

Dictamen n<sup>o</sup>:           **339/11**  
Consulta:               **Alcalde de Madrid**  
Asunto:                 **Contratación Administrativa**  
Aprobación:           **22.06.11**

**DICTAMEN** de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 22 de junio de 2011, sobre consulta formulada por el Alcalde de Madrid, cursada a través del Consejero de Presidencia, Justicia e Interior, en relación con expediente sobre resolución del contrato de cesión del derecho de superficie adjudicado mediante concurso público a la empresa A, sobre la parcela municipal denominada B, situada en la Avenida C, aaa, al amparo del artículo 13.1.f).4.º 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 1 de abril de 2011 tuvo entrada en el registro del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen preceptivo formulada por el Consejero de Presidencia, Justicia e Interior el 29 de marzo, acerca de la petición procedente del Ayuntamiento de Madrid, firmada por su Vicealcalde (en virtud del Decreto del Alcalde de 1 de septiembre de 2008), sobre expediente de resolución del contrato de cesión del derecho de superficie adjudicado mediante concurso público a la empresa A, sobre la parcela municipal denominada B, situada en la Avenida C, aaa.

Ha correspondido su ponencia a la Sección VIII, presidida por el Excmo. Sr. D. Andrés de la Oliva Santos, quien firmó la oportuna

propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 22 de junio de 2011.

El escrito solicitando el dictamen fue acompañado de la documentación que, tras la remisión de la documentación solicitada por la Comisión Permanente de este Consejo Consultivo el pasado 27 de abril, numerada y foliada, se consideró suficiente.

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

Por Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Madrid de 30 de abril de 2003 se adjudicó a la empresa A la cesión del derecho de superficie, sobre la parcela municipal denominada B, situada en la Avenida C, aaa (folio 136).

El 9 de marzo de 2004 se formalizó en escritura pública otorgada ante Notario de Madrid, F.J.M.S.M., de agregación de finca y cesión de derecho de superficie mediante concurso público otorgada por el Ayuntamiento de Madrid a favor de la empresa A en virtud de la cual el contratista adjudicatario se comprometía, a cambio del derecho de superficie sobre la finca descrita en el antecedente II, parcela resultante B, situada en las calles C, D, E y F, durante un plazo de setenta y cinco años, a contar desde la fecha de inscripción de la presente escritura en el Registro de la Propiedad, a la construcción de un edificio dotacional con el uso específico y pormenorizado de equipamiento cultural, por el precio ofertado de 24.502.030,00 euros más 3.920.324,80 euros en conceptos de IVA. El pago del precio de la adjudicación, de acuerdo con el punto 4 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, debía realizarse mediante el pago de un canon anual del 6% de dicho precio, distribuido linealmente durante el período de cesión de 75 años. Se establecía un período de carencia de dos

años naturales para el abono del canon, a partir de la inscripción en el Registro de la Propiedad de la cesión del derecho de superficie. Además, la sociedad adjudicataria quedaba obligada a cumplir las siguientes mejoras ofrecidas por la misma: *“Una primera mejora consistente en una cantidad, a tanto alzado, por un importe de un millón de euros, a satisfacer por la empresa A, en el momento de la obtención de la licencia municipal; una segunda mejora consistente en la cesión gratuita, por un espacio de tres semanas al año a convenir de mutuo acuerdo entre el Excmo. Ayuntamiento de Madrid y la empresa A, de uno de los tres teatros, para las actividades que estime oportunas. En términos económicos y estimado de acuerdo con los estudios de mercado realizados por la concursante, estaríamos hablando de una mejora de ciento ochenta y nueve mil cuatrocientos euros al año que por todo el período del derecho de superficie (75 años), serían catorce millones doscientos cinco mil euros; la tercera mejora, es la cesión gratuita por espacio de un mes, durante el año 2012 de los tres teatros a favor del Excmo. Ayuntamiento de Madrid, para cualquier actividad necesaria que esté vinculada con los Juegos Olímpicos a celebrar en dicho año”.*

Según resulta de la cláusula quinta de la escritura otorgada, la sociedad superficiaria en cumplimiento de lo establecido en el Pliego de Prescripciones Técnicas y Cláusulas Administrativas particulares obrante en el expediente quedaba sujeta, entre otras, a las siguientes obligaciones: *“4. A realizar a su costa las edificaciones previstas en la finca objeto de esta escritura, consistentes en un edificio dotacional con el uso específico y pormenorizado de equipamiento cultural, dentro del plazo señalado en el apartado 12. Plazos de ejecución y concesión de licencia, del Pliego de Prescripciones Técnicas del que se ha unido testimonio, con una edificabilidad máxima prevista del quince por ciento, esto es, de seis mil trescientos diez metros y cinco decímetros cuadrados”.*

En la cláusula séptima se estipula que *“ambas partes se obligan al cumplimiento exacto del contrato, conforme a los Pliegos de Condiciones Técnicas y Económico Administrativas, los cuales tienen carácter contractual declarando que estos documentos les son perfectamente conocidos. El incumplimiento por parte de la sociedad adjudicataria de cualesquiera de las condiciones y pactos derivados de los Pliegos de Prescripciones y Cláusulas Administrativas Particulares, de lo pactado en la presente escritura de cesión de derecho de superficie, y del expediente administrativo de su razón, dará lugar a la resolución de pleno derecho del presente contrato”*.

El apartado 12 de los Pliegos de Prescripciones Técnicas, por su parte, prevé que *“una vez acordada la adjudicación y formalizado a favor del adjudicatario el derecho de superficie mediante escritura pública e inscripción registral del mismo, se establecerán los siguientes plazos para el desarrollo de las obras: la elaboración definitiva del Proyecto (con las modificaciones o correcciones impuestas en la adjudicación) y la solicitud de la correspondiente licencia deberá efectuarse en el plazo máximo de seis meses desde la formalización dicha formalización de la concesión.*

*Una vez concedida la licencia correspondiente, el adjudicatario deberá proceder a la iniciación de las obras en los plazos previstos en la Ordenanza Especial de Tramitación de Licencias y control Urbanística de 1997.*

*Si transcurrido el plazo de seis meses, el adjudicatario no hubiere solicitado la correspondiente licencia, se entenderá resuelto el derecho de superficie. La finalización de las obras y expedición del correspondiente certificado final de obra, visado por el Colegio Profesional correspondiente, deberá producirse en el plazo máximo de treinta meses desde la fecha de iniciación de las mismas.*

*El incumplimiento de los plazos establecidos anteriormente dará lugar a la incautación de las garantías, sin perjuicio de las responsabilidades que de ello se derivasen”.*

La entidad superficiaria constituyó una garantía definitiva a favor del Ayuntamiento de 1.136.894,19 euros.

Con fecha 6 de octubre de 2005, la Jefe del Departamento de Gestión del Patrimonio del Área de Gobierno de Urbanismo, Vivienda e Infraestructuras del Ayuntamiento de Madrid requiere a la entidad contratista para que acredite, en un plazo de quince días, mediante certificación registral, que la parcela cedida en derecho de superficie estaba debidamente inscrita. Asimismo, se requirió a la Unidad Técnica de Licencias II del Área de Gobierno de Urbanismo, Vivienda e Infraestructuras para que, a la vista de la mejora ofrecida por el superficiario en su oferta, consistente en el pago de un millón de euros en el momento de la obtención de la licencia municipal, informara sobre la fecha en que se podía considerar que la empresa A había obtenido la licencia municipal (folio 412).

El 20 de octubre de 2005, un representante de la superficiaria comparece y aporta copia de la escritura pública debidamente inscrita en el Registro de la Propiedad (folio 413). La inscripción se practicó el 21 de abril de 2004.

Con fecha 7 de abril de 2006 el Ayuntamiento de Madrid emite factura por importe de 1.705.341,29 euros correspondiente al abono del canon anual del 6% del valor de la parcela (folio 512). Esta factura se notifica a la entidad superficiaria el 19 de abril de 2006.

El 8 de mayo de 2006, el superficiario presenta escrito dirigido al Departamento de Gestión de Patrimonio del Suelo, del Área de Gobierno y Urbanismo, Vivienda e Infraestructuras del Ayuntamiento de Madrid. En

dicho escrito la entidad superficiaria manifiesta, en síntesis, que el Ayuntamiento de Madrid, por causas imputables al mismo, otorgó la escritura de cesión del derecho de superficie el 9 de marzo de 2004 y no en los treinta días siguientes a la fecha de adjudicación, 30 de abril de 2003; que la superficiaria solicitó la licencia de obras dentro del plazo previsto en los pliegos, 9 de septiembre de 2004, y, sin embargo, como consecuencia del Plan Especial de Usos que sufrió un retraso en su aprobación de más de catorce meses (29 de noviembre de 2005), la licencia fue suspendida. En consecuencia, considera que *“las circunstancias iniciales bajo las que el superficiario concursó han sufrido una alteración temporal de tal magnitud que, de mantenerse los plazos del pago del canon actualmente establecidos, peligraría la viabilidad del Proyecto. A mayor abundamiento, a la fecha de la presente el Excmo. Ayuntamiento todavía continúa efectuando obras de adecuación en la parcela que impiden la puesta a disposición real y física de la misma a favor del superficiario, en contra de lo establecido en el tan reiterado Pliego de Condiciones Administrativas”*.

El superficiario solicita en dicho escrito: *“que el primer pago en concepto de canon se efectúe el 21 de abril de 2008, y los sucesivos pagos, en los aniversarios anuales a contar desde dicha fecha, y ello con el fin de equilibrar las prestaciones a las que tanto Ayuntamiento como superficiario están obligados. No obstante, y conscientes de que dicha modificación debe seguir los trámites legalmente preceptivos, y con el fin de que en ningún momento les quede duda alguna de nuestra firme voluntad de pago, acompañamos a la presente Aval a primer requerimiento a favor del Ayuntamiento de Madrid para el supuesto de que nuestra solicitud no sea aceptada finalmente”* (folios 516 a 518).

El 8 de junio de 2006, la Coordinadora del Área de Urbanismo del Área de Gobierno de Urbanismo, Vivienda e Infraestructuras del

Ayuntamiento de Madrid emite una nota de servicio interior sobre la entidad G en la que señala: *“El derecho de superficie se inscribió el 21 de abril de 2004, siendo solicitada licencia por el adjudicatario el 9 de septiembre de 2004.*

*El proyecto presentado prevé la construcción de un aparcamiento de 75.000 m<sup>2</sup>, por lo que de conformidad con la normativa urbanística se requería la previa aprobación de un Plan Especial, para el control ambiental de un aparcamiento de estas dimensiones.*

*Por ello, se suspendió la tramitación de la licencia en tanto se aprobaba este Plan Especial, el cual se aprueba definitivamente con fecha 29 de noviembre de 2005.*

*El 22 de diciembre de 2005 se reanudó el expediente de licencia, requiriendo al titular cierta documentación el 30 de diciembre de 2005, requerimiento que se reitera, al no haber sido contestado el 24 de marzo de 2006.*

*La documentación se aporta el 17 de abril, sin embargo, ésta es incompleta.*

*Con fecha 21 de abril, y 22 de mayo, presentan documentación complementaria que sigue sin ajustarse a lo solicitado, por lo que mañana viernes día 10 de junio se enviará un nuevo requerimiento para que completen la misma. De no ser correcta, deberá plantearse la posible denegación de la licencia”.*

En relación con el pago del canon, el informe emitido manifiesta:

*“Las obligaciones asumidas por el Ayuntamiento se encuentran todas ejecutadas: - Agrupación de parcelas; - Urbanización del ámbito.*

*Además de encontrarse ejecutadas, su tramitación no ha impedido en ningún momento la tramitación administrativa necesaria para la concesión de licencia.*

*Los retrasos de la licencia han sido como consecuencia de dos cuestiones:*

*- La tramitación del Plan Especial, cuya necesidad deriva del proyecto presentado y no de la voluntad del Ayuntamiento.*

*- Los requerimientos efectuados, los cuales, no han sido contestados en plazo y cuando contestan, no es correcto lo presentado, lo que es un problema cuya solución sólo depende del interesado y no del Ayuntamiento (de haber sido completada la documentación, la licencia ya estaría concedida) ”.*

El informe señala como conclusión:

*“En base a lo anterior no se ha considerado procedente admitir el nuevo periodo de carencia de dos años, el cual, por otra parte sería dudoso que se admitiera por Intervención y Asesoría jurídica, ya que el derecho de superficie está constituido e inscrito con unas condiciones, de acuerdo al pliego objeto de concurso en su momento.*

*No obstante, con fecha 25 de mayo, la Concejala de Gobierno de Urbanismo, Vivienda e Infraestructuras mantuvo una reunión con J.L.M., donde se trató este asunto, y donde se le expuso la imposibilidad de concederle los dos años de carencia solicitados, ante lo que el interesado manifestó que en lugar de este período de carencia se le concediera un aplazamiento de pago de un año, abonando en el año 2007 los dos períodos (canon 2006 y canon 2007).*

*El aplazamiento tiene que ser autorizado por Hacienda dado que el ingreso está contabilizado en el ejercicio 2006. En estos momentos se está*

*gestionando, y una vez se conozca si es posible, se le enviará por escrito la contestación definitiva” (folios 521 a 524).*

El 9 de agosto de 2006, en respuesta al anterior escrito el Subdirector General para la Gestión Pública del Área de Gobierno y Urbanismo, Vivienda e Infraestructuras del Ayuntamiento de Madrid, remite una carta en la que manifiesta: *“no se entiende procedente la solicitud de ampliar el período de carencia a otros 2 años”*. En cuanto a la solicitud de aplazamiento del canon, se informa que se ha solicitado informe a Intervención General y que *“una vez emitido éste les será debidamente notificado, y solo en el caso de que sea negativo deberán efectuar el ingreso del canon correspondiente al año 2006 que asciende a la cantidad de 1.470.121,80 € y 235.219,49 € de IVA en el plazo de 15 días contados a partir del día siguiente al de recepción de la citada notificación”* (folios 526 a 530).

