

Dictamen n^o: **479/09**
Consulta: **Alcalde de Parla**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **07.10.09**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 7 de octubre de 2009, sobre consulta formulada por el Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Parla, cursada a través del Consejero de Presidencia, Justicia e Interior, 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, en relación con expediente sobre resolución del contrato de derecho de superficie sobre la parcela aaa del plan parcial 4-bis “Residencial Este” a la entidad A (en adelante la adjudicataria).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 3 de agosto 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 24 de julio pasado, acerca de la petición procedente del Ayuntamiento de Parla, firmada por su Alcalde Presidente, sobre expediente de resolución del contrato de derecho de superficie sobre la parcela aaa del plan parcial 4-bis “Residencial Este” a la entidad adjudicataria.

Admitida a trámite con esa misma fecha se procedió a dar entrada en el registro de expedientes con el número 392/09, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal como dispone el artículo 34

apartado 1 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por el Decreto 26/2008, de 10 de abril.

Habiendo observado la ausencia en el expediente de informes del Arquitecto municipal a los que hacía referencia la solicitud de Dictamen de este Consejo Consultivo se procedió a la solicitud de dicha documentación el 4 de septiembre de 2009, resultando que la misma fue remitida por el Ayuntamiento de Parla el 10 de septiembre de 2009 y registrada de entrada en este órgano consultivo el día 18 del mismo mes.

Ha correspondido su ponencia a la Sección VI, presidida por el Excmo. Sr. D. Pedro Sabando Suárez, quien firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 7 de octubre de 2009.

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

Con fecha 21 de junio de 2005 el Pleno del Ayuntamiento de Parla acordó la aprobación de los Pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas para la adjudicación, mediante concurso, de un derecho de superficie sobre la parcela aaa del plan parcial 4-bis “Residencial Este” para la construcción de edificio para residencia transitoria de jóvenes y personas con cargas familiares en régimen de arrendamiento, locales de equipamiento público y plazas de aparcamiento.

El Pleno del Ayuntamiento acordó el 3 de noviembre de 2005 adjudicar el concurso a la entidad adjudicataria citada en el encabezamiento del presente Dictamen.

Con fecha 23 de marzo de 2006 se suscribió por ambas partes escritura notarial de constitución del derecho de superficie, previo depósito de la fianza definitiva.

La Junta de Gobierno Local acordó el 30 de diciembre de 2005 el otorgamiento de licencia de obra, con las condiciones indicadas en los informes técnicos.

Por Decreto del Concejal Delegado de Presidencia, Hacienda, Patrimonio, Urbanismo y Actividades de 2 de julio de 2008 se declaró caducado el expediente de licencia de obra ordenándose su archivo.

El 10 de enero de 2009 el Arquitecto municipal emitió un informe en el que hacía constar que la falta de presentación del proyecto de ejecución por parte de la adjudicataria determinó la caducidad de la licencia de obra el 2 de julio de 2008. El 16 de julio de 2009 el mismo Arquitecto municipal emite otro informe en el que expresa el incumplimiento contractual del adjudicatario por no haber obtenido la licencia de obra ni finalizado la construcción en el plazo expresado en los Pliegos.

El 6 de febrero de 2009 la Junta de Gobierno Local acordó la iniciación del expediente de resolución del contrato de derecho de superficie con incautación de la garantía, así como conceder un plazo de diez días para alegaciones tanto a la empresa contratista como a su avalista, aunque no consta en el expediente que se haya realizado este trámite respecto del avalista.

La causa de resolución que fundamenta el inicio del expediente es la recogida en la estipulación 6ª de la escritura pública de constitución del derecho de superficie de 23 de marzo de 2006: *“La falta de cumplimiento de las obligaciones que conlleva la presente escritura, para la sociedad adjudicataria y determinadas en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y en la oferta realizada por esta sociedad al Ayuntamiento,*

dará lugar a su resolución conforme a lo establecido en la <<Cláusula 19^a.- Resolución del contrato y extinción del derecho de superficie>> del citado Pliego de Cláusulas Administrativas que incorporo a la presente”.

