

Dictamen n.º: **393/09**
Consulta: **Alcalde de Arroyomolinos**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **08.07.09**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 8 de julio de 2009, sobre consulta formulada por el Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Arroyomolinos, cursada a través del Consejero de Presidencia, Justicia e Interior, en relación con expediente sobre resolución del contrato de adjudicación del derecho de superficie sobre la parcela A del Sector “Las Castañedas”, en el término municipal de Arroyomolinos, suscrito con J.CM.V. (en adelante el contratista), 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 23 de junio de 2009 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 18 de junio pasado, acerca de la petición procedente del Ayuntamiento de Arroyomolinos, firmada por su Alcalde Presidente, sobre expediente de resolución del contrato de adjudicación del derecho de superficie sobre la parcela A, del Sector “Las Castañedas”, en el término municipal de Arroyomolinos, suscrito con el contratista referenciado.

Admitida a trámite con esa misma fecha se procedió a dar entrada en el registro de expedientes con el número 351/09, iniciándose el cómputo del

plazo para la emisión del dictamen, tal como dispone el artículo 34 apartado 1 de Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por el Decreto 26/2008, de 10 de abril, venciendo dicho plazo el día 28 de julio de 2009.

Ha correspondido su ponencia a la Sección V, presidida por el Excmo. Sr. D. Ismael Bardisa Jordá, quien firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 8 de julio de 2009.

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

El día 30 de marzo de 2000 el Pleno del Ayuntamiento de Arroyomolinos adjudicó a la persona identificada en el encabezamiento el derecho de superficie sobre la parcela integrante del patrimonio municipal del suelo A, del Sector “Las Castañedas”, SAU-1 de las Normas Subsidiarias de Arroyomolinos, para ser destinado a la construcción de un centro educativo de enseñanza reglada de Educación Infantil, Primaria, Secundaria y Bachillerato, con arreglo a las exigencias prevista en el Pliego de Condiciones Técnicas, en el cual se establece como espacio de uso común la existencia de una cafetería-restaurante-comedor y cocina integrada en ella.

El 5 de mayo de 2000 las partes firmaron el oportuno contrato (folios 93 a 100), que se formalizó en escritura pública otorgada ante Notario el 29 de junio de 2000. La cláusula quinta del citado contrato establece que: *“La concesión del Derecho de Superficie [...] será transmisible a condición de que el adjudicatario ostente capital mayoritario en la sociedad o forme parte del personal directivo de la misma”*.

Con posterioridad, el contratista procedió a la cesión del derecho de superficie a la mercantil B, quien solicitó al Ayuntamiento, el 11 de

octubre de 2000, licencia de obras para la construcción del centro educativo (folio 101). El contratista era socio de la mercantil y en una ampliación de capital social él y su esposa adquirieron las nuevas participaciones aportando a la sociedad el derecho de superficie en cuestión (ampliación de capital elevada a público en escritura otorgada ante Notario el 12 de julio de 2000). El derecho de superficie a favor de la meritada entidad se inscribió en el Registro de la Propiedad el 31 de enero de 2001 (folios 132 y 150 posterior).

En el Pleno del Ayuntamiento de 3 de junio de 2002 se abordó la posible resolución del derecho de superficie constituido sobre la parcela, acordándose la no resolución del mismo.

Habiendo tenido conocimiento el Ayuntamiento, mediante denuncia, de la cesión del derecho de superficie sobre la parcela, por parte del adjudicatario, mediante la aportación a la mentada sociedad mercantil, la Comisión de Gobierno acordó, el 5 de noviembre de 2002, advertir al adjudicatario que cualquier cesión de derechos que se produzca debe necesariamente ser autorizada por el Ayuntamiento y que la obligación de comunicación de la cesión deriva de la cláusula decimocuarta del Pliego, en relación con el artículo 114.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (folios 27 a 29).

El 11 de diciembre de 2002 el adjudicatario presentó escrito alegando entender que tácitamente se había solicitado autorización sobre la cesión al haberse solicitado licencia de obra a nombre de la cesionaria, al haberse aportado copia de la escritura de ampliación de capital con aportación del derecho de superficie y continuar las demás gestiones ante el Consistorio en nombre de la mercantil cesionaria. No obstante, en ese mismo escrito solicita autorización expresa a la cesión (folios 41 a 43).