El 18 de enero de 2007, el Director General de Gestión Urbanística del Área de Gobierno y Urbanismo, Vivienda e Infraestructuras del Ayuntamiento de Madrid remite escrito a la superficiaria y requiere el pago del canon correspondiente al año 2006 (folios 533 a 535).

El día 9 de febrero de 2007, tiene entrada en la oficina de registro del Área de Gobierno de Urbanismo, Vivienda e Infraestructuras del Ayuntamiento de Madrid nuevo escrito de la entidad superficiaria en el que manifiesta que no se les ha dado respuesta a su solicitud de aplazamiento, que todavía no se ha tramitado la licencia municipal y, finalmente, solicita de nuevo el aplazamiento del pago del canon (folios 536 y 545).

La respuesta al anterior escrito se emite el 4 de abril de 2007, en la que el Director General de Gestión Urbanística declara que *“al haber transcurrido sobradamente el plazo previsto en la cláusula 4 del Pliego de*

*Condiciones Administrativas Particulares, regulador del concurso para el abono del primer canon, así como el concedido en el requerimiento anteriormente aludido, no procede posponer el pago a un período posterior al otorgamiento de la licencia municipal, debiendo acreditar el ingreso de la cantidad de 1.470.121,80 € más el IVA correspondiente en un plazo máximo de 7 días contados a partir del siguiente al de la recepción de la presente notificación. En caso de incumplimiento de este plazo improrrogable, por parte de esta Administración se procederá a ejercitar las acciones legales que estime pertinentes en defensa de sus derechos". Este escrito se notifica el día 4 de abril de 2007 (folios 546 a 549).*

Con igual fecha, 4 de abril de 2007, consta efectuado el pago del canon correspondiente a 2006 mediante cheque de 1.705.341,29 euros (folio 550).

El día 24 de abril de 2007 se emite nueva factura correspondiente al canon de 2007, que se notifica a la entidad superficiaria el día 19 de mayo de 2007 (folios 552 a 555).

Ante la falta de pago en el plazo establecido en el anterior requerimiento, el día 15 de octubre de 2007 se requiere nuevamente a la entidad superficiaria para que, en el improrrogable plazo de 15 días, presente carta de pago del canon de 2007 con el IVA correspondiente (folios 556 a 558).

El 23 de noviembre de 2007, tiene entrada en el Ayuntamiento de Madrid escrito del administrador único de la empresa A en el que solicita una mora para efectuar el pago correspondiente al año 2007. Según expone en su escrito, *«el origen de esta solicitud radica en la dificultad de tesorería que acarrea la empresa A como consecuencia de no haber iniciado la explotación cultural, al no haberse concedido, todavía, la licencia municipal correspondiente para iniciar las obras de edificación. No*

*obstante, es nuestra voluntad hacer frente al pago del citado canon por la cesión del derecho de superficie, por lo que se está tramitando un préstamo con la entidad H*". Con dicho escrito acompañaba carta del Director de la entidad bancaria en la que se estaba tramitando la solicitud de préstamo (folios 559 y 560).

Ante el nuevo requerimiento de pago efectuado por el Ayuntamiento el 14 de marzo de 2008, notificado a la entidad contratista el 3 de abril de 2008, ésta presenta el 12 de junio de 2008 un nuevo escrito en el que no discute la existencia de la deuda liquidada por el Ayuntamiento pero, ante la difícil situación en la que se encuentra, toda vez que todavía no ha obtenido la licencia municipal de obras y la puesta en explotación del edificio está aún lejana (un plazo de 30 meses desde la licencia de obras para completar la edificación) solicita un aplazamiento del pago de los cánones correspondientes a 2007, 2008 y sucesivos hasta que concluya el plazo de 30 meses desde el otorgamiento de la licencia de obras, por aplicación de las reglas de la buena fe consagradas en el artículo 1258 C.c. y 4 LRJPAC. *"Es nuestra voluntad comenzar a construir y abonar todos los cánones pendientes y futuros en los plazos así estipulados"* (folio 567).

El 14 de agosto de 2008, el Director General de Ejecución y Control de la Edificación comunica al Jefe de Servicio de Gestión de Suelos Dotacionales que se ha concedido por Resolución de 8 de julio de 2008 a la entidad superficiaria la licencia de nueva planta con nº de expediente bbb (folio 569). La notificación de la concesión de la licencia a la entidad superficiaria se efectuó el 15 de julio de 2008 (folios 579 a 582).

Con fecha 19 de agosto de 2008, el Jefe del Departamento de Gestión de Suelos Dotacionales requiere al superficiario para que presente carta de pago justificativa del ingreso en Tesorería Municipal del abono de la mejora ofertada por esa entidad, consistente en una cantidad de 1.000.000 euros a satisfacer en el momento de la obtención de la licencia municipal.

Dicho requerimiento se notifica el 25 de agosto de 2008 (folios 572 a 574).

El Servicio de Gestión de Suelo Dotaciones elabora un informe, de fecha 30 de septiembre de 2008, sobre la situación de las deudas pendientes de pago (canon 2007, 1.509.815,09 €; canon 2008, 1.573.227,32 € y cantidad a satisfacer por licencia de obras 1.000.000 €) que traslada a la Dirección General de Gestión Urbanística para que *«se dicten las directrices oportunas sobre la solicitud formulada el día 12 de junio de 2008 por la empresa A»* (Folios 576 a 578).

El 2 de diciembre de 2008, la Delegada del Área de Gobierno de Urbanismo y Vivienda, dicta resolución por la que se acuerda *“desestimar la solicitud presentada el 12 de junio de 2008 por L.C.B. en nombre de la sociedad de la empresa A, de aplazamiento del plazo para el ingreso de los cánones correspondientes a los ejercicios 2007-2008 y 2008-2009 hasta que concluya el plazo de 30 meses desde el otorgamiento de la licencia de obras, concedida con fecha 2 de julio de 2008, toda vez que de conformidad con el artículo 37.3 de la Ordenanza Fiscal General de Gestión, Recaudación e Inspección del Ayuntamiento de Madrid el plazo máximo de aplazamiento no excederá de un año”*. Asimismo, la resolución dictada requiere a la entidad contratista para que efectúe el ingreso de los cánones debidos en un plazo de 15 días, con apercibimiento de que, en caso contrario, se procederá a la ejecución forzosa por vía de apremio. Esta resolución se notifica a la entidad contratista el día 18 de diciembre de 2008 (folios 590 a 599).

El administrador único de la empresa A el día 8 de enero de 2009 presenta escrito ante el Ayuntamiento de Madrid en el que solicita: *“1. Que se restablezca el equilibrio económico y financiero del contrato mediante una modificación del contenido del mismo que exima al contratista del pago de tres años y cuatro meses del canon arrendaticio y*

*retrase por ese mismo plazo la fecha de extinción del derecho de superficie;*

*2. Que se indemnice los daños y perjuicios causados al contratista por los retrasos habidos en el otorgamiento de la escritura pública de constitución del derecho de superficie;*

*3. Que se indemnice los daños y perjuicios causados al contratista por los retrasos habidos en el procedimiento de otorgamiento de licencia de obras. A título principal, se formula esta reclamación con el carácter de reclamación de responsabilidad contractual; de forma subsidiaria, se formula como reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración;*

*4. Que se aplace el pago de las cantidades adeudadas por la solicitante por un período de tres años y se fraccione en los años cuarto y quinto, dejándose sin efecto la resolución de 2 de diciembre de 2008”.* Esta solicitud se fundamenta, en síntesis, en los siguientes argumentos: incumplimiento de las previsiones del contrato por parte del Ayuntamiento de Madrid, tanto en el retraso en el otorgamiento de la escritura pública y posterior inscripción en el Registro de la Propiedad como en la tramitación del procedimiento de otorgamiento de licencia; obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados por el retraso, tanto en el otorgamiento de la escritura pública, como en la tramitación de la licencia de obras; la exigencia del pago del canon sin permitir al contratista construir el centro B rompe el equilibrio económico-financiero del contrato y debería restablecerse eximiendo al contratista del pago de tres años y medio de canon y retrasar por ese mismo plazo la fecha de extinción del derecho de superficie y, finalmente, que concurren circunstancias excepcionales que permiten acordar un aplazamiento superior a un año, de conformidad con lo previsto en el artículo 37.3 párrafo segundo de la Ordenanza Fiscal General de Gestión, Recaudación e Inspección.

Con el anterior escrito la entidad contratista adjuntaba copia del escrito presentado el 27 de septiembre de 2007 contra el requerimiento efectuado el 28 de agosto de 2007 relativo a la subsunción de las deficiencias

advertidas en la documentación presentada en el procedimiento de solicitud de licencia de obras de nueva planta (folios 601 a 619).

Por resolución de 7 de septiembre de 2009, la Delegada del Área de Gobierno de Urbanismo y Vivienda acuerda estimar el recurso de reposición interpuesto por la empresa A contra el Decreto de 2 de diciembre de 2008, por el que se desestimó la solicitud de aplazamiento del plazo para el ingreso de los cánones correspondientes a los ejercicios 2007-2008 y 2008-2009, por entender que el órgano competente para conocer de la solicitud de aplazamiento era del Director de la Agencia Tributaria y no de la Delegada del Área de Gobierno de Urbanismo y Vivienda y que, en consecuencia, la resolución de 2 de diciembre de 2008 dictada por ésta era nula de pleno derecho. En consecuencia, se acuerda anular el acto dictado y remitir la solicitud de aplazamiento presentada el 12 de junio de 2008, al Organismo Autónomo Agencia Tributaria de Madrid (folios 622 a 625).

Por Decreto de la Delegada del Área de Gobierno de Urbanismo y Vivienda, de 6 de noviembre de 2009 se aprueba el importe del canon correspondiente a la anualidad 2009-2010, por importe de 1.571.654,09 euros más el 16% del IVA, y se requiere a la adjudicataria del derecho de superficie para que efectúe su ingreso en un plazo de quince días. La citada resolución se notifica a la empresa A el día 18 de noviembre de 2009 (folios 633 a 636).

