solicitarse en el plazo de seis meses desde la fecha de otorgamiento de la cesión.

- El incumplimiento de las obligaciones señaladas en el Pliego y en la legislación aplicable extinguiría el derecho de superficie, declaración que se efectuará por acuerdo del Consejo de Gerencia, previa audiencia del interesado.

- El superficiario asumirá la financiación y ejecución de las obras e instalaciones.

- El contrato de cesión del derecho de superficie tendrá carácter administrativo de acuerdo con el artículo 112 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril en relación con la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local.

**TERCERO.-** Una vez construida y estando en funcionamiento la piscina, como consecuencia de diversas denuncias, en el año 2000 se constatan incumplimientos por Acta de inspección del 10 de julio de 2000

(folios 258-261) en el que los inspectores del Área de Salud y Consumo reflejan que:

- No se tenían expuestas al público listas de precios, indicando un empleado que sólo dejaban acceder a la piscina a socios con carnet pero no al público en general.

- En las instalaciones figuraba un cartel indicando que *“La apertura al público en general está pendiente de definición de la calificación en la licencia de primera instalación. Para más información dirigirse al Excmo. Ayuntamiento de Madrid”*.

En el año 2002 se recibieron nuevas denuncias, si bien un informe del Instituto Municipal de Deportes de 20 de julio de 2002 comprobó que se aplicaban los mismos precios establecidos por la Ordenanza Reguladora por Prestación de Servicios de Piscinas e Instalaciones Deportivas y Casas de Baños.

Por informe de 29 de mayo de 2003 del mismo Instituto Municipal se señaló que los precios para el año 2003, fijados por la Agrupación, no coincidían con los vigentes aprobados por el Pleno del Ayuntamiento, y sin que existieran tarjetas de abono de temporada.

En el año 2007 se recibieron otros once escritos de denuncia respecto de los mismos incumplimientos.

El 22 de enero de 2008 la Dirección General de Deportes del Ayuntamiento de Madrid emitió informe en el que se destacaba que la Asociación:

- No permitía el acceso a la piscina mediante entradas de acceso a una única sesión, ni mediante bonos múltiples no nominativos.

- Los precios aplicados en la piscina eran diferentes a los de las piscinas municipales con una diferencia en la mayoría de los casos del 100%.
- No se contemplaba la posibilidad de bonificaciones para familias numerosas establecida en la normativa municipal.
- No se establecía el suplemento del 20% para no empadronados en Madrid que exige dicha normativa.

Con fecha 2 de junio de 2009 se emite por la Dirección General de Deportes un nuevo informe en el que señala que:

- Solo se emiten bonos nominativos válidos para toda la temporada, sin entrada de una única sesión ni bonos no nominativos.
- Los precios en función de la edad no utilizan las mismas edades que la Ordenanza Fiscal Reguladora.
- Exigen 6,60 euros por la expedición de bono de temporada, cantidad no contemplada en dicha Ordenanza.
- No se contemplan bonificaciones para las familias numerosas.
- Se establece un periodo para la adquisición de los bonos de temporada de cinco días (del 18 al 22 de mayo).

Obra en el expediente un informe de la Subdirección General de Patrimonio Municipal de Suelo de 3 de febrero de 2010 en el que se detallan las denuncias recibidas, las actuaciones de inspección realizadas, los incumplimientos observados, los requerimientos efectuados a la Agrupación Deportiva A así como las actuaciones llevadas a cabo por el Defensor del Pueblo (folios 797 a 821).

**CUARTO.-** Como consecuencias de esos incumplimientos se inició un procedimiento de resolución en el que la Agrupación Deportiva A formuló

alegaciones con fecha 8 de febrero de 2010 alegando la caducidad del procedimiento.

Dichas alegaciones fueron estimadas en cuanto a la caducidad por Resolución de 19 de octubre de 2010 de la delegada del Área de Gobierno de Urbanismo y Vivienda.

