

Dictamen nº: **181/14**
Consulta: **Alcaldesa de Madrid**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **30.04.14**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 30 de abril de 2014, emitido ante la consulta formulada por el consejero de Presidencia, Justicia y portavoz del Gobierno, al amparo del artículo 13.1 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, sobre la resolución del contrato de cesión del derecho de superficie sobre las parcelas municipales sitas en la calle A, nº aaa, para la construcción de instalaciones deportivas y de equipamiento, celebrado con la Fundación B.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 14 de abril de 2014 tuvo entrada en el registro de este Consejo Consultivo solicitud de dictamen, del Ayuntamiento de Madrid, cursada a través del consejero de Presidencia, Justicia y portavoz del Gobierno, en relación al expediente de resolución del contrato de cesión del derecho de superficie sobre las parcelas municipales sitas en la calle A nº aaa, para la construcción de instalaciones deportivas y de equipamiento, celebrado con la Fundación B.

Correspondió su ponencia a la Sección IV, presidida por la Excmo. Sra. Dña. Cristina Alberdi Alonso, quien firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 30 de abril de 2014.

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

SEGUNDO.- De los antecedentes que obran en el expediente resultan de interés los siguientes hechos:

1. Por Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Madrid de 26 de septiembre de 2003, se adjudicó a la Fundación B, mediante un concurso público por procedimiento abierto, el derecho de superficie con carácter oneroso por un plazo máximo de 75 años sobre las parcelas patrimoniales bbb y ccc, Deportivo y Equipamiento Básico respectivamente, del Plan Parcial II-4 “*Sanchinarro*”, Distrito de Hortaleza, de acuerdo con la oferta de la adjudicataria y por un precio total de 10.675.000 € más 1.708.000 € en concepto de IVA, lo que suponía el pago de un canon anual por importe de 640.500 €, más 102.480 € en concepto de IVA. Según el punto 5 del Pliego de Prescripciones Técnicas, el pago del canon tenía un período de carencia de tres años, desde la adjudicación del concurso e inscripción del derecho de superficie en el Registro de la Propiedad. En el punto 4 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares se establecía que, transcurrido el plazo de carencia de tres años y complementariamente al acuerdo de adjudicación, el superficiario podría solicitar la compensación parcial del pago del canon del derecho de superficie con la prestación de servicios deportivos previa la formalización del oportuno acuerdo con el Instituto Municipal de Deportes, órgano que evaluaría las necesidades y determinaría las cuantías de dichas prestaciones.

La escritura pública de concesión del derecho de superficie, de la que formaba parte integrante tanto el Pliego de Prescripciones Técnicas como el de Cláusulas Administrativas Particulares, reguladores del concurso público, se otorgó el día 3 de febrero de 2004 ante el notario de Madrid

A.M.F., inscribiéndose en el Registro de la Propiedad el día 18 de junio de 2004.

En relación con el plazo de ejecución de las obras, el punto 9 del Pliego de Prescripciones Técnicas establecía que la primera fase de ejecución, en la que debía abordarse el 50% del proyecto deportivo y la totalidad de las instalaciones olímpicas, tenía que construirse en un plazo de tres años a contar desde la inscripción en el Registro de la Propiedad de la adjudicación del derecho de superficie, por lo que el plazo de construcción de la primera fase finalizaba el 18 de junio de 2007, siendo el plazo máximo para la ejecución de la totalidad del proyecto de 7 años a contar igualmente desde la inscripción en el Registro de la Propiedad del derecho de superficie, plazo que, por tanto, expiraba el 18 de junio de 2011. La Fundación B ofertó la construcción de la primera fase en 3 años, conforme a lo exigido por el pliego y una segunda fase de 2 años y 3 meses, por lo que la finalización de las obras debía producirse el día 18 de septiembre de 2009.