El día 29 de enero de 2010 (por error aparece 29/10/10 y no 29/01/10), a solicitud de la Jefa del Servicio de Gestión de Suelos Dotacionales, se realiza visita de inspección a la parcela objeto del expediente por la Sección de Investigación Patrimonial del Servicio de Inventario del Suelo, que emite informe con sello de salida 4 de febrero de 2010 en el que se manifiesta: *“La parcela está sin edificar y sobre ella no hay indicios de la edificación ni maquinaria alguna. Está cerrada con*

*una valla metálica que no está en mal estado aunque tiene algunas roturas puntuales. Dispone de puertas de acceso cerradas con candado, que nos han impedido el acceso. Tiene en su interior matorral y dispone en su parte este de árboles de media altura” (folio 646).*

Con fecha 2 de julio de 2009 se presenta por la entidad superficiaria solicitud de que no se declare la caducidad de la licencia por la falta de inicio de las obras en el plazo de un año por causa no imputable a la interesada. En concreto, manifiesta que el 30 de diciembre de 2008 presentó una solicitud de restablecimiento del equilibrio económico y financiero del contrato celebrado con el Ayuntamiento de Madrid y que han transcurrido seis meses desde su presentación sin que haya sido resuelta por el Ayuntamiento de Madrid. *“Ello ha hecho impracticable hasta el momento obtener la financiación necesaria para el inicio de las obras y ha comprometido seriamente el futuro del centro B” (folios 648 y 649).*

La Directora de la Agencia Tributaria, el 12 de enero de 2010, dicta resolución sobre la solicitud de aplazamiento efectuada y acuerda: *«Primero.- Desestimar la solicitud de la empresa A, de aplazamiento de los cánones de los ejercicios 2007 y 2008 por cesión del derecho de superficie sobre la parcela municipal denominada “B”, al haber transcurrido el plazo máximo reglamentario que se puede conceder.*

*Segundo.- Aprobar los intereses de demora desde la fecha de vencimiento del ingreso hasta la fecha de esta propuesta por los importes de 252.769,9 € intereses del canon de 2007 y 161.201,92 € intereses del canon 2008”» (folio 684).*

El 10 de febrero de 2010, la Subdirección General de Patrimonio Municipal del Suelo de la Dirección General de Gestión Urbanística del Área de Gobierno de Urbanismo y Vivienda emite informe en el que

manifiesta: *«De los antecedentes expuestos anteriormente, se desprende el incumplimiento de las obligaciones derivadas de los Pliegos reguladores del Concurso, en concreto la cláusula 5. OBLIGACIONES DEL SUPERFICIARIO del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares en su punto 1: “El pago del canon anual del Derecho de Superficie de conformidad con lo dispuesto en la cláusula 4 del presente Pliego, así como el cumplimiento de todas las mejoras ofertadas por el licitador”, en su punto 5: “Ejecutar las obras correspondientes según el calendario de trabajo previsto en el Pliego de Prescripciones Técnicas...” y en su punto 19: “Los demás deberes que se establezcan en el presente Pliego, en el Pliego de Prescripciones Técnicas, y en las disposiciones legales y reglamentarias de aplicación que, en cada momento estén vigentes.*

*Estos incumplimientos determinarían, en su caso, la aplicación de la cláusula 15. RESOLUCIÓN Y DENUNCIA DEL CONTRATO del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, que expresamente faculta al Ayuntamiento de Madrid para la resolución del contrato en caso de incumplimiento de las condiciones establecidas en el Pliego: “Si el adjudicatario no procede al pago en el plazo previsto o cuando por causas imputables al mismo no pudiese formalizarse el contrato, se procederá a su resolución previa audiencia del interesado... Asimismo será causa de resolución del Contrato la no edificación en los plazos fijados... El incumplimiento de las demás obligaciones derivadas del presente Pliego podrá dar lugar a la resolución del Contrato con los efectos previstos en la legislación aplicable”.*

*Así pues, sería de aplicación el artículo 111.h) del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por RDL 2/2000, de 16 de junio, según el cual, será causa de resolución del contrato el incumplimiento de las obligaciones que se establezcan*

*expresamente en el mismo, con los efectos previstos en el Art. 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por R.D. 1098/2001, de 26 de octubre, normativa ésta aplicable, ya que la Disposición Transitoria Primera de la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público señala que los contratos adjudicados con anterioridad a su entrada en vigor, se regirán por la normativa anterior” (folios 685 a 692).*

A la vista del anterior informe, el 11 de febrero de 2010 se acordó por la Directora General de Gestión Urbanística el inicio del procedimiento para la resolución del contrato (folio 693) y el trámite de audiencia a la entidad superficiaria (folio 694). Igualmente, se notificó a la entidad superficiaria la desestimación de solicitud de aplazamiento resuelta por la Directora de la Agencia Tributaria y se requirió para que en un plazo de quince días las cantidades debidas correspondientes al canon de 2007 por un importe total de 1.751.385,50 € (principal, más IVA, más intereses de demora) y canon de 2008 por un importe total de 1.824.943,69 € (principal, más IVA y más intereses de demora). Este requerimiento de pago se notifica el 5 de marzo de 2010 (folios 695 a 699).

El 4 de marzo de 2010, la superficiaria presenta alegaciones al trámite de audiencia en el procedimiento de resolución del contrato. En su escrito manifiesta, en síntesis, que no se han resuelto sus anteriores solicitudes, en concreto, la solicitud presentada el 8 de enero de 2009, de aplazamiento por plazo superior a un año por causas extraordinarias, con el fraccionamiento del pago y la solicitud de restablecimiento del equilibrio económico y financiero del contrato *“pendiente de tramitarse desde hace más de un año”*. Además, se opone a la resolución del contrato porque, como expuso en la solicitud de restablecimiento del equilibrio económico financiero, la situación de dificultad económica en la que encuentra la entidad superficiaria es imputable a la Administración contratante, que

incurrió en la demora de casi un año para el otorgamiento de la escritura pública. *“Si la ejecución del contrato se hubiera desarrollado normalmente, la escritura pública debería haber sido otorgada a principios de junio de 2003, la licencia de obras habría podido ser solicitada en esas fechas y esta licencia se habría otorgado seis meses después de la solicitud de la licencia de obras, esto es, a finales de 2003, en lugar de julio de 2008. Es manifiesto el cambio de circunstancias económicas producido entre una y otra fecha”*. La entidad superficiaria considera que deben aplicarse los principios de buena fe y confianza legítima pues *“ha realizado costosísimos gastos e inversiones, en cuantía de más de 18 millones de euros, para la realización de este proyecto en la legítima confianza de que el Ayuntamiento facilitaría los trámites necesarios en los plazos previstos. Resultaría contrario a la buena fe que el Ayuntamiento, causante de las dificultades económicas de la contratista, se amparará en éstas para resolver el contrato”*. La superficiaria solicita el archivo del procedimiento de resolución contractual o, en su caso, se suspenda la tramitación del citado procedimiento hasta que se resuelva su solicitud de restablecimiento del equilibrio económico y financiero y sus reiteradas solicitudes de fraccionamiento y aplazamiento por tiempo superior a un año (folios 700 a 704). Aporta con su escrito copia de las solicitudes y recursos planteados por el superficiario. En concreto, adjunta copia del recurso de reposición interpuesto contra la Resolución de la Directora de la Agencia Tributaria de 12 de enero de 2010, desestimatoria de su solicitud de aplazamiento.

Además, contra el requerimiento de pago del Canon de 2007, efectuado por el Jefe del Departamento de Gestión de Suelos Dotacionales y notificado el 5 de marzo de 2010, la superficiaria interpone, el 12 de marzo de 2010, recurso de reposición (folios 741 a 745).

Figura en el expediente informe de la Sección de Investigación Patrimonial del Servicio de Inventario del Suelo con unas fotografías

tomadas el 24 de marzo de 2010 sobre el estado en que se encuentra la parcela y en las que se observa que no se han comenzado las obras de construcción del edificio (folios 733 a 739).

Por resolución de 24 de mayo de 2010 se resuelve por la Secretaría General Técnica del Área de Gobierno de Urbanismo y Vivienda del Ayuntamiento de Madrid el recurso de reposición interpuesto el 12 de marzo de 2010 que declara: *“se puede concluir que la notificación remitida el 18 de febrero de 2010, en su condición de acto de trámite que continúa la tramitación del expediente, sin resolver sobre el fondo del mismo, no es susceptible de recurso en vía administrativa, ni tampoco en la vía jurisdiccional, teniendo esta regla la justificación en la necesidad de impedir que un procedimiento administrativo, ya de por sí complicado, se convierta en interminable con la interposición de recursos respecto de todos y cada uno de los actos iniciales o intermedios que en el mismo recaigan”* (folios 751 y 752).

El 15 de junio de 2010, la Directora General de Ejecución y Control de la Edificación dicta resolución por la que se declara la caducidad de la licencia urbanística de obras de construcción del edificio rotacional con uso específico y pormenorizado de Equipamiento Cultural en la Avda. C concedida por resolución del Director General de Ejecución y Control de la Edificación de 2 de julio de 2008, de conformidad con lo establecido en el artículo 24.1 de la O.T.L.U. de 23 de diciembre de 2004, *“al no haberse iniciado las obras amparadas en la misma y una vez realizado el trámite de audiencia que establece el artículo 2 del artículo 24 sin que conste la presentación de alegaciones”* (folios 754 a 756). No aparece en el expediente remitido la fecha en que se notifica la anterior resolución a la entidad superficiaria.

El 4 de octubre de 2010, la Jefa del Departamento Jurídico de Edificación emite informe, en respuesta a la solicitud formulada por la Jefe

del Servicio de Gestión de Suelos Dotacionales, en el que se pronuncia sobre las alegaciones formuladas por la entidad superficiaria y manifiesta: *“El recurso de reposición interpuesto contra el decreto de la Directora de la Agencia Tributaria de 19.10.09, por el que se denegó el aplazamiento de deudas pendientes, fue desestimado mediante Resolución de la Directoría de la Agencia Tributaria de 05.04.10.*

*El restablecimiento del equilibrio económico financiero aparece regulado en el supuesto de concesión de Obra Pública (Art. 248 de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obra pública) y no para el derecho de superficie sobre suelo perteneciente al Patrimonio Municipal del suelo.*

*Además, manifiesta que la situación de dificultad económica en la que se encuentra el contratista es debido a la propia Administración actuante. Es preciso señalar que la contratación administrativa tiene como finalidad la satisfacción de intereses públicos, lo que se traduce tanto en una serie de prerrogativas para la Administración como en unas garantías específicas del contratista.*

*De conformidad con lo establecido en los artículos 98 y 114 RDL 2/2000, de 16 de junio, T.R.L.C.A.P., la ejecución de los contratos se realiza a riesgo y ventura del contratista teniendo derecho a una indemnización en los casos de fuerza mayor y siempre que no exista actuación imprudente por su parte.*

*Por tanto, se puede entender que la Administración indemnizará cuando por causas extraordinarias, anormales e imprevistas se altere el equilibrio financiero del contrato. En el caso que nos ocupa no se puede decir que la demora en la formalización del contrato fuese una circunstancia sobrevenida, ni ignorada, sino perfectamente conocida para*

*el superficiario, que asistió de forma voluntaria y concedora de las circunstancias, sin manifestar oposición alguna al respecto.*

*Igualmente, según informe emitido por el Departamento Jurídico de la Edificación, la demora en la tramitación de la licencia no fue una circunstancia sobrevenida, ni ignorada, sino perfectamente conocida para el superficiario, pues el superficiario, junto con la documentación presentada para la tramitación de la licencia, solicitó la tramitación de un Plan Especial que posibilitase la construcción de un aparcamiento de 75.000 m<sup>2</sup>, lo que supuso, junto con los retrasos en la aportación de documentación que le fue requerida, la demora en la concesión de la licencia de obras y actividades”.*

En base a los anteriores argumentos, el informe de la Subdirección General del Patrimonio Municipal del Suelo propone desestimar las alegaciones formuladas por la entidad superficiaria y resolver por incumplimiento de las obligaciones derivadas del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y Pliego de Prescripciones Técnicas el contrato de cesión del derecho de superficie concedido con carácter oneroso, por 75 años, a la entidad superficiaria y proceder a la incautación de la garantía definitiva, constituida por un importe de 1.136.894,19 euros.

El 19 de octubre de 2010 se emite informe por la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento de Madrid que el expediente de resolución del contrato ha caducado al haber transcurrido más de siete meses desde su inicio sin que se haya dictado resolución al efecto (folios 773 a 776).

Por resolución de 15 de diciembre de 2010 de la Delegada de Área de Gobierno de Urbanismo y Vivienda se acuerda declarar la caducidad del procedimiento de resolución del contrato (folio 778).