Por Decreto de 26 de enero de 2011 de la directora general de Gestión Urbanística se acuerda el inicio de un nuevo procedimiento de resolución y se concede trámite de audiencia a la mencionada Agrupación Deportiva A.

Con fecha 1 de marzo de 2011 se presentan alegaciones por la Agrupación Deportiva A en el que se opone a la resolución del derecho de superficie afirmando que: 1º No se han incumplido condiciones esenciales, 2º Que no es aplicable el Reglamento de Contratación de las Entidades Locales aprobado por Decreto de 9 de enero de 1953, 3º Que se han aplicado correctamente las tarifas de las piscinas de uso público y 4º Que la resolución propuesta vulnera el principio de proporcionalidad. Se solicita como prueba que el Área de Gobierno de Vicealcaldía informe sobre la adecuación de los precios para el año 2010 a la Ordenanza (folios 883 a 890).

Con fecha 1 de abril de 2011 la Dirección General de Gestión Urbanística contesta esas alegaciones defendiendo la aplicación del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, indicando que los incumplimientos han sido reiterados a lo largo del tiempo y que no se incumple el principio de proporcionalidad sin que la Agrupación haya aportado los precios del año 2010 a los efectos de la petición de informe señalada.

El 13 de abril de 2011 emite informe la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento de Madrid y el 25 de dicho mes la Intervención General, ambos favorables a la resolución.

Por medio de escrito de 11 de mayo de 2011 el Ayuntamiento de Madrid, a solicitud de este Consejo, remite la notificación efectuada el día 11 de mayo de 2011 a la Agrupación de la remisión del expediente al Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid para su preceptivo informe así como de la suspensión del plazo para resolver, conforme el artículo 42.5 c) LRJ-PAC.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

## CONSIDERACIONES EN DERECHO

**PRIMERA.-** El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo, al amparo del artículo 13.1.f).4º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, de la Comunidad de Madrid, conforme al cual: *“1. El Consejo Consultivo deberá ser consultado por la Comunidad de Madrid en los siguientes asuntos: (...) f) Expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid, las entidades locales y las universidades públicas sobre: (...) 4.º 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 de las Administraciones públicas”.*

Por remisión, el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante TRLCAP) -aplicable a este contrato- dispone en su artículo 59.3 que *“(...) será preceptivo el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de: a) Interpretación, nulidad y*

*resolución [de los contratos], cuando se formule oposición por parte del contratista”.*

La solicitud de dictamen por el Ayuntamiento de Madrid se ha hecho llegar al Consejo Consultivo a través del consejero de Presidencia, Justicia e Interior, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 14.3 de la Ley 6/2007 (*“Las solicitudes de dictamen de las entidades locales se efectuarán por los Presidentes de las mismas, y se cursarán a través del Consejero competente en relaciones con la Administración local”*), en relación con el Decreto 77/2008, de 10 de julio, del Consejo de Gobierno, por el que se establece el número y denominación de las Consejerías.

**SEGUNDA.-** Adjudicado el contrato, cuya resolución se pretende, el 22 de junio de 1994, resulta de aplicación la normativa vigente en ese momento, de conformidad con lo previsto en la disposición transitoria primera 2 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en lo sucesivo, LCSP) -que entró en vigor el 30 de abril de 2008-, al establecer: *“Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”*.

En materia de procedimiento, la resolución del contrato plantea, como se ha señalado en las alegaciones de la Agrupación, la determinación de la normativa aplicable. El Pliego de condiciones económico administrativas fija como normas aplicables: la legislación de suelo vigente en ese momento y que estaba constituida por el Texto Refundido de la Ley del Suelo y Ordenación Urbana aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio), el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales de 9 de enero de 1953, la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, la normativa sectorial aplicable por razón de la materia y especialmente la

Ordenanza municipal reguladora de las condiciones higiénico-sanitarias de piscinas y la normativa del Plan Parcial I-19 “El Bardequeral”.

Tal y como ha señalado este Consejo es necesario distinguir la normativa aplicable al contrato en sí y la aplicable al procedimiento a seguir.