Por su parte, la cláusula 19^a del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares establece en su apartado 2 que “*Serán causas de resolución del contrato, y por ende, de extinción del derecho de superficie las siguientes, que tendrán la consideración de condiciones resolutorias expresas: (...)*

b) El incumplimiento de los plazos para solicitar las licencias y para finalizar la construcción.

e) Las causas generales de resolución de los contratos administrativos establecidas en los artículos 8 y 111 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en cuanto sean aplicables al contrato.

f) El incumplimiento por el superficiario del resto de obligaciones contractuales.”

El apartado 3 de la misma cláusula 19^a establece que las causas de resolución previstas en las letras b) y e) darán lugar “*a la extinción del derecho de superficie, con reversión de la parcela y de todo lo edificado hasta el momento. Asimismo, se incautará la garantía definitiva sin perjuicio de los daños y perjuicios (...)* Si el adjudicatario incumpliera las obligaciones que asume por este contrato el Ayuntamiento estará facultado para exigir el cumplimiento o declarar la resolución del contrato, con incautación de la garantía definitiva, sin perjuicio de los daños y perjuicios, revirtiendo al Ayuntamiento el derecho de superficie con la totalidad de lo edificado hasta el momento. En este supuesto, los servicios técnicos municipales valorarán lo edificado hasta la fecha de la resolución, siendo satisfecha la cantidad que resulte por el Ayuntamiento al superficiario en el plazo máximo de tres meses a contar desde la fecha

de la resolución, sin perjuicio de la indemnización por daños y perjuicios que pueda corresponder a favor del Ayuntamiento”.

El 6 de marzo de 2009 se presentó escrito de alegaciones por la adjudicataria en el que atribuye el incumplimiento de los plazos a la demora en la redacción del proyecto de ejecución por los Arquitectos seleccionados por el Ayuntamiento mediante un “concurso de ideas” e impuestos a la adjudicataria mediante los Pliegos de contratación, por lo que considera que no procede la incautación de la garantía al no existir incumplimiento culpable del contratista.

El 27 de abril de 2009 los Arquitectos seleccionados en el “concurso de ideas” formulan también alegaciones en las que niegan su responsabilidad y documentan la redacción y presentación del proyecto de ejecución en el Colegio de Arquitectos de Madrid (COAM) cuya retirada no pudo realizarse en tiempo por la falta de presentación del Estudio de Seguridad y Salud que correspondía a la adjudicataria, y ello a pesar de los requerimientos formulados tanto por los Arquitectos como por el propio COAM.

En este estado del expediente se solicita Dictamen 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).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”.

La solicitud de dictamen por el Alcalde de Parla 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”*), y del artículo 32.3 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

En relación con los expedientes de resolución de los contratos administrativos, el artículo 59.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 26 de junio) –en adelante, TRLCAP– dispone que: *“(...) será preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de: a) Interpretación, nulidad y resolución, cuando se formule oposición por parte del contratista”.*

En parecidos términos, se pronuncia hoy el artículo 195.3 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), si bien, el contrato que nos ocupa se encuentra sometido al régimen jurídico del TRLCAP, por aplicación de la Disposición Transitoria Primera de la LCSP, según la cual: *“2. Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la*

presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”.

En el supuesto examinado, habida cuenta que la adjudicación del concurso tuvo lugar el 3 de noviembre de 2005, cuando aún no había sido promulgada la LCSP, la normativa a aplicar está constituida por el TRLCAP del año 2000, y por tanto, el precepto que fundamenta la petición del preceptivo dictamen al Consejo Consultivo autonómico es el artículo 59.3.a) de aquélla, citado *supra*.

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.