Con fecha 22 de diciembre de 2010, la Directora General de Gestión Urbanística dicta nueva resolución en la que acuerda aprobar el importe del canon correspondiente a la anualidad 2010-2011 por importe de 1.593.657,25 €, más 254.985,16 € en concepto de IVA, y concede a la empresa superficiaria un plazo de quince días para efectuar el pago en período voluntario con la advertencia expresa de su cobro por ejecución forzosa por la vía de apremio en caso de impago. La resolución se intentó notificar en mano, según resulta de la diligencia de 29 de diciembre de 2010, los días 23 y 28 de diciembre. No consta en el expediente que tras los intentos de notificación en su domicilio se haya intentado la notificación por edictos.

**TERCERO.-** De la relación de hechos anterior resulta de especial interés, y así lo estimó la Comisión Permanente de este Consejo Consultivo en su Acuerdo de 27 de abril de 2011 cuando solicitó el complemento del expediente administrativo, para conocer el procedimiento de tramitación de la licencia de obras y actividad y del Plan Especial de Control Urbanístico Ambiental del centro B. Se han recibido los expedientes ccc, ddd y eee. De su pormenorizado estudio resultan los siguientes hechos:

1.- El día 9 de septiembre de 2004, la entidad superficiaria presentó solicitud de licencia de obras y/o actividades para el edificio destinado a “*Centro de Artes Escénicas y Musicales*” (*Centro B*) acompañado de certificado de dirección facultativa y el proyecto básico de obra y proyecto de instalación de actividad (folios 1 a 324 y volumen I planos, del expediente administrativo ccc).

2. Ese mismo día, 9 de septiembre de 2004, la entidad superficiaria presenta, copia de los proyectos y documentación Técnica correspondiente al Plan Especial para el control urbanístico-ambiental de usos, de acuerdo con lo previsto en el artículo 5.2.7 de las, entonces vigentes, Normas Urbanísticas del PGOUM y el artículo 77 del Reglamento de

Planeamiento. Observados defectos en la documentación, se procede a la subsanación de los mismos los días 6 y 15 de octubre de 2004 (folios 1 191 del expediente administrativo ddd).

3. El día 10 de noviembre de 2004, la Gerente Municipal de Urbanismo acuerda “*suspender la tramitación relativa a la concesión de la licencia única de Obras e Instalación de Actividad Calificada, para el edificio destinado a centro de artes escénicas y musicales [centro B], interrumpiéndose el plazo de los trámites sucesivos hasta la fecha en que sea aprobado el Plan Especial para el control Urbanístico-Ambiental de Usos, de acuerdo con los artículos 27.3 y 17.5 de la Ordenanza Especial de Tramitación de Licencias y Control Urbanístico de 29 de julio de 1997 y artículos 5.2.7 y 7.5.19 de las Normas Urbanísticas del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid de 17 de abril de 1997*”. La finalidad de la suspensión es determinar previamente la adecuación de la actividad solicitada a la normativa urbanística y sectorial aplicable, e igualmente respecto a los garajes-aparcamientos que pretenden efectuarse en el señalado centro cultural. Esta suspensión se notificó al interesado el día 22 de noviembre de 2004 (folios 327, 328, 329 y 330 expediente administrativo ccc).

4. El 24 de noviembre de 2004, la Sección de Ordenación de Iniciativa Privada III emite informe sobre el Plan Especial presentado en el que observa ciertas deficiencias que deberán ser justificadas con sus medidas correctoras (folio 195 del expediente ddd).

5. El 10 de enero de 2005, el Subdirector General de Circulación y Planificación, Infraestructuras y Movilidad del Área de Seguridad y Servicios a la Comunidad informa favorablemente el proyecto presentado (folio 199 del expediente ddd).

6. El 8 de abril de 2005, la entidad contratista presenta documento subsanando las deficiencias observadas en el informe de 24 de noviembre de 2004 (folios 356 a 400 del expediente ddd).

7. A la vista de la anterior documentación, se emite informe de la Sección de Ordenación de Iniciativa Privada III, de 22 de abril de 2005, que concluye que *“en lo que es de su competencia se ha completado la documentación necesaria para su remisión al órgano ambiental municipal, con especial mención al uso de los restaurantes por los asistentes a los teatros, con accesos exclusivos desde el interior de los mismos y en la franja de horarios del uso cultural del centro; así como a la no realización en la cubierta de actividad que repercute en el medio ambiente y en el entorno, bien entendido que tal y como se establece en el artículo 19 de la Ordenanza sobre evaluación ambiental de actividades sin concurren circunstancias especiales durante el procedimiento de la correspondiente licencia urbanística se les remitiera nuevamente para informe”* (folio 403 del expediente ddd).

8. El 28 de abril de 2005, la Sección de Ordenación de Iniciativa Privada III, acuerda la remisión del expediente al Departamento de Evaluación Ambiental para la emisión de informe (folios 404 a 406 del expediente ddd).

9. Con fecha 6 de junio de 2005, tiene entrada en el Departamento de Calificación Ambiental de la Dirección General de Calidad y Evaluación Ambiental escrito presentado por la entidad superficiaria con un anexo complementario de la Memoria Ambiental (folios 407 a 439 del expediente ddd).

10. El 16 de junio de 2005 se emite por la Dirección General de Calidad y de Evaluación Ambiental Informe de Evaluación Ambiental de Actividades favorable del Plan Especial de Control Urbanístico Ambiental

de Usos, con las medidas correctoras propuestas en el proyecto técnico con las siguientes condiciones ambientales: “3.1 *El uso de los locales comerciales y recreativos no podrá destinarse al público en general, sino únicamente a los asistentes a los teatros, con accesos exclusivos desde el interior de los mismos; 3.2 El horario de funcionamiento de las actividades comerciales y recreativas se ajustará al correspondiente uso cultural; 3.3 No podrán realizarse actividades en las zonas exteriores de las plantas 5 y 6, ni en los espacios libres de la parcela; 3.4 Los paramentos perimetrales de las edificaciones proyectadas y los equipos instalados en el exterior, deberán disponer del aislamiento acústico suficiente para garantizar unos niveles sonoros transmitidos al exterior, dentro de los límites establecidos en la Ordenanza de Protección de la Atmósfera contra la Contaminación de Formas de Energía, para un área receptora tipo II (levemente ruidosa)” (folios 441 y 442 del expediente ddd).*

11. Con fecha 14 de julio de 2005 la Junta de Gobierno Local de la Ciudad de Madrid admite a trámite y aprueba inicialmente el Plan Especial de Control Urbanístico Ambiental de usos y someter el expediente al trámite de información pública por el plazo de un mes (folio 448 del expediente ddd).

12. Formularon alegaciones varias asociaciones vecinales agrupadas en la Coordinadora de Entidades Ciudadanas del Distrito B (folios 463 a 481 del expediente ddd).

13. El 11 de noviembre de 2005 se emite informe por la Unidad Técnica de Ordenación del Departamento Iniciativa Privada III desestimando las alegaciones presentadas por las asociaciones vecinales (folios 514 a 516 del expediente ddd).

14. El 23 de noviembre de 2005, por la Comisión Permanente Ordinaria de Urbanismo, Vivienda e Infraestructuras se acuerda aprobar definitivamente el Plan Especial de Control Urbanístico Ambiental de Usos en la parcela objeto del contrato. El día 29 de noviembre de 2005 es aprobado por el Ayuntamiento en Pleno (folios 518 a 519 del expediente ddd). Dicho Acuerdo se publica en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid de 17 de enero de 2006 (folio 540 del expediente ddd).

15. Concluido el expediente administrativo ddd, el 31 de marzo de 2006 se acordó su archivo (folio 565 del expediente ddd).

16. El 22 de diciembre de 2005 el Director General de Gestión Urbanística, a la vista de la aprobación definitiva del Plan Especial para el Control Urbanístico-Ambiental de Usos, acuerda dejar sin efecto la suspensión de la tramitación de la licencia decretada el 10 de noviembre de 2004 (folio 334 del expediente administrativo ccc).

17. El 13 de enero de 2006 se notifica a la entidad superficiaria un requerimiento de subsanación de deficiencias observadas en la documentación aportada. Este requerimiento se reitera el 3 de abril de 2006, ante la falta de presentación de ninguno de los documentos solicitados y se le concede una plazo de quince días para que cumplimente el requerimiento con la advertencia de que, de no hacerlo, se le tendrá por desistido de su petición (folios 336 y 337 del expediente administrativo ccc).

18. Con fecha 12 de abril de 2006, tiene entrada en el Registro del Área de Gobierno de Urbanismo, Vivienda e Infraestructuras escrito del contratista adjuntando parcialmente la documentación requerida (folios 338 a 352 del expediente administrativo ccc). Nueve días más tarde, el 21 de abril de 2011, se presenta nueva documentación relativa a la declaración del promotor de colocación de un cartel anunciador sobre la solicitud de

licencia y el Proyecto de captación de energía solar para usos térmicos (folios 353 a 426 del expediente administrativo ccc).

19. El 11 de mayo de 2006, por la Jefa del Departamento DIP3 Técnica Licencias 2, se propone *“visto el informe de los Servicios Técnicos, en el que se pone de manifiesto que el interesado no ha contestado en su totalidad al requerimiento para aportar documentación, notificado con fecha 24 de marzo de 2006”*... declarar terminado el procedimiento de acuerdo con los artículos 87.1 y 91.2 LRJPAC, al entenderse producido el desistimiento del interesado de su petición de licencia (folio 427 del expediente administrativo ccc).

20. El día 18 de mayo de 2006 tiene entrada en el Registro del Ayuntamiento una memoria de la modificación puntual del proyecto básico del centro B, que había sido requerida por la Administración el 3 de abril de 2006. Al día siguiente, se presenta por el superficiario la documentación gráfica del Proyecto de Instalación de Actividad actualizada y ajustada a lo aprobado en el Plan Especial (folios 428 a 531 del expediente administrativo ccc).

21. Con fecha 30 de mayo de 2006 se emite informe por la Administración sobre las deficiencias observadas en la documentación aportada relativa a *“Motivos de incumplimiento relacionados con las condiciones de edificación y motivos de incumplimiento relacionados con las condiciones de los usos”* y se advierte que las cuestiones relativas a las características de la actividad a implantar, las instalaciones de la misma y aquellas relacionadas con la Prevención y Protección contra Incendios serán objeto de requerimiento independiente. Este segundo informe se emite el 8 de junio de 2006. El 8 de junio de 2006, el Jefe de la Unidad Técnica de DIP 3 TECNICA LICENCIAS 2 firma escrito en el que manifiesta: *“examinada la solicitud de licencia para la finca de la situación indicada y una vez estudiado el proyecto presentado, se ha*

*comprobado que el mismo incumple el ordenamiento que le es de aplicación, en los puntos que se señalan en los informes de fechas 30/05/2006 y 8/06/2006 adjuntos a la presente notificación*”. En el requerimiento de subsanación se concede a la entidad superficiaria solicitante de la licencia un plazo de un mes para efectuarla y de “*no cumplimentarse en el plazo y forma señalados, se procederá a declarar la caducidad de las actuaciones, en los términos previstos en el art. 92 LRJPAC, y asimismo, de hacerlo de forma no completa o de manera insuficiente, la licencia será denegada...*”. Además, se acuerda suspender el plazo para resolver la solicitud de licencia por el tiempo que medie entre la notificación del requerimiento y la subsanación de las deficiencias. Este requerimiento se notifica a la entidad superficiaria el 20 de junio de 2008 (folios 532 a 536 del expediente administrativo ccc).

22. El 7 de julio de 2006, antes de expirar el plazo para cumplimentar el requerimiento, la entidad superficiaria presenta escrito en el que manifiesta la dificultad de recopilar la documentación requerida y solicita la ampliación del plazo dos meses más al inicial previsto para dar cumplimiento correctamente al requerimiento recibido (folios 537 y 538 del expediente administrativo ccc).

23. Con fecha 13 de julio de 2006 se dicta resolución acordando la denegación de la ampliación de plazo solicitada y se advierte que el plazo para declarar la caducidad es de tres meses de acuerdo con el artículo 92 LRJPAC. Esta resolución se notifica el 21 de julio de 2006.

24. El 12 de septiembre de 2006, la entidad superficiaria presenta escrito al que adjunta la documentación requerida (folios 540 a 906 del expediente administrativo ccc).

25. El día 10 de noviembre de 2006, el Jefe de la Unidad Técnica de Licencias 2 emite informe sobre la documentación presentada en el que

advierte *“que no se han subsanado la totalidad de las deficiencias planteadas en el informe de 30 de mayo de 2006 en lo referente a las condiciones de la edificación y uso tal y como se refleja en informe aparte de fecha de 10 de noviembre de 2006”*. Advierte, además, que no se dado tampoco contestación a algunas cuestiones planteadas en el informe de 8 de junio de 2006, por lo que dado *“que se ha realizado el único requerimiento previsto por la Ordenanza de Tramitación de Licencias, se propone la denegación de la licencia solicitada”* (folio 908 del expediente administrativo ccc).