El Dictamen 171/2010, de 26 de junio destaca que *“A mayor abundamiento en relación con esta cuestión, el Consejo de Estado entre otros en dictamen de 21 junio 2007, señala que “Es reiterada la doctrina de este Consejo de Estado (Dictámenes números 2383/2003, 2382/2003, 142/2003, 8/2003, 1598/2002, 1077/2002, 527/2000 y 3437/99, entre otros muchos) que sostiene que la norma aplicable al procedimiento de modificación de un contrato y a la competencia del órgano es la vigente cuando se inicia el expediente de modificación”.*

Por ello en este caso es necesario aparte de la emisión de dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, la ineludible necesidad de dar audiencia al contratista (cfr. artículos 195. LCSP y 114.2 del TRRL).

En el ámbito local, se preceptúan como necesarios, asimismo, para la resolución del contrato los informes de la Secretaría y de la Intervención de la Corporación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 114.3 del TRRL. En el caso examinado se emiten ambos informes, si bien de conformidad con la disposición adicional 8<sup>a</sup> de la LBRL, el de la Secretaria se sustituye por el de la Asesoría Jurídica.

Por lo que respecta a la normativa aplicable al tratarse de un contrato administrativo especial, como se expondrá a continuación, su perfección se produce con la adjudicación, por lo que, de acuerdo con la disposición transitoria 1<sup>a</sup> de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, resulta de aplicación la normativa anterior al haberse adjudicado el 22 de junio de 1994, ello con

independencia del carácter constitutivo de la inscripción registral que establece el artículo 288 del Texto Refundido de la Ley del Suelo.

Debe hacerse una referencia al plazo para resolver el expediente de resolución de contrato. En este sentido ni la LCSP -del mismo modo que su antecesora la LCAP-, ni el RGCAP establecen nada al respecto.

Tanto el Consejo de Estado (dictámenes nº 1255/2006 y 692/2006) como la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (informe 16/2000, de 16 de abril) consideran que no ha lugar a aplicar supletoriamente la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), por ser un procedimiento especial en materia de contratación en donde no se ejercitan potestades administrativas ni de intervención como de forma expresa se recoge en el artículo 44.2 de la LRJ-PAC. Ello no obstante, el Tribunal Supremo, en sentencias de 2 de octubre de 2007 (RJ 2007/7035) y de 13 de marzo de 2008 (RJ 2008/1379) ha declarado la aplicación supletoria de la LRJ-PAC de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional séptima del TRLCAP, de forma que si no se resuelve en un plazo de tres meses habiéndose iniciado de oficio, se entiende caducado, según el artículo 44.2 de la LRJ-PAC.

En estos términos se ha pronunciado este Consejo Consultivo en dictámenes anteriores, entre otros, el dictamen 270/09, de 20 de mayo de 2009, y el dictamen 10/10, de 20 de enero de 2010.

Aplicando la doctrina jurisprudencial citada, el expediente de resolución caducaría el 26 de abril, ya que el inicio del mismo tuvo lugar el 26 de enero de 2011 por Resolución de la directora general de Gestión Urbanística (folio 875).

A petición de este Consejo el Ayuntamiento de Madrid remitió la notificación que la Subdirección General de Gestión Urbanística efectuó el 4 de mayo de 2011 a la Agrupación Deportiva A de la Resolución de 26 de abril de 2011 de la directora general de Gestión Urbanística por la que se suspende el plazo de resolución del procedimiento de resolución del contrato de cesión del derecho de superficie como consecuencia de su remisión al Consejo Consultivo para su dictamen.

Es ese mismo día el que se dictó el acuerdo de suspensión pero ello conlleva que la resolución del procedimiento que eventualmente se dicte por el Ayuntamiento tendrá que ser dictada y notificada el mismo día de la recepción del presente dictamen por imperativo del artículo 42.5 LRJ-PAC ya que de lo contrario se dictaría una vez caducado el expediente.