En el punto 9 del Pliego de Prescripciones Técnicas (estipulación primera de la escritura pública) se establecía que, si transcurrido el plazo de seis meses, el adjudicatario no hubiere solicitado la correspondiente licencia, se entendería resuelto el derecho de superficie y que el incumplimiento de los plazos establecidos daría lugar a la extinción del derecho de superficie en las condiciones establecidas en el Pliego de Cláusulas Administrativas, así como a la incautación de las garantías, sin perjuicio de las responsabilidades que de ello se derivasen.

El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares preveía, en su punto 9, como causa anticipada de extinción del derecho de superficie el incumplimiento de cualquiera de las condiciones establecidas en el mismo y en el Pliego de Prescripciones Técnicas, o de las que se establecieran en la escritura de constitución del derecho de superficie reflejando el

contenido de la oferta del adjudicatario, siempre que requerido al efecto, el superficiario no iniciara las actuaciones necesarias en el plazo máximo de un mes.

2. Mediante Resolución de la delegada del Área de Gobierno de Urbanismo y Vivienda de 17 de octubre de 2007, se concedió a la Fundación B una prórroga sobre el plazo ofertado para la ejecución total de la obra hasta el 18 de junio de 2011, y se les autorizó el arrendamiento del derecho de superficie a favor de la empresa C. Todo ello condicionado a que, antes del 31 de diciembre de 2007, procediera al pago del canon del 2007 o en su defecto, a la formalización del oportuno acuerdo de pago en especie con el órgano competente en materia deportiva de conformidad con lo previsto en la Cláusula 4 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares regulador de la adjudicación del derecho de superficie (folios 137 a 142).

Consta en el expediente remitido Decreto de la delegada del Área de Gobierno, de Urbanismo y Vivienda, de 27 de diciembre de 2007 por el que se autorizaba la compensación parcial del canon a satisfacer por la Fundación B al Ayuntamiento de Madrid en la anualidad 2007, por importe de 343.939,72 € correspondiente al derecho de superficie que aquella ostentaba sobre las parcelas bbb y ccc Plan Parcial II.4 de Sanchinarro, por la prestación de servicios deportivos, que se valoraban en 492.750 € (folios 154 a 162), debiendo ingresar en la Tesorería Municipal, antes del 15 de enero de 2008 el IVA correspondiente al importe del canon compensado, 55.030,35 €.

La fundación adjudicataria, sin embargo, no efectuó el ingreso. Así resulta de la resolución de 2 de diciembre de 2008 de la delegada del Área de Gobierno de Urbanismo y Vivienda, donde se acordó requerir a la fundación adjudicataria para que procediera al ingreso del canon correspondiente al año 2008 (667.401 € más 106.784,16 € en concepto

de IVA), así como el IVA correspondiente al canon de 2007, por importe de 55.030,50 € (folio 163).

Con fecha 9 de febrero de 2011, la directora general de Gestión Urbanística dictó resolución por la que acordaba autorizar, a la vista del Acuerdo firmado con la Dirección General de Deportes de 1 de diciembre de 2010 la compensación del 50% de los cánones correspondientes a 2008 y 2009 con la prestación de servicios deportivos y requerir a la fundación adjudicataria del derecho de superficie el ingreso del IVA correspondiente a 2007, el ingreso de las cantidades de 333.700,50 € y 338.372,31 € (por el 50% de los cánones de 2008 y 2009) más 106.784,16 € y 108.279,14 € por el IVA correspondiente a los citados años y el ingreso de 35.002,08 € y 1.835,55 € por los intereses de demora en el pago de los cánones de 2008 y 2009, respectivamente (folios 164 y 165).

El día 10 de marzo de 2011 la directora general de Gestión Urbanística aprobó el importe del canon anual correspondiente al ejercicio 2011, una vez actualizado, en 702.623,32 € más 126.472,20 € por el 18% de IVA (folio 166). El canon correspondiente al año 2012, según resolución de 10 de febrero de 2012, es de 719.486,28 € más 129.507,53 € en concepto de IVA (folio 167). Con fecha 2 de diciembre de 2013 se procedió a la actualización del canon correspondiente a 2013 en la cantidad de 740.351,38 €, cantidad a la que debía añadirse 155.473,79 € por el 21% de IVA (folios 168 y 169).