26. El 14 de diciembre de 2006, un representante de la entidad superficiaria comparece en el procedimiento y adjunta documentación visada complementaria al expediente (folios 910 a 1057 del expediente administrativo ccc).

27. El 22 de febrero de 2007, la entidad superficiaria presenta instancia en la Oficina de Registro del Área de Urbanismo, Vivienda e Infraestructuras con la que acompaña nueva documentación consistente en el Proyecto Básico del centro [B] de artes escénicas y musicales (folios 1058 a 1099 del expediente administrativo ccc).

28. Ese mismo día, 22 de febrero de 2007, se presentan también por la entidad superficiaria tres ejemplares completos (cuatro tomos cada ejemplar) de la documentación técnica referida a las instalaciones y actividad (folios 1100 a 1278 del expediente administrativo ccc).

29. El 26 de febrero de 2007, el jefe de la unidad técnica –tras el examen de la documentación presentada- emite informe en el que advierte que no se han cumplimentado los apartados 1º y 2º del informe de 30 de mayo de 2006 en cuanto a las condiciones de la edificación ni, tampoco, el punto 2º de las condiciones relativos a los usos, que es la transcripción del punto 3.1 del informe de Medio Ambiente para el Plan Especial de

Control Urbanístico Ambiental de Uso emitido el 16 de junio de 2005: “*Los accesos al local de restauración situado en el nivel 6 (cota 33,70 m), así como los locales comerciales no tienen acceso exclusivo a través del interior de la edificación*”. En base al anterior informe, la Coordinadora General del Área de Urbanismo dicta Resolución el 8 de marzo de 2007 por la que se deniega la licencia solicitada por no cumplir la normativa vigente aplicable, de acuerdo con el informe (folios 1279 y 1280 del expediente administrativo ccc).

30. Los días 26 de febrero y 9 de marzo de 2007, cuando todavía no se ha notificado la resolución denegatoria de la licencia, la entidad superficiaria presenta sendos escritos con los que adjunta “*comunicación de actuación profesional*” y “*Estudio de Seguridad y Salud*” (folios 1281 a 2074) (faltan los folios 1284 a 1301).

31. Con fecha 20 de abril de 2007, se notifica a la entidad superficiaria la Resolución de la Coordinadora General del Área de Urbanismo de 8 de marzo de 2007 por la que se deniega la licencia solicitada (folio 2075 del expediente administrativo ccc).

32. Contra la anterior resolución, la entidad superficiaria interpone recurso de reposición (folios 2078 a 2084 del expediente administrativo ccc).

33. El 2 de julio de 2007, la Coordinadora General de Urbanismo estima parcialmente el recurso de reposición interpuesto porque, de acuerdo con lo alegado por la entidad superficiaria, no fue requerida para subsanar el incumplimiento de los accesos a los locales comerciales (sólo lo fue para los locales de restauración y recreativos, a pesar de que el Plan Especial lo requería para todos). En consecuencia, la resolución acuerda retrotraer las actuaciones al objeto de que le sea permitido al solicitante de

la licencia subsanar las deficiencias advertidas que dieron lugar a su denegación (folios 2086 a 2094 del expediente administrativo ccc).

34. En ejecución de la anterior resolución, el 28 de agosto de 2007 se notifica al superficiario un nuevo requerimiento de subsanación de deficiencias observadas en la documentación aportada (folios 2094 y 2095 del expediente administrativo ccc).

35. El 14 de septiembre de 2009, el representante de la empresa presenta alegaciones y solicita informe de la Dirección General de Calidad y Evaluación Ambiental para que se pronuncie si en el informe de 16 de junio de 2005 *“se hacía referencia al uso de los locales comerciales y recreativos, no pudiendo destinarse al público en general, sino únicamente a los asistentes a los teatros con acceso exclusivos desde el interior de los mismos, o si por el contrario, y tal y como se informó a esta parte desde un principio, se limitaba tal restricción a los locales de restauración”*. Subsidiariamente solicita una ampliación del plazo para subsanar, toda vez que dicho plazo era notoriamente insuficiente para atender al requerimiento que supone la total modificación del Proyecto original (folios 2096 a 2099 del expediente administrativo ccc).

36. Con fecha 21 de septiembre de 2007, la entidad superficiaria presenta instancia por la que solicita permiso de excavación y pantalla para el centro B (folio 2103 del expediente administrativo ccc).

37. El 27 de septiembre de 2007, la entidad superficiaria presenta documentación subsanando las deficiencias y reiterando su solicitud de suspensión del procedimiento para la emisión de informe por la Dirección General de Calidad y Evaluación Ambiental (folios 2104 a 2191 del expediente administrativo ccc).

38. El 29 de octubre de 2007, el Director General de Ejecución y Control de la Edificación del Área de Urbanismo y Vivienda del

Ayuntamiento de Madrid propone, a la vista de los informes técnicos emitidos por la Subdirección General de la Edificación de 14 de septiembre de 2007 y de la Dirección General de Calidad, Control y Evaluación Ambiental del Área de Gobierno de Medio Ambiente de 18 de septiembre de 2007, iniciar de oficio la modificación del Plan Especial para el control urbanístico ambiental de usos del centro B, aprobado por Acuerdo de 29 de noviembre de 2005 (folio 1 del expediente eee).

39. El 20 de diciembre de 2007 se acuerda por la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid la aprobación inicial de la modificación del Plan Especial de Control Urbanístico Ambiental de Usos para la parcela cedida y se somete el expediente al trámite de información pública por el plazo de un mes (folios 55 a 57 del expediente eee).

40. El 31 de marzo de 2008 se elabora por la Coordinadora General del Área de Gobierno de Urbanismo y Vivienda propuesta de acuerdo de aprobación definitiva del Plan Especial de Control Urbanístico Ambiental de Usos en la que se expone: *«Los condicionantes de la aprobación definitiva del Plan Especial de Control Urbanístico Ambiental de Usos motivaron determinadas dificultades en la tramitación de la Licencia Urbanística, lo que generó que por la Subdirección General de Edificación del Área de Gobierno de Urbanismo y Vivienda, se emitiera informe con fecha 14 de septiembre de 2007 que fue remitido a la Dirección General de Calidad, Control y Evaluación Ambiental en el que se resumían las condiciones normativas de las Normas Urbanísticas del Plan General para este tipo de usos.»*

*Si bien los usos recreativos (el cultural al asimilarlo al de espectáculos y los establecimientos de comidas y bebidas), se encuentra entre los descritos en el punto 5.2 de las NN.UU. del Plan General como sujetos a la tramitación del Plan Especial y, por tanto, a las medidas correctoras oportunas, esto no sucede con los usos comerciales, cuya superficie y*

*características no reúnen los requisitos mínimos que hicieran exigible su sometimiento a la tramitación de un Plan Especial.*

*No resultaría posible imponer al uso comercial otras condiciones que no sean las previstas en la Sección Segunda del Capítulo 7.6 de las NN.UU. del Plan General.*

*La Dirección General de Calidad, Control y Evaluación Ambiental emite informe aclaratorio con fecha 18 de septiembre de 2007: “a los efectos ambientales, debe considerarse solo como elemento determinante del desenvolvimiento de la actividad evaluada en el punto 3.4 del informe de evaluación ambiental de actividades de fecha 16 de junio de 2005, referente a la necesidad de que los parámetros perimetrales de las edificaciones proyectadas y de los equipos instalados en el exterior, deban disponer del aislamiento acústico suficiente para garantizar unos niveles sonoros transmitidos al exterior, dentro de los límites establecidos en la Ordenanza de Protección de la Atmósfera Contra la Contaminación por Formas de Energía, para un área receptora del tipo II (levemente ruidosa)”» (folios 94 a 96 del expediente eee).*

41. El 30 de abril de 2008 el Pleno del Ayuntamiento de Madrid acordó la aprobación definitiva de la modificación del Plan Especial de Control Urbanístico o Ambiental de Usos en la parcela sita en la calle C c/v a las calles D, E y F, publicado en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid el 17 de junio de 2008 (folios 102 a 117 del expediente eee).

42. Tras la modificación del Plan Especial de Control Urbanístico Ambiental de Usos, el 2 de julio de 2008 se acuerda la concesión de la licencia de obras, notificada al superficiario el 15 de julio de 2008 (folios 2224 a 2233 del expediente administrativo ccc).

**CUARTO.-** En relación con el presente expediente de resolución del contrato, el día 4 de enero de 2011, la Directora General de Gestión

Urbanística dicta resolución por la que acuerda el inicio un nuevo expediente para la resolución del contrato de cesión del derecho de superficie adjudicado a la empresa A (Folio 1 del expediente administrativo), que se notifica a la entidad superficiaria el día 13 de enero de 2011 y se le concede un plazo de diez días para formular alegaciones (folio 794).

El 2 de febrero de 2011, la Dirección General de Patrimonio Municipal del Suelo emite informe en el que considera que se han producido incumplimientos consistentes en falta de pago de los cánones correspondientes a 2007-2008, 2008-2009, 2009-2010 y 2010-2011, que no se han pagado la mejora estipulada en el contrato consistente en una cantidad a tanto alzado, por un importe de 1.000.000 €, a satisfacer por la superficiaria en el momento de la obtención de la licencia, la entidad no la retirado ni ha abonado el impuesto correspondiente a la licencia urbanística de obras de nueva planta habiéndose acordado, por Resolución del Director General de Ejecución y Control de la Edificación de 15 de junio de 2010, su caducidad. Se propone, en consecuencia, resolver por incumplimiento de las obligaciones derivadas del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y del Pliego de Prescripciones Técnicas reguladores del concurso, el contrato de cesión del derecho de superficie concedido a la empresa A, proceder a la incautación de la garantía definitiva y disponer la reversión al Ayuntamiento de la parcela municipal sita en la Avenida C, aaa (folios 800 a 803).

El 10 de febrero de 2011 se notifica a la entidad avalista el trámite de audiencia. No consta que el avalista haya formulado alegaciones (folios 804 a 806).

El 20 de enero de 2011, tiene entrada en la Oficina de Registro del Área de Urbanismo y Vivienda, escrito de alegaciones al trámite de audiencia de la entidad superficiaria (folios 811 a 816). Las alegaciones de

la entidad superficiaria son de contenido similar a las formuladas en su día en el expediente de resolución declarado caducado por el Ayuntamiento. En síntesis se alega la existencia de cuestiones de previa resolución, como eran las solicitudes de aplazamiento y fraccionamiento y la solicitud de restablecimiento de equilibrio económico-financiero del contrato. Además, se alega la improcedencia de la resolución porque el incumplimiento deriva de la difícil situación económica que atraviesa la empresa y que es imputable a la Administración actuante.

En respuesta a las anteriores alegaciones, se ha emitido informe por la Dirección General de Patrimonio Municipal del Suelo de 10 de marzo de 2011 que propone desestimar las alegaciones formuladas por el superficiario en su escrito de 20 de enero de 2011, resolver por incumplimiento de las obligaciones derivadas del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y del Pliego de Prescripciones Técnicas reguladores del concurso, el contrato de cesión del derecho de superficie concedido a la empresa A, proceder a la incautación de la garantía definitiva y disponer la reversión al Ayuntamiento de la parcela municipal sita en la Avenida C, aaa (folios 840 a 846).

Consta, igualmente, informe de la Asesoría Jurídica del Área de Coordinación Institucional del Ayuntamiento de Madrid, de 21 de marzo de 2011, favorable a la resolución del derecho de superficie así como la incautación de la garantía prestada ante el incumplimiento de las obligaciones del adjudicatario (folios 848 a 855).

Con fecha 23 de marzo de 2011, la Intervención General del Área de Gobierno de Hacienda y Administración Pública del Ayuntamiento de Madrid emite informe favorable a la propuesta de resolución del contrato remitida y procedente la incautación de la garantía definitiva, constituida por importe de 1.136.894,19 € (folios 857 y 858).