Por otra parte, según se deriva del expediente, en la parcela objeto del derecho de superficie se construyó una cafetería-restaurante explotada, en virtud de contrato de arrendamiento, por una entidad mercantil dedicada a la hostelería y distinta de la mercantil cesionaria. Dicha cafetería constituye un recinto independiente, separado e incomunicado respecto del Colegio, con entrada independiente y abierta al público. En relación a esta actividad de hostelería se presentó, en 2004, denuncia por la Policía Local por incumplimiento de la normativa en materia de exposición y venta de bebidas alcohólicas y tabaco.

Contra el Acuerdo del Pleno de 3 de junio de 2002 en el que se acordó no resolver el contrato, se interpuso por un concejal de la Corporación Local recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dando lugar al procedimiento ordinario número 1079/2002, sustanciado ante la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo que finalizó con la Sentencia 1542/2007, de 27 de septiembre (folios 284 a 295), en la que estimando parcialmente la pretensión del recurrente anula la resolución recurrida por ser contraria a Derecho y ordena al Ayuntamiento de Arroyomolinos incoar *“el procedimiento legal de resolución contractual, con audiencia expresa del contratista inicial y de los posteriores cesionarios, y resuelva conforme a derecho”*. En el fundamento jurídico cuarto de la Sentencia se considera que se ha vulnerado el artículo 115 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, por cuanto que el contrato fue cedido sin consentimiento ni conocimiento del Ayuntamiento. Asimismo, considera causa de resolución la construcción de una cafetería-restaurante abierta al público. En ese mismo fundamento se indica que *“no podemos resolverlo en vía jurisdiccional porque ello conculcaría el art. 113 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo que expresamente establece que “la resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación mediante procedimiento en la forma que reglamentariamente se determine”*;

procedimiento, además en el que habrá de ser oído el contratista, lo cual no se llevó a cabo en la sesión extraordinaria donde se acordó no resolverlo”.

En cumplimiento del fallo de la Sentencia y previos informes de la Asesoría Jurídica y de la Secretaría, de 19 de noviembre y 17 de diciembre de 2007, respectivamente, se acordó por la Junta de Gobierno Local, el 18 de diciembre de 2007, incoar procedimiento de resolución contractual por incumplimiento imputable al contratista.

El acuerdo de incoación del procedimiento de resolución contractual fue notificado al contratista a los efectos de cumplimentar el trámite de audiencia. En uso de dicho trámite, el contratista presentó escrito de alegaciones el 14 de enero de 2008 en el que solicita vista del expediente, con copia del informe de los Servicios Jurídicos y se alega la falta de firmeza de la resolución judicial en que se basa el acuerdo, lo que hace aquélla inejecutable, solicitando, por este motivo, la declaración de nulidad del Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 18 de diciembre de 2007 (folios 321 y 322). Acompaña al escrito copia del anuncio de interposición, por su parte, de recurso de casación ante el Tribunal Supremo contra la Sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid. El 21 de enero de 2008 presenta otro escrito de alegaciones en el que insiste en la falta de firmeza de la Sentencia y su carácter inejecutable, e invoca vulneración del derecho de defensa por cuanto que el Acuerdo de incoación del expediente de resolución del contrato no indica las causas de resolución que se le imputan, por lo que lo considera viciado de nulidad, cuya declaración solicita y, en su defecto, que se recabe dictamen del Consejo de Estado (folios 331 a 333).

Por Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 16 de mayo de 2008, se declara no haber lugar a tener por preparado el recurso de casación y, en consecuencia, se deniega la remisión de los autos al Tribunal

Supremo. El 11 de mayo de 2009 se dictó, por aquel Tribunal, Providencia de declaración de firmeza de la Sentencia dictada en el recurso contencioso-administrativo referenciado, cuyo testimonio se recibió en el Ayuntamiento de Arroyomolinos el 22 de mayo de 2009.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES EN DERECHO

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo, al amparo del artículo 13.1.f).4º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, de la Comunidad de Madrid, conforme al cual: “1. *El Consejo Consultivo deberá ser consultado por la Comunidad de Madrid en los siguientes asuntos: (...) f) Expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid, las entidades locales y las universidades públicas sobre: (...) 4.º Aprobación de pliegos de cláusulas administrativas generales, interpretación, nulidad y resolución de los contratos administrativos y modificaciones de los mismos en los supuestos establecidos por la legislación de Contratos de las Administraciones públicas*”.