Como este Consejo Consultivo ya expresó en su Dictamen 370/09, de 17 de junio, a propuesta de la Sección V, y en su Dictamen 447/09, de 16 de septiembre, a propuesta de la Sección VI, <<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 Supremo de 6 de octubre de 2004 –recurso número 7508/1999– que, en relación a la cesión a título oneroso de una parcela para la construcción de viviendas protegidas, ratifica *“la validez del criterio teleológico como definidor de la naturaleza de los contratos concertados por la Administración, sometiéndolo a esta Jurisdicción las cuestiones relativas a la inteligencia, resolución y efectos de los mismos siempre que hayan tenido por finalidad obras y servicios de interés público de cualquier clase (Sentencias de 4 de mayo de 1999 [RJ 1999, 5086], 30 de octubre de 2001 [RJ 2002, 496] y 30 de abril de 2002 [RJ 2002, 7339])”*, a lo que añade que *“No cabe dudar, por lo tanto, de que la adjudicación efectuada como consecuencia del concurso convocado en el B.O.E. de 26 de julio de 1980 no queda circunscrita a la celebración de un convenio de carácter jurídico privado y finalidad lucrativa, como ocurre cuando se afectan bienes de carácter patrimonial y su objeto es ajeno a la satisfacción de un servicio público (Sentencia de 15 de febrero de 2002); con mayor motivo teniendo en cuenta que esta última finalidad ha de ser entendida en un sentido amplio, según se desprende de pronunciamientos concretos de esta misma Sala ya sea en relación el arrendamiento de una plaza de toros para la gestión de los espectáculos taurinos –que entran en el ámbito de las actividades culturales propias de un Ayuntamiento–, ya cuando se trata de la ejecución de un aparcamiento (Sentencia de 30 de octubre de 2001, ya citada), o de instalaciones de carácter deportivo y uso público (Sentencia de 4 de mayo de 1999). Y con mayor razón tratándose de la construcción y consiguiente reventa a un precio fijo estipulado de viviendas de protección oficial a adjudicar con sujeción a lo preceptuado en la legislación especial sobre la materia. Precisamente la doctrina jurisprudencial ha tenido ocasiones de pronunciarse sobre este extremo concreto de manera explícita, no solamente a través de las resoluciones de*

12 de marzo (RJ 1996, 2030) y 11 de junio de 1996 (RJ 1996, 6123) que se transcriben en el escrito de oposición al recurso, sino también más recientemente en las de 6 de octubre de 1999 (RJ 1999, 8839) y 27 de junio de 2003 (RJ 2003, 6149), destacando que la finalidad social indudable que se atribuye a la construcción de este tipo de viviendas es una de las circunstancias que permiten caracterizar la naturaleza administrativa del contrato celebrado con esa finalidad”.

Igualmente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2000 -recurso 5746/1994- recaída en un caso en el que se enajenó por una Corporación municipal parcelas de su titularidad, destinadas a áreas residenciales de viviendas, quedando sujeta la enajenación, según el contrato, a la obligación del adjudicatario de construir viviendas según programa y proyecto redactado y aprobado por el Ayuntamiento, se pronunció a favor de la naturaleza administrativa del contrato *“obviamente derivada de la evidente circunstancia del fin público a cuya satisfacción se orienta la construcción de viviendas en los términos mencionados, y de todos los antecedentes expuestos, como recoge con acierto la sentencia de instancia sobre la base de la jurisprudencia de esta Sala que cita, y sobre la base, después, añadimos, de otras sentencias de la misma como las de 11 de junio de 1996 (RJ 1996, 5148) y 23 de enero de 1998 (RJ 1998, 327), a cuyo tenor, aunque se tratara de un contrato de compraventa, se sitúa en el orden administrativo como permite el art. 7 de la Ley de Contratos del Estado (RCL 1965, 771, 1026 y NDL 7365), por razón de su finalidad expresada, del compromiso del Ayuntamiento de correr con los gastos de urbanización, de su cuantía y de las demás circunstancias y características de la compraventa, que parecen requerir, en su conjunto, la especial tutela del interés público para el desarrollo del contrato y porque, además, dicha finalidad de la compraventa se enmarca dentro de las competencias municipales, por lo que la indiscutible naturaleza administrativa del contrato en cuestión*

impone la consecuencia de que el conocimiento del litigio corresponde a esta Jurisdicción Contencioso-Administrativa”.

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 nº 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 la cláusula 1ª de los Pliegos que han de regir la contratación, tiene por objeto “*la constitución de un derecho de superficie sobre la Parcela aaa del Plan 4-bis “Residencial Este” para la construcción de un edificio público de equipamiento para residencia transitoria de jóvenes y personas con cargas familiares en régimen de arrendamiento, locales comerciales, locales de equipamiento público y plazas de aparcamiento y posterior transmisión del derecho de superficie, en su caso, en los términos previstos en los presentes Pliegos*”.