En este sentido el Dictamen de este Consejo 59/11, de 9 de marzo de 2011 ya recordó a la Administración consultante que *“una vez se reciba el presente Dictamen en la Consejería, se alzarán la suspensión del plazo, debiendo resolverse y notificarse la resolución del contrato en el plazo restante.”*

**TERCERA.-** Debe analizarse en primer lugar la naturaleza del derecho de superficie que fue constituido por el Ayuntamiento de Madrid para poder determinar si es aplicable el procedimiento seguido.

En este sentido el dictamen de este Consejo 226/2010, de 21 de julio de 2010 ya señaló que *“El objeto del contrato es la cesión del suelo para la construcción de un colegio concertado durante un plazo de 75 años, transcurrido el cual, el Ayuntamiento adquirirá la propiedad del mismo. En atención a su objeto se puede calificar como un contrato administrativo especial en los términos previstos en el artículo 5.2 b) del TRLCAP al tener un objeto diferente al de los contratos típicos regulados en la Ley”* pero tiene *“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”.*

La distinción entre contrato privado y administrativo especial no es cuestión sencilla, sin embargo como señala el Tribunal Supremo, *vid.* Sentencia de 24 de enero de 2007 (RJ 2007\710), “*como elemento significativo en la caracterización contractual, se ha atendido a la existencia de una relación relevante del contrato –y siempre contemplando su prestación característica– con el desempeño de las potestades administrativas específicamente atribuidas a la administración contratante, para cuyo ejercicio sirve aquél como instrumento o medio, y siempre orientado a la satisfacción de una finalidad o un interés público, que constituye el elemento teleológico definitorio de la naturaleza administrativa del contrato, y ha servido además como elemento de modulación de su carácter. El problema se encuentra en la amplitud con que quiera verse esa relación y en el modo de entender la vinculación del contrato al desenvolvimiento regular de un servicio público –en términos de la legislación anterior– o al giro o tráfico específico de la Administración contratante, conceptos éstos que, a su vez, requieren la atribución de un determinado significado y de un concreto contenido”.*

Este mismo criterio se recoge en la Sentencia de 7 de marzo de 2000 de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Madrid al indicar que “*Como ha declarado la S.T.S. de 23 de mayo de 1988, “partiendo de la base de que el contrato administrativo no es una figura radicalmente distinta del contrato privado, pues responde claramente a un esquema contractual común elaborado por el Derecho Civil, ha de indicarse que la calificación de un contrato como administrativo resulta procedente cuando la vinculación de su objeto al interés público alcanza una entidad tal que dicho interés no tolera que la Administración se*

*despoje de sus prerrogativas exorbitantes art. 4º 2º de la Ley de Contratos del Estado, vinculación la mencionada que aparece clara y ostensible cuando el objeto contractual se incluye dentro del ámbito de los cometidos que el ordenamiento jurídico ha confiado al órgano contratante. En el caso contemplado por la citada sentencia del Tribunal Supremo se trataba de la formación de un parque natural, deportivo y turístico, que era el objetivo perseguido por el contrato. Por ello se afirmó la "definida conexión con los cometidos propios del Municipio, una de cuyas competencias naturales es, en lo que ahora importa, el urbanismo como deriva del art. 214 del Texto Refundido de la Ley del Suelo en relación con el art. 101,2a) de la Ley de Régimen Local de 24 de junio de 1955, hoy art. 25.2d) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local , concluyendo que "aunque los terrenos objeto del contrato de arrendamiento sean bienes patrimoniales, la finalidad perseguida por aquél determina la procedencia de calificarlo como administrativo. Y es de añadir que cualquier duda que pudiera surgir al respecto ha de resolverse en favor de la jurisdicción contencioso-administrativa. No se trata ya sólo de lo que se ha dado en llamar el «lamentable peregrinaje de las jurisdicciones», que puede explicar soluciones casuísticas equitativas para hacer - efectiva la tutela judicial-efectiva del art. 24.1 de la Constitución, sino también y sobre todo de que el Derecho administrativo es el Derecho común y general de las Administraciones Públicas, lo que implica, en primer lugar, que por regla general éstas actúan con sometimiento a dicha disciplina jurídica y, en segundo término y por consecuencia, que existe una presunción en favor de la atribución a la Jurisdicción Contencioso-administrativa del conocimiento de las cuestiones relacionadas con la Administración. Quiérese decir que dicha jurisdicción es justamente la ordinaria a la hora de llevar a cabo el control judicial previsto en el art. 106.1 de la Constitución. En el caso litigioso, los terrenos objeto del derecho de*