Por remisión, la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante LCAP) –aplicable a este contrato por virtud de su fecha de adjudicación (30 de marzo de 2000)- dispone en su artículo 60.3 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 Arroyomolinos 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.- En materia de procedimiento, la resolución del contrato exige atenerse a lo previsto en los artículos 60 y 113 de la LCAP, 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).

De la meritada normativa 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 (*cf.* 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 parcialmente dicho trámite, al haberse concedido trámite de audiencia al inicial contratista mediante comunicación de fecha 11 de enero de 2008, formulando éste sus alegaciones por sendos escritos presentados el 14 y 21 del mismo mes y año.

Ahora bien, dado que se ha producido una cesión del derecho de superficie que se pretende resolver, el trámite de audiencia debe extenderse no sólo al contratista inicial sino al cesionario que se subroga en los derechos y obligaciones del cedente y, en consecuencia, se coloca en su posición jurídica, por lo que la resolución del contrato afectaría de lleno en la esfera de sus intereses jurídicos, motivo por el cual, en aras de garantizar

sus derechos de defensa debiera dársele audiencia, como por otra parte explicita el fallo de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que se pretende ejecutar.

La omisión de este trámite de audiencia vicia de nulidad radical al procedimiento de resolución del contrato, por *mor* de lo dispuesto en el artículo 62.1.a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en cuanto que se ha prescindido de un requisito esencial del procedimiento que puede generar indefensión a la entidad cesionaria.

En trámite de audiencia alega el adjudicatario que se le ha producido indefensión en la medida en que en la notificación del acuerdo de incoación del procedimiento de resolución contractual y concesión de audiencia no se indica cuál es la causa de resolución que se le imputa, lo que, a su juicio, impide que pueda defenderse frente a ella. Empero, debe tenerse en cuenta que la indefensión proscrita es la material y en el referido Acuerdo se alude a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 27 de septiembre de 2007, que, como ha quedado reseñado en los antecedentes de hecho, considera, en su fundamento jurídico cuarto, que concurren dos causas de resolución –la ausencia de autorización a la cesión del contrato y la existencia de una cafetería-restaurante abierta al público–, por lo que habiendo sido el adjudicatario parte en el proceso judicial y en consecuencia teniendo conocimiento de la Sentencia –pues anunció la presentación de recurso de casación–, fácilmente pueden colegirse las causas de resolución que se pretenden hacer valer en ejecución de la Sentencia. Cuestión distinta es que el Ayuntamiento invocara nuevas causas de resolución contractual, en cuyo caso, la no indicación de las mismas en la notificación del trámite de audiencia sí provocaría indefensión. No obstante, si se iniciara un nuevo expediente de resolución, como se propone

en la siguiente consideración, se aconseja la especificación de las causas concretas de resolución en el trámite de audiencia a los interesados.

En cuanto a la audiencia al avalista para la incautación de la garantía, debe hacerse constar que según se expresa en el informe de la Secretaría de 17 de diciembre de 2007, la garantía fue devuelta el 25 de junio de 2002, así que, extinguida la garantía, no procede dar audiencia al avalista o asegurador de la misma.

Por otra parte, sí se ha evacuado Informe de los Servicios Jurídicos con arreglo a lo estipulado en el artículo 109.1.c) del RGCAP. A este Informe hay que añadir, en el ámbito local, las exigencias de los informes de la Secretaría y de la Intervención de la Corporación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 114.3 del TRRL. En el caso examinado, figura incorporado el informe de la Secretaría, mas no así el de la Intervención, no existiendo ninguna constancia de que se haya emitido, lo que hace incurrir al procedimiento en un vicio de anulabilidad por mor de lo dispuesto en el artículo 63.1 de la Ley 30/1992, susceptible de subsanación.

TERCERA.- Antes de examinar las concretas causas de resolución que invoca el Ayuntamiento, es preciso abordar la cuestión del plazo para la resolución del procedimiento.