3. El día 30 de abril de 2010, la fundación adjudicataria presentó escrito (folios 512 a 514) en el que ponía de manifiesto, a la vista de la consulta urbanística nº ddd efectuada por ella (documento que no aportaba con dicha solicitud), la absoluta imposibilidad de ejecución del proyecto. Así, exponía en su escrito:

“(...) de ser correcta la afirmación de la consulta antedicha, los únicos usos posibles serían de equipamiento público lo que impide la obtención de resultas económicas que permitan afrontar la eventual inversión, su explotación y el pago del canon establecido, al tiempo que, dado el carácter unitario exigido, impide el inicio del proyecto para el área de uso deportivo con respecto al que, en desarrollo de su contrato, se hallan comprometidos varios operadores”.

Por ello, consideraba que esa calificación de la parcela, *“sea de origen, sea sobrevenida por una eventual modificación del marco urbanístico de usos que preside la concesión”*, alteraba radicalmente el ámbito de actuación que para el concesionario preveía su contrato y lógicamente se veía afectado el propio valor asignado a la parcela del que dependía el canon pactado, y *“todo ello por causas del todo ajena al concesionario, haciéndose imposible la ejecución de proyecto alguno”*. Por tanto, consideraba que esta alteración de los presupuestos del contrato obligaba a su modificación y solicitaba que se paralizara el procedimiento de liquidación del canon correspondiente a 2010.

Solicitud que reiteraba el día 11 de junio de 2010 (folios 144 a 146), cuando nuevamente solicitó la modificación del derecho de superficie, para que el Ayuntamiento procediera a la recuperación de la parcela ccc. Según exponía en su escrito:

“La sociedad arrendataria ha procurado por los medios a su alcance poner en valor la concesión otorgada encontrándose que, mientras que para el desarrollo del proyecto del área deportiva podía allegar operadores que desarrollaran los objetivos de la misma, sin embargo, debido a las características de los usos a que se afecta la parcela dotacional y la crisis financiera iniciada en 2008, se la ha hecho totalmente imposible materializar proyecto alguno que produjera los

retornos necesarios para afrontar el pago del canon, muy superior dada su valoración, y la amortización de las eventuales inversiones.

Ante esta circunstancia, la situación de la concesión se encuentra en un punto de absoluta imposibilidad de ejecutar el proyecto previsto para esta parcela, al tiempo que, dado el carácter unitario de ambas áreas exigido por la norma que rige la concesión, se ha impedido también el inicio del proyecto para el área de uso deportivo que, como hemos indicado, era el objeto inicial de la decisión municipal”.

Junto con la modificación contractual para segregar la parcela dotacional, la fundación adjudicataria solicitaba “*la paralización del procedimiento de liquidación del canon correspondiente a 2010*”.

El día 6 de octubre de 2010, como complemento al anterior escrito, la fundación adjudicataria presentó una solicitud de modificación del proyecto referido a la parcela dotacional deportiva bbb (folios 147 a 153), fundándose en la alteración de los elementos fundamentales que enmarcaron la oferta como era el Proyecto Olímpico de Madrid 2012. Así, exponía en su escrito que,

“(…) frustradas ya las posibilidades de celebración de Juegos Olímpicos en nuestra ciudad al no haber prosperado, desafortunadamente a pesar de los encomiables esfuerzos realizados, las candidaturas presentadas para los de 2012 y 2016, tanto la configuración, como el objetivo y el destino de las instalaciones no pueden ser los mismos, debiendo dirigirse ahora, en consonancia con la política deportiva del propio Ayuntamiento, no al deporte de élite sino al fomento del deporte para la utilización por parte de la ciudadanía en general, y consiguiente adecuación a la demanda social”.