*superficie se destinarían a la construcción de un complejo de edificios y locales de uso dotacional cultural, dedicados a enseñanza, investigación y otras actividades similares o conexas, así como aquellas otras que fueran complementarias o precisas para dar servicio al centro de formación y negocios. Es decir, tanto si se atiende al criterio jurisprudencial expresado, como si se atiende a lo establecido en el art. 5.2 b) de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas, el contacto litigioso tiene carácter administrativo por venir a satisfacer una finalidad pública de específica competencia municipal."*

En el presente caso es evidente que la concesión por el Ayuntamiento del derecho de superficie para la construcción en una parcela cuya calificación urbanística era dotacional deportivo, tuvo por finalidad el dotar a la zona de una instalación deportiva ejerciendo el Ayuntamiento sus competencias en materia de "*Actividades o instalaciones culturales y deportivas*" recogidas en el artículo 25.1 m) de la Ley de Bases de Régimen Local.

**CUARTA.-** Entrando ya en el fondo del asunto corresponde pronunciarnos sobre la procedencia o no de resolver el contrato.

De la documentación obrante en el expediente relativa a la constitución del derecho de superficie resulta clara la voluntad de la Administración municipal de condicionar la constitución del derecho de superficie a la apertura al público de la piscina y a que se cobrasen en la misma los mismos precios que en las piscinas municipales.

En este sentido la cláusula tercera (si bien esta numerada por error como segunda) del Pliego de condiciones, bajo la rúbrica "*Destino*" establece expresamente que "*El destino que ha de darse a la finca cuyo derecho de superficie se cede es el de construcción de una piscina de uso público y sus instalaciones complementarias*".

En la cláusula 4<sup>a</sup> bajo la rúbrica “*Régimen de utilización de las instalaciones*” se indica que:

*“1º Al tratarse de una piscina de uso público está sujeta al cumplimiento de la Ordenanza municipal reguladora de las condiciones higiénico-sanitarias de piscinas de fecha 22-12-89.*

*2º La temporada de funcionamiento y el horario será el fijado con carácter general para las piscinas públicas.*

*3º Las tarifas serán las mismas que las vigentes en el resto de las piscinas municipales y que aprueba el Ayuntamiento Pleno anualmente.*

*4º No obstante lo anterior, la Agrupación Deportiva podrá establecer a través de la Junta Directiva, un régimen económico específico de utilización para socios y familiares, sin que ello suponga un régimen de acceso preferente para socios en relación al público en general.*

*5º De acuerdo con lo expuesto el acceso a la piscina e instalaciones estará abierto al público en general previo pago de la tarifa correspondiente.”*

A su vez la cláusula 7º establece que “*El incumplimiento de las obligaciones señaladas en este pliego y en la legislación aplicable extinguirá el derecho de superficie otorgado, declaración que se efectuara por acuerdo del Consejo de Gerencia, previa audiencia del interesado*”.

Como se ha expuesto, la actuación de la Asociación Deportiva A ha sido claramente obstaculizadora a la hora de permitir el acceso de los no socios a las instalaciones deportivas y no se han aplicado los mismos precios establecidos para las piscinas municipales.

Estos incumplimientos han hecho que la constitución del derecho del derecho de superficie no haya servido para el fin público que la motivó.