Respecto al plazo en que la Administración tiene que resolver los expedientes de resolución de contratos, ya recogimos en nuestro Dictamen 270/09, de 20 de mayo lo siguiente:

“Por lo que se refiere al plazo para resolver el expediente de resolución de contrato, ni el TRLCAP ni el RGCAP establecen nada al respecto. Tanto el Consejo de Estado (dictámenes nº 1255/2006 y 692/2006) como la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (informe 16/2000, de 16 de abril) consideran que no ha lugar a aplicar supletoriamente la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen

Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), por ser un procedimiento especial en materia de contratación en donde no se ejercitan potestades administrativas ni de intervención como de forma expresa se recoge en el artículo 44.2 de la LRJ-PAC. Ello no obstante, el Tribunal Supremo, en sentencias de 2 de octubre de 2007 (RJ 2007/7035) y de 13 de marzo de 2008 (RJ 2008/1379) ha declarado la aplicación supletoria de la LRJ-PAC de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional Séptima del TRLCAP, de forma que si no se resuelve en un plazo de tres meses habiéndose iniciado de oficio, se entiende caducado ex artículo 44.2 de la LRJ-PAC.

Dispone la Sentencia de 13 de marzo de 2008, anteriormente citada, sobre la aplicación supletoria de la LRJ-PAC:

«Se cumplen con toda evidencia los requisitos que a primera vista, desde la sola literalidad de las normas, son necesarios para poder aplicar con carácter supletorio a los procedimientos de resolución de contratos las de la Ley 30/1992 referidas a la caducidad de los procedimientos. No es sólo que la Disposición adicional séptima de la Ley 13/1995, cuyo epígrafe era el de "Normas de procedimiento", ordenara que a los "procedimientos en materia de contratación administrativa" se les aplicara supletoriamente esa Ley 30/1992 (aplicación supletoria ordenada luego, reiterada, en la Disposición adicional séptima del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio; y también en la Disposición final octava, número 1, de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público). Es, además, que la Ley 30/1992 regula los efectos de la inactividad en los procedimientos iniciados de oficio con vocación de generalidad, de aplicación en principio a todos ellos; y que con igual vocación dispone que la consecuencia ligada a esa inactividad en los

procedimientos susceptibles de producir efectos desfavorables es la de que "se producirá la caducidad". Y es, en fin, que las normas que la Sala de instancia aplicó, las mismas que se consideran infringidas en el motivo de casación y las otras que en éste se citan al transcribir aquellos Dictámenes, nada disponían en ningún sentido al regular el procedimiento de resolución de los contratos administrativos sobre los efectos que hubieran de ligarse a la inactividad o falta de resolución expresa y notificación de la misma dentro del plazo máximo para hacerlo; bastando para percibirlo con la sola lectura de los artículos 60 y 113 de la Ley 13/1995, 26 del Real Decreto 390/1996 y 274 del Reglamento General de Contratación del Estado del año 1975 (éste seguramente citado por error); o la del último párrafo del artículo 157 de este último; o, después, la del artículo 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre».

En segundo lugar, no existe incompatibilidad de la caducidad con los principios de la contratación pública, ya que:

«Aquella idea deslizada en el motivo de casación y no desarrollada, referida a una hipotética incompatibilidad entre la caducidad del procedimiento prevista en la Ley 30/1992 y los principios generales que inspiran la materia de la contratación administrativa, no se percibe en lo que ahora nos importa, esto es, en lo que hace a los procedimientos de resolución de dichos contratos y menos aún, en los que la causa de resolución sea, como en el caso de autos, la de la imputación al contratista de un incumplimiento culpable. La previsión de la caducidad del procedimiento persigue evitar situaciones de incertidumbre jurídica que se prolonguen injustificadamente en el tiempo; prolongación nada deseada, sino todo lo contrario, en el seno de una relación contractual cuando una de las partes pretende poner fin a ella, extinguiéndola anticipadamente; y