De acuerdo con lo establecido en el párrafo segundo de la cláusula 1ª del Pliego de Prescripciones Técnicas “*La parcela tiene la calificación*

jurídica de bien patrimonial del Ayuntamiento de Parla y se encuentra dentro de las parcelas designadas para tal fin en el Segundo Plan Especial para la implantación de edificios públicos de equipamiento para residencia transitoria para jóvenes y personas mayores en parcelas de equipamiento público aprobado definitivamente por acuerdo del Ayuntamiento Pleno de 18 de marzo de 2005”, por lo que goza de la consideración de patrimonio público del suelo de conformidad con lo previsto en el artículo 174.1.c) de la Ley 9/2001, de 17 de diciembre, del Suelo de Madrid (LSM) y como tal se encuentra sometida a lo dispuesto en el artículo 178 de la misma Ley, conforme al cual, en lo que aquí interesa: “1. Los bienes de los patrimonios públicos de suelo, así como los restantes bienes de la Comunidad de Madrid y de los municipios clasificados como suelo urbano y urbanizable pueden ser: a) Enajenados mediante concurso por el procedimiento abierto o restringido, en la forma prevista en la legislación reguladora de los contratos de las Administraciones públicas. El precio a satisfacer por el adjudicatario no podrá ser el único criterio determinante de la adjudicación, ni éste podrá ser inferior al valor que corresponda al bien conforme a la legislación general aplicable. (...) c) Adjudicados, por el precio fijado al efecto, o, en su caso, cedidos gratuitamente, en uno y otro caso por concurso, a entidades cooperativas o de carácter benéfico o social sin ánimo de lucro para la construcción de viviendas sujetas a cualquier régimen de protección pública o de integración social. (...)

Los bienes integrantes del Patrimonio Municipal del Suelo habrán de destinarse obligatoriamente, una vez incorporados al proceso urbanizador o edificatorio, a cualquiera de los fines que señala el artículo 176 de la misma Ley, entre los que se encuentran los de:

- “a) Construcción, rehabilitación o mejora de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública o de integración social, en el marco de las políticas o programas establecidos por las Administraciones Públicas.

- c) *Actuaciones públicas para la obtención de terrenos y ejecución, en su caso, de las redes de infraestructuras, equipamientos y servicios públicos.*”

En el caso examinado, el adjudicatario, como se deriva de la escritura de constitución del derecho de superficie, asume el compromiso de destinar la parcela a la construcción de edificios destinados a residencia transitoria de jóvenes y personas con cargas familiares, así se infiere del otorgamiento 1º de la escritura y de la cláusula 6ª del Pliego de Prescripciones Técnicas

De lo anterior resulta que no estamos ante una simple traslación de un derecho real del Ayuntamiento que culmina con la traslación del derecho de superficie a la entidad adjudicataria -que encajaría en la categoría de contrato privado al que se refiere el artículo 5.3 del TRLCAP-, sino que dicho acto se vincula a una finalidad pública concreta que aparece claramente perfilada en los Pliegos y en la escritura de constitución del derecho de superficie -la construcción de las viviendas de alquiler para jóvenes y personas con cargas familiares- hasta el punto que la constitución del derecho de superficie depende del cumplimiento de tal finalidad, pues aquélla puede quedar resuelta por el incumplimiento del destino al que se vincula la constitución del citado derecho, según el otorgamiento 6º de la escritura, lo que conduce a insertarlo en la categoría de contrato administrativo especial prevista en el artículo 5.2.b) del mismo cuerpo legal.

Del mismo modo y para asegurar el cumplimiento de la correcta ejecución del contrato y de las obligaciones de él derivadas se prevé la constitución, por parte del adjudicatario, de una garantía definitiva (Cláusula 4ª del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares) que mal se cohonestaba con la consideración del contrato como un mero acto traslativo de derechos.

De todo este clausulado se desprende que en este contrato no hay una posición de igualdad entre las partes como corresponde a los contratos de naturaleza privada, sino que la Administración actúa con el imperio propio de su condición pública, en la satisfacción de una finalidad de la misma índole, consistente en la promoción de la vivienda y facilitar su acceso a ella, lo que nos ubica de lleno en el ámbito de las competencias municipales previstas en el artículo 25.2, apartados d) y k) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local; todo lo cual conduce a la calificación del contrato como administrativo especial.

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 de contratos administrativos exige atenerse a lo previsto en los artículos 59 y 112 del 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).