En este sentido hay que destacar como hace la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2001 (Recurso 7199/1996) que *“La sentencia recurrida afirma, asimismo, que el Ayuntamiento cumplió con las obligaciones que le incumbían, así como que hubo un incumplimiento del contrato por causa exclusivamente imputable al contratista. Y este dato del incumplimiento descarta que se pueda considerar como improcedente la resolución contractual. Merece ser reiterado en este punto el criterio que ya siguió esta Sala en su sentencia de 21 de septiembre de 1.999, que asume, a su vez, la jurisprudencia sentada por la Sala Primera de este Tribunal Supremo sobre resolución contractual por incumplimiento. Recuerda esa sentencia que la jurisprudencia civil resalta el abandono del matiz subjetivista, y la suficiencia, para aceptar producido un incumplimiento contractual, que se haya producido un hecho obstaculizador al fin normal del contrato, frustrante de las legítimas expectativas de alcanzar el fin perseguido por el vínculo contractual; y también señala que no es preciso una tenaz y persistente resistencia al cumplimiento, bastando que al incumplidor pueda atribuírsele una conducta voluntaria obstativa al cumplimiento del contrato en los términos que se pactó.”*

En este caso la actuación de la Agrupación Deportiva A ha eludido continuamente el cumplimiento del contrato, siendo plenamente consciente de ello como lo demuestra su escrito de 26 de diciembre de 2002 en el que manifiesta que le resulta inviable económicamente el mantener los mismos precios que las piscinas públicas (folios 436 a 452).

De esta forma el contrato no ha servido al fin público que le sirve de causa, por lo que la Administración ha de ejercer las potestades que le confiere el ordenamiento jurídico para poner fin a esta situación.

Se señala por la Agrupación Deportiva A que no ha existido un incumplimiento esencial como sería el no haber construido la piscina, o un

incumplimiento grave del pliego de condiciones, únicas causas que justificarían la resolución.

Sin embargo de la lectura del pliego se deduce claramente que el derecho de superficie se constituyó bajo la premisa del carácter público de la piscina y de la aplicación de las tarifas municipales.

El incumplimiento de estos requisitos ha quedado acreditado sin que un posible cumplimiento en el año 2010, alegado pero no probado por la Agrupación, pueda subsanar el incumplimiento anterior.

Se alega igualmente por la Agrupación la vulneración del principio de proporcionalidad por considerar que la resolución no es adecuada a los incumplimientos que se han podido cometer.

Sin embargo, lo cierto es que los incumplimientos han existido desde, al menos el año 2000, habiéndose realizado diversas actuaciones por parte de la Administración para lograr un cumplimiento pleno de las condiciones establecidas en el Pliego sin que se haya logrado ese cumplimiento por parte de la Agrupación.

Debe tenerse en cuenta, a mayor abundamiento, que el Pliego no recoge ningún sistema de penalidades que pudiera ayudar a que se cumpliesen sus términos sin necesidad de acudir a la resolución, por lo que, intentado el cumplimiento voluntario por parte del contratista, la Administración sólo tiene como vía de actuación la resolución contractual. Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 2004 (Recurso 4589/1999) el incumplimiento que justifica la resolución es aquel que frustra el fin objetivo del contrato.

En el presente caso los distintos incumplimientos del contratista han impedido que la piscina sea de uso público y con los mismos precios que las

piscinas de titularidad municipal, como exigía expresamente el pliego de condiciones, por lo que procede la resolución propuesta.

En mérito a lo que antecede este Consejo Consultivo extrae la siguiente

## CONCLUSIÓN

Concurre causa, imputable al contratista, para la resolución del contrato de derecho de superficie adjudicado mediante acuerdo de la Gerencia Municipal de Urbanismo de fecha 22 de junio de 1994 a la Agrupación Deportiva A sobre la parcela municipal sita entre las calles B, C y D, para construir una piscina de uso público e instalaciones deportivas.

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 este Consejo de conformidad con lo establecido en el artículo 3.7 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo.

Madrid, 15 de junio de 2011