menos deseada, aún, cuando el origen de esa pretensión es una causa, como aquélla, que no aboca sin más a la resolución, sino que se traduce en una facultad de opción de la Administración entre forzar el cumplimiento estricto de lo pactado o acordar la resolución. En la misma línea, tampoco habla a favor de aquella incompatibilidad la norma según la cual "todos los trámites e informes preceptivos de los expedientes de resolución de los contratos se considerarán de urgencia y gozarán de preferencia para su despacho por el órgano correspondiente", que recogió el inciso final del último párrafo del artículo 157 del Reglamento de 1975 y luego el artículo 109.2 del Reglamento de 2001. A su vez, la mayor o menor complejidad de un tipo concreto de procedimientos no demanda de suyo la exclusión del instituto de la caducidad, sino la fijación en la norma oportuna (artículo 42.2 de la Ley 30/1992) del plazo máximo, adecuado a aquella complejidad, en que haya de notificarse la resolución expresa que ponga fin a ese tipo de procedimientos».

Este último criterio viene avalado -a decir de esta STS- por la anterior sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2004 (RJ 2004, 7113), que desestimó similar argumento, razonando que «sin discutir el marco contractual en el que se adopta la resolución 1477/1994, lo cierto es que nos encontramos ante una actuación administrativa que debe expresarse a través de las formas legalmente previstas, esto es, las que prevé la Ley 30/1992. No cabe otra solución pues el sometimiento pleno de la Administración a la Ley y al Derecho exigida por la Constitución hace que, tanto en lo que se refiere al procedimiento como en lo relativo al contenido de sus decisiones, se sujete a las prescripciones legales: a las relativas a los contratos y a las relativas al propio procedimiento».

Aplicando las anteriores consideraciones al caso sometido a dictamen, la consecuencia que se desprende es la de que el presente expediente está

caducado. Si se tiene en cuenta que el Acuerdo por el que se procede a la incoación del expediente de resolución contractual data de 18 de diciembre de 2007, fácilmente se constata que ha transcurrido sobradamente el plazo máximo de resolución. Ello no obstante, la caducidad del presente expediente no impide la iniciación de uno nuevo caso de existir causa legal para ello, y sin perjuicio de que, en aplicación del artículo 66 de la Ley 30/1992, puedan conservarse los informes ya evacuados.

CUARTA.- Llegados a este punto procede analizar si concurre causa de incumplimiento contractual imputable al contratista. Dos son las causas de resolución que se aprecian en el fundamento jurídico cuarto de la Sentencia de 27 de septiembre de 2007, cuya ejecución se pretende. Por un lado, la falta de comunicación y autorización previa para la cesión del derecho de superficie adjudicado y, por otro, la explotación de una cafetería-restaurante abierta al público.

En cuanto a lo primero, esto es, la cesión incontestada del derecho de superficie sobre la parcela, es preciso tener en cuenta que la cláusula quinta del contrato suscrito entre las partes permite la transmisión del derecho siempre y cuando *“el adjudicatario ostente capital mayoritario en la sociedad o forme parte del personal directivo de la misma”*.

Ahora bien, el artículo 115 de la LCAP regula la cesión de contratos en los siguientes términos:

“1. Los derechos y obligaciones dimanantes del contrato podrán ser cedidos a un tercero siempre que las cualidades técnicas o personales del cedente no hayan sido razón determinante de la adjudicación del contrato.

2. Para que los adjudicatarios puedan ceder sus derechos y obligaciones a terceros deberán cumplirse los siguientes requisitos:

a) *Que el órgano de contratación autorice expresamente y con carácter previo la cesión.*

b) *Que el cedente tenga ejecutado al menos un 20 por 100 del importe del contrato, o realizada la explotación al menos durante el plazo de una quinta parte del tiempo de duración del contrato si éste fuese de gestión de servicios públicos.*

c) *Que el cesionario tenga capacidad para contratar con la Administración y la solvencia exigible de conformidad con los artículos 15 a 20, debiendo estar debidamente clasificado si tal requisito ha sido exigido al cedente.*

d) *Que se formalice la cesión, entre el adjudicatario y el cesionario, en escritura pública.*

3. *El cesionario quedará subrogado en todos los derechos y obligaciones que corresponderían al cedente.*

4. *La Administración no autorizará la cesión del contrato en favor de personas incursas en suspensión de clasificaciones o inhabilitadas para contratar.”*

Resulta meridianamente claro y no precisa de interpretación que, de acuerdo con el precepto transcrito, la cesión del contrato requiere autorización por parte del órgano de contratación y dicha autorización ha de reunir dos condiciones: ser previa a la cesión y ser expresa. Como ha señalado el Tribunal Supremo “*la finalidad del acto administrativo que autoriza la cesión es garantizar el interés público en el cumplimiento del contrato y de las obligaciones derivadas del mismo*” (Sentencia de 14 de octubre de 2005, recurso número 1125/2003).