De la citada normativa resulta, aparte de la necesidad de emisión de Dictamen de este Consejo Consultivo, la ineludible necesidad de dar audiencia al contratista (*cf.* artículos 54.3 y 59.1 del TRLCAP, 109.1.a) del RGLCAP y 114.2 del TRRL) y al avalista si la resolución del contrato lleva aparejada la incautación de la garantía por parte del Administración

como sucedería en este caso en que se pretende la resolución del contrato por incumplimiento imputable al contratista.

La exigencia de audiencia al avalista deriva, primeramente, del artículo 46.2 del TRLCAP, inserto en el Libro Primero de la Ley y, por tanto, aplicable a todos los contratos de las Administraciones Públicas, conforme al cual *“el avalista o asegurador será considerado parte interesada en los procedimientos que afecten a la garantía prestada en los términos previstos en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”* y como tal parte interesada tiene derecho a audiencia en aplicación de lo previsto en el artículo 84 de esta última norma. Por su parte, el artículo 109.1.b) del RGCAP prevé expresamente la audiencia al avalista cuando se propone la incautación de la garantía.

En el caso que nos ocupa no consta que se haya observado el trámite de audiencia para ambas entidades, constando la formulación de alegaciones sólo por parte del contratista, pero no del avalista y adoleciendo el expediente remitido a este Consejo Consultivo de documento que acredite la recepción por parte del avalista de notificación de la iniciación del expediente de resolución del contrato y del otorgamiento de plazo para formular 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. En el caso examinado no existe ninguna constancia de que se hayan emitido estos informes, 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.

CUARTA.- Antes de examinar las concretas causas de resolución que invoca el Ayuntamiento, es preciso tratar 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 nuestros Dictámenes 270/09 de 20 de mayo, 370/09 de 17 de junio y 447/09 de 16 de septiembre 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 mismo está caducado. Si se tiene en cuenta que el acuerdo por el que se inicia el expediente de resolución data del 6 de febrero de 2009, debería haber concluido antes del 9 de mayo de 2009, y, sin embargo, no se solicita Dictamen a este Consejo Consultivo hasta el 17 de julio de 2009, en el que el Alcalde firma el oportuno escrito de solicitud, que tiene entrada en la Consejería de Presidencia, Justicia e Interior el 23 de julio siguiente. Ello no obstante, la caducidad del presente expediente no impide la iniciación de uno nuevo, caso de existir causa legal para ello.

QUINTA.- 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 cláusula 8ª del PCAP : *“las causas de resolución del contrato serán las señaladas en este Pliego y las previstas en los artículos 54.3, 95, 96, 111 y 112 del TRLCAP, con los efectos señalados en el artículo 113 y en los artículos 111 a 113 del Real Decreto 1098/2001”.*

La causa de resolución que fundamenta el inicio del expediente es la recogida en la estipulación 6ª de la escritura pública de constitución del derecho de superficie de 23 de marzo de 2006: *“La falta de cumplimiento*

de las obligaciones que conlleva la presente escritura, para la sociedad adjudicataria y determinadas en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y en la oferta realizada por esta sociedad al Ayuntamiento, dará lugar a su resolución conforme a lo establecido en la <<Cláusula 19^a.- Resolución del contrato y extinción del derecho de superficie>> del citado Pliego de Cláusulas Administrativas que incorporo a la presente”.

Por su parte, la cláusula 19^a del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares establece en su apartado 2 que “*Serán causas de resolución del contrato, y por ende, de extinción del derecho de superficie las siguientes, que tendrán la consideración de condiciones resolutorias expresas: (...)*

b) El incumplimiento de los plazos para solicitar las licencias y para finalizar la construcción.

e) Las causas generales de resolución de los contratos administrativos establecidas en los artículos 8 y 111 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en cuanto sean aplicables al contrato.

f) El incumplimiento por el superficiario del resto de obligaciones contractuales.”

El apartado 3 de la misma cláusula 19^a establece que las causas de resolución previstas en las letras b) y e) darán lugar “*a la extinción del derecho de superficie, con reversión de la parcela y de todo lo edificado hasta el momento. Asimismo, se incautará la garantía definitiva sin perjuicio de los daños y perjuicios (...)* Si el adjudicatario incumpliera las obligaciones que asume por este contrato el Ayuntamiento estará facultado para exigir el cumplimiento o declarar la resolución del contrato, con incautación de la garantía definitiva, sin perjuicio de los daños y perjuicios, revirtiendo al Ayuntamiento el derecho de superficie con la totalidad de lo edificado hasta el momento. En este supuesto, los

servicios técnicos municipales valorarán lo edificado hasta la fecha de la resolución, siendo satisfecha la cantidad que resulte por el Ayuntamiento al superficiario en el plazo máximo de tres meses a contar desde la fecha de la resolución, sin perjuicio de la indemnización por daños y perjuicios que pueda corresponder a favor del Ayuntamiento”.