El 24 de marzo de 2011, la Directora General de Gestión Urbanística eleva, *“para su aprobación al órgano de contratación informe propuesta, en el sentido de suspender el plazo de resolución del procedimiento para resolución del contrato de cesión del derecho de superficie adjudicado mediante concurso público a la empresa A por el tiempo que medie entre la petición del preceptivo informe al Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid y la recepción de éste por el Ayuntamiento de Madrid”*.

El 28 de marzo de 2011, el Vicealcalde de Madrid (en virtud del Decreto del Alcalde de 1 de septiembre de 2008) firma la solicitud de dictamen a este Consejo Consultivo. Ese mismo día se notifica a la entidad superficiaria la suspensión del plazo para resolver el procedimiento de resolución del contrato.

El 6 de abril del 2011 el representante del superficiario solicita trámite de audiencia y vista del expediente ante el Consejo Consultivo. Esta solicitud fue no admitida a trámite por el Secretario General del Consejo el 8 de abril, al no estar previsto dicho trámite en las normas reguladoras de este órgano consultivo.

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).4.º 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.-** Antes de considerar si concurre la concreta causa de resolución del contrato de venta de la parcela, debemos detenernos en la controvertida cuestión de la naturaleza jurídica de dicho contrato.

El artículo 5 del TRLCAP recoge una clasificación de los contratos que celebre la Administración heredera de la reforma operada en la Ley de Contratos del Estado por la Ley de 17 de marzo de 1973 y que después continuó la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las

Administraciones Públicas, pudiendo ser administrativos o privados, siendo a su vez los primeros típicos o especiales. *Ad litteram* se dispone:

*“1. Los contratos que celebre la Administración tendrán carácter administrativo o carácter privado.*

*2. Son contratos administrativos:*

*a) Aquellos 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.*

*3. Los restantes contratos celebrados por la Administración tendrán la consideración de contratos privados y, en particular, los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, propiedades incorpóreas y valores negociables, así como los contratos comprendidos en la categoría 6 del artículo 206 referente a contratos de seguros y bancarios y de inversiones y, 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”.*

Dejando al margen los contratos administrativos típicos, la distinción entre contratos administrativos especiales y contratos privados no es en absoluto pacífica ni resulta sencilla, si bien reiterada jurisprudencia parece decantarse como elemento delimitador de unos y otros el teleológico o finalista, de forma tal que la vinculación del contrato a un fin público de la específica competencia de la Administración puede determinar la consideración de aquél como administrativo en lugar de privado (Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 1980 –RJ 1980/4489–, 12 de abril de 1984 –RJ 1984/1995–, 4 de noviembre de 1986 –RJ 1986/7747–, 29 de diciembre de 1986 –RJ 1987/1676–).

En este sentido cabe traer a colación, por esclarecedora y aplicable al caso que nos ocupa por tratarse de un supuesto similar, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 7 de marzo de 2000 (RJCA 2000\271) que declara: *«Como ha declarado la STS de 23 de mayo de 1988 (RJ 1988, 3917, “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. 101.2.a) de la Ley de Régimen Local de 24 de junio de 1955, hoy Art. 25.2.d) 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 contrato litigioso tiene carácter administrativo por venir a satisfacer una finalidad pública de específica competencia municipal.*

*Y si bien la regulación del derecho de superficie en la legislación del suelo –Arts. 171 a 174 del TR de 1976, y actualmente Arts. 287.2 y 3, 288.2 y 3 y 289.1 a 5 del TR de la Ley del Suelo de 1992, según la Disposición Derogatoria Única de la Ley 6/1998, de 13 de abril (RCL 1998, 959)–, contiene una remisión de supletoriedad a las leyes civiles –Arts. 171.2 del TR de la Ley 1976 y 287.3 del de 1992–, por otra parte directamente aplicables en lo relativo a la inscripción en el Registro de la Propiedad –Art. 172.2 y Art. 288.2 de los citados textos legales–, no es menos verdad que la legislación del suelo se ocupa de regular claramente la contraprestación del superficiario cuando, como es el caso, la superficie se ha constituido a título oneroso.*

*La razón de que eso sea así, se encuentra en la finalidad misma del derecho de superficie y en general los patrimonios públicos del suelo regulados en la normativa urbanística: prevenir, encauzar y desarrollar técnica y económicamente la expansión de las poblaciones –Art. 89.2 del TR de la Ley del Suelo de 1976–.*

*En esencia, de lo que se trata es de hacer posible “la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación”, haciendo partícipe a la comunidad de las plusvalías que genere la actuación urbanística de los entes públicos –Art. 47 de la Constitución de 1978–».*

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 1992 (recurso nº 5730/1990) sobre el derecho de superficie declara que «tal institución –la del derecho de superficie–, que, aunque de origen tan remoto: “Lex Thoria Agraria” (año 624 a. de C.) y la “Lex Icilia de Aventino” (año 298 de la fundación de Roma), se consideraba

*prácticamente fenecida en el Derecho Civil (la doctrina llegó a calificar de epitafio la mención que de ella se hace en el Art. 1611 de su Código, y tangencial la del Art. 107.5 de la Ley Hipotecaria), pero que se ha intentado resucitar, precisamente en el Derecho urbanístico, como un Ave Fénix, que permite romper con el derecho de accesión, recogido en el Digesto: “omne quod in aedificatur solo cedit”».*

Por su parte, 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, sosteniendo en su Dictamen 1100/1995, de 11 de octubre, referente a la resolución de un contrato de adjudicación y enajenación de parcelas para ser destinadas exclusivamente a la construcción de viviendas de protección oficial, que *“el carácter administrativo o civil, por ende, de un contrato sólo puede inferirse de un análisis sustantivo del mismo, sin que sean a veces determinantes las declaraciones de sometimiento a un determinado régimen jurídico o a un determinado orden jurisdiccional”*. Esta cualificación sustantiva o material del contrato dependerá fundamentalmente, de su contenido y finalidad (Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de marzo y de 26 de noviembre de 1985), para terminar concluyendo que *“aun cuando el contrato de compraventa de inmuebles es un contrato de raíz civil, de acuerdo con los artículos 4.3 de la Ley de Contratos del Estado y 8 del Reglamento General de Contratación -abstracción hecha de los actos administrativos preparatorios, separables del resto-, es posible que, cuando la causa del vínculo contractual esté ligada al desenvolvimiento regular de un servicio público o cuando su objeto haga precisa la tutela del interés público (artículos 4.2 de la Ley de Contratos del Estado y 7 del Reglamento General de Contratación) como es una actividad de promoción de viviendas de protección oficial o de precio tasado, el contrato podrá tener naturaleza jurídico-administrativa; solución ésta, por otra parte,*

*concordante con el criterio sustentado en el dictamen n<sup>o</sup> 266/95, de 9 de marzo de 1995, en asunto análogo”.*

Asimismo, en el posterior Dictamen 2354/2004, de 2 de diciembre, el Alto Órgano Consultivo dictaminó que el contrato para la segregación y enajenación de una parcela de terrenos para uso sanitario *“a la luz de la legislación de contratos de las Administraciones Públicas y de la doctrina jurisprudencial aplicable, debe considerarse en buena lógica que dicho contrato tiene naturaleza administrativa (artículo 5.1.b) del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas). Y es que cabe apreciar, a juicio del Consejo de Estado, que el contrato de compraventa de que ahora se trata tiene por causa de su celebración un fin público, como elemento esencial, tal cual es la satisfacción del interés público, representado por el establecimiento de un centro sanitario en el solar objeto de cesión. En otros términos, no se trata de un contrato que tiene por objeto la mera enajenación de un bien inmueble de titularidad pública, sino que dicho bien se transmite con una finalidad ulterior, que trasciende los efectos propiamente traslativos del dominio, de construir una clínica médico-quirúrgica, siendo este fin de interés público la causa del contrato”.*

En aplicación de la línea argumentativa expuesta cabe afirmar la naturaleza administrativa del contrato que nos ocupa. El mismo, como se establece en los Pliegos que han de regir la contratación, tiene por objeto *«la cesión de un derecho de superficie de carácter oneroso sobre la parcela municipal “B”, resultante de la ordenación urbanística del Plan Especial de Reordenación y Mejora de la red pública local de equipamiento en el distrito correspondiente cuyo destino se establece en la cláusula 2 que dispone: “el uso y destino vinculante de la parcela y del edificio o edificios que se puedan construir en la misma será Cultural y de carácter Singular, según la definición que se establece en el artículo*

*7.10.3.1.b).ii) de las Normas Urbanísticas del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid de 1997. Esta dotación cultural, por su carácter singular, debe prestar servicio especializado de interés público general, dentro del uso cultural, tanto a nivel local (barrio y distrito) como a nivel municipal y supramunicipal»...*

De esta calificación resulta el régimen jurídico aplicable al contrato, que viene constituido, según se establece en el artículo 7.1 del TRLCAP por sus propias normas con carácter preferente, por la normativa de contratación administrativa, supletoriamente por las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, se aplican las normas de derecho privado.

**TERCERA.-** En materia de procedimiento, la resolución del contrato exige atenerse a lo previsto en los artículos 59 y 112 TRLCAP, el artículo 109 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGCAP) y, tratándose de entidades locales, 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 (TRRL).

Del artículo 114 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en materia de Régimen Local resulta, aparte de la necesidad de emisión de dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, la ineludible necesidad de dar audiencia al contratista (cfr. artículos 60.1 de la LCAP y 114.2 del TRRL) y al avalista si la resolución llevara aparejada la incautación de la garantía (artículo 109.1.b) del RGCAP). En nuestro caso, se ha observado dicho trámite, al haberse concedido trámite de audiencia al contratista. Igualmente, consta en el expediente la notificación del trámite de audiencia a la entidad avalista, que no ha formulado alegaciones.

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. Para el Ayuntamiento de Madrid, sin embargo, dicho informe corresponderá a la Asesoría Jurídica, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional 8ª de la de Bases de Régimen Local 7/1985, de 2 de abril.

En el caso examinado, figuran incorporados informe de la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento de Madrid, de fecha 21 de marzo de 2011, el informe de la Intervención General del Ayuntamiento de Madrid, de 23 de marzo de 2011 y otro informe técnico, emitido el 10 de marzo de 2010, por la Dirección General de Gestión Urbanística.

En cuanto al plazo para resolver el procedimiento, el expediente está suspendido en su tramitación. La incoación del expediente tuvo lugar el 4 de enero de 2011 y el 28 de marzo de 2011 se solicita dictamen preceptivo a este Consejo Consultivo, acordándose, ese mismo día, la suspensión del plazo para resolver el procedimiento, que se notifica al contratista -igualmente- el 28 de marzo de 2011. Resulta de aplicación la previsión del artículo 42.5.c) LRJ-PAC conforme al cual: *“Cuando deban solicitarse informes que sean preceptivos y determinantes del contenido de la resolución a órgano de la misma o de 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 interesados. Este plazo de suspensión no podrá exceder en ningún caso de tres meses”*.

**CUARTA.-** Entrando ya en el fondo del asunto corresponde pronunciarnos sobre la procedencia o no de resolver el contrato. Pretende el Ayuntamiento la resolución al amparo de la letra h) del artículo 111 TRLCAP, (*“aquellas que se establezcan expresamente en el contrato”*) por

incumplimiento de la cláusula 15ª del Pliego de Prescripciones Técnicas que prevé: *“Si el adjudicatario no procede al pago en el plazo previsto o cuando por causas imputables al mismo no pudiese formalizarse el contrato, se procederá a su resolución previa audiencia del interesado. (...) Asimismo será causa de resolución del contrato la no edificación en los plazos fijados. El incumplimiento de las demás obligaciones derivadas del presente Pliego podrá dar lugar a la resolución del contrato con los efectos previstos en la legislación aplicable”*.

De igual modo, la cláusula tercera de la escritura pública de *«Agregación de finca y cesión de derecho de superficie mediante concurso público otorgada por el Excmo. Ayuntamiento de Madrid a favor de la empresa A»* dispone: *“Ambas partes se obligan al cumplimiento exacto del contrato, conforme a los Pliegos de Condiciones Técnicas y Económico Administrativas, los cuales tienen carácter contractual declarando que estos documentos les son perfectamente conocidos. El incumplimiento por parte de la Sociedad adjudicataria de cualesquiera de las condiciones y pactos derivados de los Pliegos de Prescripciones Técnicas y Cláusulas Administrativas Particulares, de lo pactado en la presente escritura de cesión de derecho de superficie, y del expediente administrativo de su razón, dará lugar a la resolución de pleno derecho del presente contrato”*.