Sin embargo, en el caso que analizamos no se ha dado cumplimiento a la exigencia de autorización, ni a las características que debe revestir –previa

y expresa-, por cuanto que el adjudicatario del contrato cedió el derecho de superficie sin ponerlo ni siquiera en conocimiento del Ayuntamiento ni requerir su autorización, como reconoció el adjudicatario en su escrito de alegaciones de 11 de diciembre de 2002, al requerimiento efectuado por aquél el 21 de octubre de 2002, en el que, asimismo, reconocía haber incumplido con el requisito establecido en el meritado artículo 115, si bien entendía que la autorización se había solicitado y concedido tácitamente al haberse solicitado la licencia de obra para la construcción del centro educativo a nombre de la entidad cesionaria y haber continuado ésta ulteriores gestiones ante el Ayuntamiento. Dicha alegación no puede, sin embargo, prosperar en la medida en que, como ha quedado recalcado, la autorización debe ser expresa y, además, previa a la cesión, lo que tampoco se cumpliría por cuanto que las gestiones que ante el Ayuntamiento realizó la entidad cesionaria y de las que pretende el cedente derivar el carácter tácito de la comunicación al Ayuntamiento se habrían producido siempre *ex post*, es decir, una vez producida la cesión, que tuvo lugar mediante escritura pública de ampliación de capital social de la mercantil cesionaria, de 12 de julio de 2000.

En segundo lugar, como señala la Sentencia recaída en el recurso contencioso-administrativo contra el Acuerdo plenario de 3 de junio de 2002 de no resolución contractual, *“además de este grave incumplimiento, que por sí solo constituye causa de resolución, se ha incumplido el contrato que fue suscrito exclusivamente para la construcción de un centro escolar, y las partes admiten que se ha construido además una cafetería-restaurante abierta al público”*.

La cláusula tercera del Pliego de Condiciones Técnicas establece como dotación que debe tener el centro educativo a construir en la parcela sobre la que se constituye el derecho de superficie, una cafetería-restaurante-comedor, con 125 metros cuadrados de superficie, configurándolo como un

espacio de uso común del Centro. Ahora bien, esta exigencia contenida en el Pliego debe ser entendida en el contexto del objeto del contrato que, como se indica en la cláusula primera del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, no es otro que *“la constitución del derecho de superficie [...] para ser destinada a la construcción de un Centro Educativo, con servicios y oficinas anejas e integradas para uso exclusivo del colegio”*.

De lo anterior se infiere que la mencionada cláusula tercera del Pliego de Condiciones Técnicas, a pesar de prever la existencia en el Centro de una cafetería-restaurante, no autoriza al desarrollo de una actividad de hostelería y restauración abierta al público e independiente del Centro, como es la que realmente se lleva a cabo. Por tanto, la explotación de la cafetería-restaurante para uso público desvirtúa flagrantemente el destino del derecho de superficie y constituye un incumplimiento de una obligación contractual esencial, que habilita a la resolución contractual por causa imputable al contratista, al amparo del artículo 112.g) de la LCAP.

En mérito a lo que antecede este Consejo Consultivo extrae las siguientes

CONCLUSIONES

Primero.- El expediente para la resolución del contrato está caducado, en virtud de las razones expuestas en la consideración jurídica tercera.

Segundo.- El procedimiento seguido para la resolución del contrato adolece de un defecto invalidante consistente en la ausencia de trámite de audiencia a la entidad cesionaria, sin perjuicio de la falta de otros trámites, en los términos previstos en la consideración jurídica segunda.

Tercero.- Podrían concurrir causas para la resolución del contrato.

A la vista de todo lo expuesto, el Órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a este Consejo de conformidad con lo establecido en el artículo 3.7 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo.

Madrid, 8 de julio de 2009