Atendiendo a lo dispuesto en la cláusula 7^a del Pliego de Prescripciones Técnicas el plazo para la presentación de los proyectos de ejecución, obtención de la licencia urbanística de construcción y terminación de las obras de construcción de la edificación era de diecisiete meses como máximo desde la aprobación de los proyectos básicos.

Según el informe de la Técnica de Contratación que obra en el expediente, el proyecto básico se aprobó el 30 de diciembre de 2005, por lo que el plazo para la realización de tales actuaciones concluyó el 30 de mayo de 2007. Consta en el expediente que el 26 de febrero de 2008 se apercibió a la adjudicataria para que presentara los documentos oportunos, advirtiéndole que, de no hacerlo, se procedería a la caducidad del expediente, en aplicación del artículo 92 de la Ley 30/1992 (LRJ-PAC) y, en efecto, el 2 de julio de 2008 el Concejal Delegado del Área de Presidencia, Patrimonio, Hacienda, Urbanismo y Actividades expidió Decreto de caducidad del expediente de licencia de obra.

Hemos de considerar que existe incumplimiento por parte del contratista dado que el plazo previsto para la presentación de los proyectos de ejecución, obtención de la licencia urbanística de construcción y terminación de las obras de construcción de la edificación había sido excedido sobradamente cuando se inició el expediente de resolución del contrato. Este extremo, por otro lado, no es negado por la adjudicataria, que en su escrito de alegaciones no niega el incumplimiento de los plazos, sino que se limita a responsabilizar de ello a un tercero, en este caso los Arquitectos ganadores del “concurso de ideas”, insistiendo en el hecho de

que fueron impuestos por el Ayuntamiento por lo que su incumplimiento no es culposo y, por ende, no procede incautación de la garantía.

Aunque la responsabilidad en el retraso a causa de unos presuntos incumplimientos por los Arquitectos ganadores del “concurso de ideas” está lejos de haber sido acreditada por el adjudicatario en las alegaciones formuladas, ya que se trata de un extremo discutido por los citados Arquitectos cuya versión es apoyada por la documentación aportada al expediente, en particular por los documentos procedentes del COAM.

Por otra parte, si bien, ciertamente, la cláusula 3ª del Pliego de Prescripciones Técnicas obliga al adjudicatario a contratar a los Arquitectos ganadores del “concurso de ideas” para la elaboración del proyecto básico, del proyecto definitivo y del cincuenta por ciento de la dirección de obra, no es menos cierto que el propio Pliego de Prescripciones Técnicas en su cláusula tercera prevé que las discrepancias que, de conformidad con la versión dada por el contratista en sus alegaciones se produjeron, se someterían al criterio del Jurado del “concurso de ideas” y a la Mesa de Contratación del concurso de adjudicación o, incluso, a la mediación del COAM. Por ello, no habiendo seguido este procedimiento para resolver sus controversias con los Arquitectos ganadores de “concurso de ideas”, no resulta admisible que ahora el contratista se ampare en dichas discrepancias para excusar su propia responsabilidad en el incumplimiento contractual en el que indudablemente ha incurrido y ante el cual este Consejo Consultivo considera que procede la aplicación del artículo 113.4 del TRLCAP: *“Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que exceda del importe de la garantía incautada”*, así como de la cláusula 19ª.3 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, que prevé, además de la

incautación de la garantía y de la indemnización de daños y perjuicios, la extinción del derecho de superficie con reversión de la parcela al Ayuntamiento.

En mérito a lo expuesto este Consejo Consultivo extrae la siguiente

CONCLUSIÓN

El expediente para la resolución del contrato está caducado, en virtud de las razones expuestas en la consideración jurídica cuarta, sin perjuicio de la posibilidad de que el Ayuntamiento de Parla, si lo estima oportuno, pueda proceder a la incoación de un nuevo expediente atendiendo a lo expuesto en la consideración jurídica quinta.

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, 7 de octubre de 2009