La fundación adjudicataria consideraba que al tener la consideración la cesión del derecho de superficie como un contrato privado y no administrativo, es posible la modificación del mismo en aplicación de la cláusula *“rebus sic stantibus”*.

A la vista de la anterior solicitud, la Dirección General de Deportes emitió informe favorable, el día 11 de noviembre de 2010, sobre las modificaciones propuestas por la fundación adjudicataria en las instalaciones deportivas (folios 184 a 186).

Solicitado informe a la Asesoría Jurídica, con fecha 19 de enero de 2011 ésta emitió informe en el que ponía de manifiesto el incumplimiento del plazo de construcción dispuesto en la Resolución de 17 de octubre de 2007, al no existir siquiera licencia de obras e incumplimiento de las obligaciones de contenido económico contraídas por el superficiario y consideraba que, con carácter previo o en la propuesta de resolución, deberían especificarse justificación sobre la viabilidad técnica y económica del proyecto de obras presentado así como la ejecución del mismo en el plazo que restaba y la determinación de las garantías propuestas por el superficiario y valoradas por el órgano promotor como suficientes para la referida ejecución y la existencia de garantías suficientes para el cumplimiento de las obligaciones de contenido económico contraídas por el superficiario y aún no cumplidas (folios 192 a 197).

Requerido por la Administración, la fundación adjudicataria presentó escrito con fecha 5 de abril de 2011 con el que adjuntaba anteproyecto y memoria descriptiva (con presupuesto previo) de la estructuración, instalaciones y obras a ejecutar. Además, en dicho documento se solicitaba a la Administración autorización para, una vez resuelto el contrato por incumplimiento con el anterior arrendatario, celebrar uno nuevo con la sociedad D que garantizaba el cumplimiento del contrato (folios 198 a 234).

Con fecha 21 de julio de 2011, la directora general de Gestión Urbanística, a la vista de la documentación aportada, consideró que no se había justificado la viabilidad técnica y económica del proyecto de obras presentado, no se había acreditado la ejecución del mismo en el plazo dispuesto en la resolución de 17 de octubre de 2007 y no existían garantías suficientes para el cumplimiento de las obligaciones de contenido económico contraídas por el superficiario y aún no cumplidas, por lo que concluía:

“no procede autorizar la modificación del contrato de cesión de derecho de superficie sobre las parcelas denominadas bbb y ccc en el PP II-4 Sanchinarro, calificadas respectivamente de deportivo y equipamiento básico, por un plazo de 75, para la construcción de instalaciones deportivas y de equipamiento”.

La anterior resolución fue recurrida en reposición y contra su desestimación se interpuso recurso contencioso-administrativo, si bien, posteriormente, la fundación adjudicataria desistió del mismo.

4. El día 4 de noviembre de 2011, sin construcción alguna en la parcela, la fundación adjudicataria presentó nueva solicitud de modificación del derecho de superficie, en la que pretendía la reversión de la parcela ccc de Equipamiento Básico, y el mantenimiento del derecho de superficie sobre la parcela bbb, así como adaptar el proyecto de instalaciones deportivas, lo cual supondría una alteración de las condiciones económicas y plazos de ejecución, y una autorización para arrendar el derecho de superficie a la mercantil D, (folios 246 a 264). Fundamentaba su solicitud en la imposibilidad de ejecución del proyecto inicialmente previsto *“debido a la consideración municipal del uso dotacional público como equipamiento social de la parcela (con fecha 21/11/2008 se resolvió de forma negativa y no prevista la consulta urbanística común del expediente eee sobre imposibilidad de implantar un*

uso dotacional educativo)”, a la “exorbitante crisis económica iniciada en 2008” y al cambio experimentado en las demandas deportivas de los vecinos de los nuevos desarrollos urbanos. Con la anterior solicitud se aportaba determinada documentación (folios 265 a 367).