La propuesta de resolución fundamenta como causas de resolución las siguientes:

- Falta de pago de los cánones correspondientes a las anualidades 2007-2008, 2008-2009, 2009-2010 y 2010-2011.
- Falta de pago de las mejoras estipuladas en el punto tercero del Acuerdo de adjudicación del derecho de superficie aprobado por el Pleno del Ayuntamiento en su sesión de 30 de abril de 2003, consistentes en una

cantidad a tanto alzado, por un importe de un millón de euros, a satisfacer por la empresa A, en el momento de obtención de la licencia.

- Incumplimiento de los plazos de ejecución y concesión de licencia. Así, *«si bien, la empresa A» solicitó la licencia urbanística de obras nueva planta que le fue concedida el día 2 de julio de 2008, no obstante, y al no haber retirado la licencia, ni abonado el impuesto correspondiente y habiéndose rebasado ampliamente el plazo previsto en la licencia urbanística sin que el interesado procediese al inicio de las obras, mediante Resolución del Director General de Ejecución y control de la Edificación de 15 de junio de 2010, se declaró su caducidad».*

Se propone la resolución del derecho de superficie que determina la recuperación anticipada de la propiedad de la parcela sita en la Avenida C, aaa por parte del Ayuntamiento de Madrid, con incautación de la garantía definitiva (1.136.894,19 €) y sin necesidad de exigir indemnización al superficiario, de conformidad con el artículo 113.4 T.R.L.C.A.P.

La entidad superficiaria alega que no hay incumplimiento porque la Administración no ha resuelto sus solicitudes de aplazamiento y fraccionamiento de las deudas ni de reestablecimiento del equilibrio económico-financiero del contrato, presentadas el 8 de enero de 2009.

Sin embargo, respecto a la solicitud de aplazamiento y fraccionamiento, el 12 de enero de 2010, la Directora de la Agencia Tributaria dictó resolución sobre la solicitud de aplazamiento efectuada y acuerda: *«Primero.- Desestimar la solicitud de la empresa A, de aplazamiento de los cánones de los ejercicios 2007 y 2008 por cesión del derecho de superficie sobre la parcela municipal denominada "B", al haber transcurrido el plazo máximo reglamentario que se puede conceder».*

No consta en el expediente que, tras la resolución anterior, la entidad superficiaria haya satisfecho la deuda correspondiente a los cánones de los

ejercicios de 2007 y 2008. La desestimación de la solicitud de aplazamiento y fraccionamiento, la exigibilidad de la deuda y el impago de la misma produce el incumplimiento de la obligación de satisfacer los cánones.

Deuda que sería exigible, aunque se hubiese interpuesto reclamación económico-administrativa contra la Resolución de la Directora de la Agencia Tributaria Madrid (no consta en el expediente remitido que se haya producido esta circunstancia).

La entidad superficiaria alega, respecto de los demás pagos requeridos (cánones de 2009 y 2010 y la mejora de 1.000.000 €), que solicitó un aplazamiento y fraccionamiento de todas las cantidades debidas.

Esta solicitud, sin embargo, no reuniría los requisitos exigidos por la Ordenanza Fiscal General de Gestión, Recaudación e Inspección del Ayuntamiento de Madrid, cuyo artículo 38 prevé entre otros requisitos la identificación de todas las deudas que se encuentren comprendidas en un plazo de pago de los establecidos en el artículo 62 de la LGT.

La Administración, ante la nueva solicitud de aplazamiento y fraccionamiento por deudas distintas de las ya resueltas, debió haber tramitado el procedimiento, requiriendo al interesado la subsanación de los defectos observados, teniendo en cuenta que, de acuerdo con el artículo 40 de la Ordenanza Fiscal General de Gestión, Recaudación e Inspección del Ayuntamiento de Madrid, *“si la solicitud de aplazamiento o fraccionamiento y la documentación preceptiva no presentasen defectos u omisiones, o si éstos hubieren sido subsanados en plazo, se procederá, previos los trámites oportunos, a dictar resolución expresa, sin que proceda dictar providencia de apremio, aun cuando haya transcurrido el plazo de pago en período voluntario, hasta tanto no haya sido resuelta la petición”*.

Por tanto, solo puede considerarse incumplido el pago de los cánones correspondientes a 2007 y 2008. No resultan exigibles, al no constar en el expediente resolución expresa de la solicitud de aplazamiento y fraccionamiento de las deudas correspondientes a 2009 y 2010 así como la mejora voluntaria de 1.000.000 euros estipulada en el contrato.

Finalmente, en cuanto a la solicitud de reestablecimiento del equilibrio económico-financiero del contrato, la Administración tiene la obligación de resolver, como establece el artículo 42 LRJPAC. El superficiario, transcurridos tres meses desde la formulación de su solicitud, podía haber considerado desestimada su petición, a efectos de la interposición del pertinente recurso contencioso-administrativo. Ello, sin embargo, no exime a la Administración de su obligación de resolver expresamente la solicitud formulada.

Acreditada, por tanto, la falta del pago de los cánones correspondientes a los años 2007 y 2008, cuyo aplazamiento fue denegado por lo que, en consecuencia, la deuda resultaba exigible, se puede afirmar que concurre una de las causas de resolución previstas en la cláusula 15 del PCAP y, en consecuencia, procede la resolución del contrato.

Como señalan los dictámenes del Consejo de Estado 1953/2007, de 22 de noviembre y 201/1992, de 12 de marzo, *«el incumplimiento por el contratista de cualquier cláusula contenida en el contrato autoriza a la Administración para exigir su estricto cumplimiento o bien acordar la resolución del mismo. Con ello se concreta a favor de la Administración la denominada “exceptio non adimpleti contractus” con la cláusula implícita de condición resolutoria tácita por incumplimiento, coincidiendo con la del artículo 1124 del Código Civil»*.

**QUINTA.-** Alega la entidad superficiaria en su escrito, que el incumplimiento del contrato tiene su origen en el retraso en el

otorgamiento de la escritura pública imputable exclusivamente a la Administración, toda vez que era un derecho del superficiario, según el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, que se constituyera el derecho de superficie a favor del adjudicatario dentro del plazo de 30 días contados desde la fecha de la adjudicación y poniéndose a su disposición los terrenos objeto de cesión. Afirma la empresa A que, *“si la ejecución del contrato se hubiera desarrollado normalmente, la escritura pública debería haber sido otorgada a principios de junio de 2003, la licencia de obras habría podido ser solicitada en esas fechas y esta licencia se habría otorgado seis meses después de la solicitud de la licencia de obras, esto es, a finales de 2003, en lugar de julio de 2008. Es manifiesto el cambio de circunstancias económicas producido entre una y otra fecha.*

*La empresa A no tiene otro objeto ni otra actividad que la construcción de esta infraestructura, que con arreglo a su plan de negocio debía estar finalizada hace varios años y que a consecuencia del retraso imputable al Ayuntamiento no ha podido realizar en el plazo previsto.*

*El artículo 3.1 de la Ley 30/1992 obliga a la Administración a respetar los principios de buena fe y confianza legítima. La empresa A ha realizado costosísimos gastos e inversiones, en cuantía de más de 18 millones de euros, para la realización de este proyecto en la legítima confianza de que el Ayuntamiento facilitaría los trámites necesarios en los plazos previstos. Resultaría contrario a la buena fe que el Ayuntamiento, causante de las dificultades económicas de la contratista, se amparara en éstas para resolver el contrato”.*

Es evidente que las incidencias surgidas en la tramitación de la licencia han influido en el incumplimiento de las obligaciones del contrato y, en especial, la consistente en iniciar las obras de construcción del edificio proyectado, sin recoger, siquiera, la licencia concedida.

El Pliego de Prescripciones Técnicas por las que se recogía el contrato exigía la presentación de un proyecto básico de arquitectura *“con la definición necesaria para la comprensión completa de las obras a realizar en el edificio o edificios, obras de ejecución del aparcamiento subterráneo, con determinación expresa de la solución que se adopta y urbanización completa del espacio libre de la parcela resultante”* suscrito por técnico competente y visado por el Colegio Profesional respectivo.

Proyecto básico de arquitectura que fue objeto de examen, antes de la adjudicación del contrato, por la Sección de Gestión y Programación del Departamento de Planificación General de la Dirección de Servicios para el Desarrollo Urbano. Así, el informe técnico de 10 de abril de 2003, y firmado por el Jefe de la Sección de Gestión y Programación, el Jefe de la Sección Jurídica de la Dirección de Servicios de Desarrollo Urbano, el Jefe del Departamento de Patrimonio del Suelo y la Directora de Servicios para el Desarrollo Urbano valoraba la propuesta arquitectónica y señalaba: *“con relación al cumplimiento normativo del edificio propuesto, a salvo y sin menoscabo de la competencia del órgano municipal correspondiente para el informe y otorgamiento de la licencia, se pasa a analizar pormenorizadamente los parámetros y condiciones propuestos en el Proyecto Básico presentado desde el cumplimiento de las condiciones de la normativa urbanística aplicable”*. El meritado informe concluía: *“la oferta presentada cumple con carácter general con las condiciones establecidas en los Pliegos de Prescripciones Técnicas y Cláusulas Administrativas reguladoras del Concurso”*.

No parece lógico, por tanto, que formulada una oferta por el licitador del contrato en la que se valora el proyecto básico de arquitectura, pueda demorarse la obtención de la licencia en casi cuatro años.

En este sentido, el Pliego de Prescripciones Técnicas del contrato establecía en su apartado 12 que *“el hecho de que las características del*

*Proyecto de Arquitectura presentado determine, de acuerdo con las condiciones del planeamiento, la denegación de la licencia de obra necesaria para su ejecución sin posibilidad de subsanación, conllevará que la oferta que contenga tal proyecto técnico no podría resultar adjudicataria. No impedirá, sin embargo, la adjudicación, el hecho de que las características de dicho Proyecto determine el otorgamiento de licencia de obra con la imposición de requisitos o medidas correctoras que la actuación proyectada deba cumplir para ajustarse al planeamiento y normativa en vigor”.*

La propuesta de resolución considera que la demora en la tramitación de la licencia no fue una circunstancia sobrevenida, ni ignorada, sino perfectamente conocida para el superficiario, pues éste, acompañando la documentación presentada para la obtención de la licencia, solicitó la tramitación de un Plan Especial que posibilitase la construcción de un aparcamiento de 75.000 m<sup>2</sup>, lo que supuso, junto con los retrasos en la aportación de documentación que le fue requerida, la demora en la concesión de la licencia de obras y actividades, que una vez concedida no fue retirada la licencia, liquidado el impuesto correspondiente por el interesado, ni iniciada la obra en el plazo previsto en la misma. Todo ello motivó la declaración de caducidad de la licencia mediante Resolución del Director General de Ejecución y Control de la Edificación de 15 de junio de 2010.

Respecto al retraso en el otorgamiento de la escritura pública alegado por la entidad superficiaria, es preciso advertir que estaba expresamente previsto en el Pliego de Prescripciones Técnicas del concurso. En concreto en el punto 8, relativo a la “*disposición de los terrenos*” se establecía lo siguiente: “*La parcela objeto de la concesión del Derecho de Superficie, será puesta a disposición del adjudicatario, en condiciones aptas para su edificación y por lo tanto en condiciones para el desarrollo de la cesión*

*libre de cargas, en el momento de formalización del Derecho de Superficie e inscripción del título en el Registro de la Propiedad correspondiente. Momento en que empezará a contar el plazo de la cesión y el devengo del pago y canon correspondiente.*

*No obstante, la formalización e inscripción del Derecho de Superficie constituido no se efectuará hasta que se resuelvan en su totalidad las dos siguientes cuestiones: a) Depuración física y jurídica de la parcela urbanística como finca registral independiente, mediante el oportuno procedimiento de parcelación urbanística llevado a cabo, de oficio, por la Gerencia Municipal de Urbanismo del Excmo. Ayuntamiento de Madrid; b) Ejecución completa por parte del Ayuntamiento de Madrid, de las obras de urbanización precisas y previstas en el ámbito del Plan Especial, en ejecución de las determinaciones del mismo y para formalizar la ordenación pormenorizada. En este caso, podrá ponerse a disposición del adjudicatario la parcela sin haber concluido las citadas obras municipales, previo acuerdo de las partes, siempre que las citadas obras pudieran ser compatibles en el espacio y en el tiempo con las de edificación a realizar por el adjudicatario en la parcela”.*

Por tanto, como señala la propuesta de resolución, el retraso en el otorgamiento de la escritura no era una circunstancia sobrevenida, ni ignorada, sino perfectamente conocida para el superficiario, que suscribió el documento público de cesión del derecho de superficie sobre la parcela de forma voluntaria y concedora de las circunstancias, sin manifestar oposición alguna al respecto.

Sin embargo, solicitada por el superficiario la licencia el 14 de septiembre de 2004, no se obtiene finalmente ésta hasta el día 2 de julio de 2008, es decir, casi cuatro años después. La propuesta de resolución considera que la demora en la tramitación de la licencia era una situación perfectamente conocida para el superficiario, que atribuye a la necesidad de

tramitar un Plan Especial de Control Urbanístico Ambiental de Usos de la parcela al incluir el proyecto la construcción de un aparcamiento de 75.000 m<sup>2</sup>, *“lo que supuso, junto con los retrasos en la aportación de documentación que le fue requerida, la demora en la concesión de la licencia de obras y actividades, que una vez concedida no fue retirada la licencia, liquidado el impuesto correspondiente por el interesado, ni iniciada la obra en el plazo previsto en la misma. Todo ello motivó la declaración de caducidad de la licencia mediante Resolución del Director General de Ejecución y Control de la Edificación de 15 de junio de 2010”*.

De la relación de hechos expuesta en el antecedente fáctico tercero resulta que, si bien es cierto que la tramitación de la licencia requirió la tramitación del Plan Especial de Control Urbanístico Ambiental de Usos de la parcela, aprobado por el Pleno del Ayuntamiento el 29 de noviembre de 2005, no toda la demora en la posterior tramitación de la licencia es imputable al superficiario. Así, el informe emitido por la Dirección General de Calidad y Evaluación Ambiental de 16 de junio de 2005 favorable al Plan Especial de Control Urbanístico Ambiental de Usos contenía unas medidas correctoras al proyecto técnico. En concreto se exigía que el uso de los locales comerciales y recreativos no pudiera destinarse al público en general, sino únicamente a los asistentes a los teatros, con accesos exclusivos desde el interior de los mismos, que el horario de funcionamiento de las actividades comerciales y recreativas se ajustara al correspondiente uso cultural y que se prohibiera la realización de actividades en los espacios libres de parcela.

La exigencia de la adopción de estas medidas correctoras fue fundamento de la denegación de la licencia por Resolución de 8 de marzo de 2007. En el recurso de reposición presentado contra la denegación de la licencia, el superficiario alegaba que en el requerimiento de subsanación

realizado no se hacía ninguna referencia a los accesos a los locales comerciales y que, por tanto, no se le había dado la oportunidad de subsanar tales deficiencias.

El recurso de reposición interpuesto por el superficiario fue estimado por la Coordinadora General de Urbanismo por Resolución de 5 de julio de 2007 que reconoce que el superficiario *“fue requerido exclusivamente para que el acceso a los locales de restauración fueran realizados a través de los espacios interiores de la edificación pero nada se exigió respecto al resto de los locales comerciales y recreativos a pesar de que, como ya se indicó, el Plan Especial lo requería para todos ellos. Por tanto, debe tenerse en cuenta el principio consagrado en Derecho que impide denegar una licencia sin conceder antes la oportunidad de subsanación de deficiencias que puedan ser corregidas a lo largo del procedimiento...”* y acuerda estimar parcialmente el recurso de reposición interpuesto y retrotraer las actuaciones al objeto de que, mediante el oportuno requerimiento, se permita al interesado subsanar las deficiencias advertidas.

El 28 de agosto de 2007 se requiere al superficiario para que subsane las deficiencias advertidas en la tramitación de la licencia y, en concreto, las medidas correctoras propuestas en el informe de evaluación ambiental de 16 de junio de 2007 en relación con los locales comerciales.

Frente a dicho requerimiento, el superficiario presentó alegaciones en las que solicitaba informe a la Dirección General de Calidad y Evaluación Ambiental, ante la contradicción existente entre el informe de 16 de junio de 2005 y el Proyecto Básico presentado por la empresa A en su proposición en el que se ponía de manifiesto que *“el edificio alineado con el parque posterior, se retranque respecto de la calle C para dejar una Plaza de acceso de grandes dimensiones. A esta plaza se abren los locales comerciales, que retoman la alineación de la Avenida F”*. Igualmente, el superficiario pone de manifiesto que la Administración, en la adjudicación

no impuso requisitos o medidas correctoras en relación con el proyecto presentado y afirma que *“de hecho, se aceptó el proyecto tal y como fue aportado, por considerarse conforme con el planeamiento y la normativa en vigor”*. Además, alegaba que el requerimiento contrariaba el Pliego de Prescripciones Técnicas del contrato al tener carácter complementario y no asociado los usos comerciales previstos y concluía en la anómala situación en la que se encontraba el expediente en relación con los accesos de los locales comerciales, desde el punto de vista urbanístico porque *“el PGOU establece el uso de los locales comerciales como complementarios y no como asociados, el Plan Especial aprobado por el Pleno del Ayuntamiento dice con meridiana claridad que los locales comerciales tienen acceso directo desde el exterior y aclara incluso que las salidas generales del edificio no están dimensionadas para soportar un acceso a los locales comerciales desde el interior, y sin embargo el informe de evaluación ambiental de actividades dice –por error, pero dice– que el acceso a los locales comerciales ha de ser desde el interior y que el horario de apertura de éstos no puede ser sino el propio de la actividad cultural. Hay por tanto una contradicción entre el texto del informe de evaluación ambiental de actividades, por un lado, y el Plan Especial y el propio PGOU (por no mencionar el contrato), por otro”*.

Afirmaciones que resultan corroboradas por el informe del Subdirector General de Edificación de la Dirección General de Ejecución y Control de la Edificación del Área de Gobierno de Urbanismo y Vivienda de 14 de septiembre de 2007 que reconoce que *“si bien los usos recreativos (el cultural, al asimilarlo al de espectáculos y los establecimientos de comidas y bebidas) se encuentra entre los descritos en el punto 5.2 como sujetos a la tramitación de un Plan Especial de Evaluación Ambiental y, por tanto, a las medidas correctoras que se consideren oportunas, no sucede lo mismo con los usos comerciales, cuya superficie y características no reúnen los requisitos mínimos que hagan obligatorio su sometimiento a la tramitación*

*del tan citado Plan. En consecuencia, a juicio del que suscribe, no es posible imponer a tal uso comercial otras condiciones que las previstas en la Sección Segunda del Capítulo 7.6 de las Normas, que en ningún momento hacen referencia a que no puedan ser accesibles desde el exterior de la parcela o restricción al horario que no sean las generales para este tipo de establecimientos. Tampoco parecen justificadas las limitaciones al uso del espacio público que no sean las que afecten a la seguridad”.*

De igual modo, el informe del Director General de Calidad, Control y Evaluación Ambiental de 18 de septiembre de 2007 señala que “... a los efectos ambientales, debe considerarse solo como un elemento determinante del desenvolvimiento de la actividad evaluada el punto 3.4 del informe de evaluación ambiental de actividades de fecha 16 de junio de 2005, referente a la necesidad de que los paramentos perimetrales de las edificaciones proyectadas y de los equipos instalados en el exterior, deban disponer del aislamiento acústico suficiente para garantizar unos niveles sonoros transmitidos al exterior, dentro de los límites establecidos en la Ordenanza de Protección de la Atmósfera contra la Contaminación de Formas de Energía para un área receptora del tipo II (levemente ruidosa)”.

A consecuencia de estos dos informes, la Administración municipal, acordó iniciar, de oficio, la modificación del Plan Especial de Control Urbanístico Ambiental de Usos de la parcela (20 de diciembre de 2007), que tras su tramitación, se aprobó por el Pleno del Ayuntamiento el 30 de abril de 2008, para, finalmente concederse la licencia de obra y actividad el 2 de julio de 2008.

De lo que resulta que la demora en la tramitación de la licencia no es imputable, exclusivamente al contratista. De acuerdo con el pliego de prescripciones técnicas por las que se regía el concurso en su apartado 12 se establecía que “una vez acordada la adjudicación y formalizado a

*favor del adjudicatario el derecho de superficie mediante escritura pública e inscripción registral del mismo, se establecerán los siguientes plazos para el desarrollo de las obras: La elaboración definitiva del Proyecto (con las modificaciones o correcciones impuestas en la adjudicación) y la solicitud de la correspondiente licencia deberá efectuarse en el plazo máximo de seis meses desde la formalización de la concesión. Una vez concedida la licencia correspondiente, el adjudicatario deberá proceder a la iniciación de las obras en los plazos previstos en la Ordenanza Especial de Tramitación de Licencias y Control Urbanístico de 1997”.*

En el presente caso, el superficiario solicitó la licencia dentro de los seis meses siguientes al otorgamiento de la escritura pública e inscripción en el Registro de la Propiedad, en septiembre de 2004 y, sin embargo, no obtuvo la licencia hasta julio de 2008, casi cuatro años después.

La demora en la obtención de la licencia afecta al equilibrio de las prestaciones contractuales, porque supone el retraso en el comienzo de la explotación del centro cultural, y, por ende, una minoración de los años en el que el centro cultural pueda ser explotado por el adjudicatario del derecho de superficie. Perjuicio que, en principio, debería soportar el superficiario de acuerdo con el principio de riesgo y ventura que rige en la contratación administrativa.

El perjuicio derivado del retraso en la obtención de la licencia se ha visto aumentado con la crisis económico-financiera existente en la actualidad y que comenzó 2008. Es indudable que han variado sustancialmente las circunstancias económicas existentes al tiempo de la adjudicación del contrato (abril de 2003) a la fecha de obtención de la licencia (julio de 2008).

Esta circunstancia debe tenerse en cuenta a la hora de valorar los efectos de la resolución del contrato y, en concreto, de la incautación de la garantía

propuesta por la Administración. El Consejo de Estado en su Dictamen 55.186 de 22 de noviembre de 1990 se pronuncia sobre el efecto automático de la incautación de la garantía en casos de resolución por incumplimiento del contratista y declara: *“Sin embargo, como ha señalado este Consejo en numerosas ocasiones, la aplicación rígida y formalista de la legislación contractual puede dar lugar en ocasiones a soluciones sensiblemente injustas, que pugnen con las particularidades del supuesto. De ahí que el Alto Órgano Consultivo –e incluso el propio Tribunal Supremo– haya llegado a veces a moderar los efectos propios anejos a la resolución contractual misma, mediante, verbi gratia, la reducción de la incautación de la fianza a un porcentaje de ésta o incluso, en casos extremos, excluyendo la incautación o rechazando la imputación misma de la resolución contractual a la empresa contratista”*.

En este sentido la jurisprudencia ha venido sosteniendo que el incumplimiento del contratista como causa resolutoria del contrato no se identifica con la culpa del mismo a efectos de su ulterior sanción (Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 1982 -RJ1982\1636-, 11 de noviembre de 1987 -RJ 1987\8797- y 20 de abril de 1999 -RJ 1999\4636). En palabras de la primera de las sentencias citadas *“según es doctrina comúnmente admitida, no se identifican necesariamente el incumplimiento del contratista, como causa resolutoria del contrato, y la culpa del mismo, que lleva consigo las consecuencias punibles de la pérdida de la fianza, y la eventual indemnización a la Administración por daños y perjuicios, pudiendo darse el caso, que es el de autos, de que un contratista haya incumplido alguna cláusula contractual que determine la resolución y, sin embargo, no sea apreciable en su conducta una culpabilidad merecedora de que se impongan las sanciones establecidas en el art. 160 del Reglamento, por concurrir alguna circunstancia exculpatoria”*.

Aplicada la anterior doctrina al presente caso, este Consejo Consultivo considera improcedente la incautación de la garantía propuesta por la Administración, porque -como se ha expuesto- el retraso en la obtención de la licencia no es imputable -exclusivamente- a la entidad superficiaria.

En méritos de lo que antecede este Consejo Consultivo extrae la siguiente

## CONCLUSIÓN

Procede la resolución del contrato de cesión del derecho de superficie adjudicado mediante concurso público a *la empresa A*, sobre la parcela municipal denominada B, sin incautación de la garantía.

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 de la Comunidad de Madrid.

Madrid, 22 de junio de 2011