Este segundo expediente de modificación (fff) fue informado favorablemente el día 30 de noviembre de 2011 por la directora general de Deportes del Área de Gobierno de la Vicealcaldía, al considerar *“acreditado la permanencia del interés público y mostrando su conformidad con los motivos argumentados para la modificación contractual”*.

Consta, igualmente, la emisión de informe por directora general de Gestión Urbanística quien, con fecha 20 de febrero de 2013 (folios 379 a 390) concluye:

«Por todo cuanto antecede, previo informe de Asesoría Jurídica y de Intervención, en virtud de lo establecido en el punto 5 del artículo 6 del Acuerdo de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid, de delegación de competencias específicas en los titulares de los órganos superiores y de los directivos de las Áreas de Gobierno y de los Distritos de 24 de enero de 2013, se propone someter a la aprobación de la Sra. Delegada del Área de Gobierno de Urbanismo y Vivienda, si lo estima oportuno, la siguiente Propuesta de Resolución:

Estimar la solicitud presentada por la Fundación B, de modificación del contrato de cesión del derecho de superficie, adjudicado con carácter oneroso a su favor, por el Ayuntamiento Pleno en su Sesión de fecha 26 de septiembre de 2003, al amparo del artículo 101 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de julio por el que se aprueba el Texto Refundido de la ley de Contratos de las Administraciones Públicas, condicionado, por una

parte, a que las deudas del superficiario queden debidamente garantizadas, de conformidad con la normativa recaudatoria y la Ordenanza Fiscal General de Recaudación e Inspección y según los términos y plazos que establezca la Agencia Tributaria Municipal y por otra parte, a la acreditación de la solvencia económica y técnica del nuevo proyecto presentado en los siguientes términos:

1º) *El derecho de superficie quedará constituido exclusivamente sobre la parcela bbb del PP-4 "Sanchinarro", distrito de Hortaleza, de manera que el Ayuntamiento de Madrid recupere la plena disponibilidad de la misma, libre de cargas y de gravámenes, y con incautación de la garantía definitiva constituida sobre ella.*

2º) *El nuevo canon a abonar será del 6% del valor actualizado de la parcela bbb, incrementado en un 20%, como consecuencia de la mejora ofertada, a lo que hay que añadir el 30%, que fue deducido de su valor como consecuencia de la construcción de las instalaciones olímpicas que renuncia a construir el adjudicatario. El pago del primer canon anual se hará efectivo en el plazo de quince días desde la notificación de la liquidación correspondiente, quedando fijada esa fecha como la de la exigibilidad de los cánones sucesivos, que deberán actualizarse en función del índice de Precios al Consumo publicado en esa fecha por el Instituto Nacional de Estadística.*

Fundación B podrá adoptar un Acuerdo definitivo que consolide como forma de pago, teniendo en cuenta lo dispuesto en el párrafo 4º de la cláusula 4 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, que el canon anual a abonar sea del 50% en metálico y 50% en prestación de servicios, sujeto a la intervención y aprobación de la Dirección General de Deportes, órgano que evaluará las necesidades y determinará las cuantía de dichas

prestaciones, así como un Informe anual que acredite que se ha cumplido con la parte del pago en especie.

3º) La modificación del programa de instalaciones que se autoriza, a la vista del informe positivo de la Dirección General de Deportes de fecha 30 de noviembre de 2011, comprende:

- Sustitución de la piscina cubierta de 50 metros por una piscina cubierta de 25 metros.

- Sustitución de algunas pistas exteriores de deportes por canchas de deportes de raqueta, fútbol y una cancha de prácticas de golf.

- Ampliación de la zona de gimnasios en sustitución del pabellón deportivo cubierto que contenía las pistas multifuncionales y la pista central con gradas.

4º) La licencia deberá solicitarse en el plazo de 6 meses a contar desde la fecha de la Resolución de modificación del derecho de superficie. Transcurrido este plazo sin que se hubiese solicitado, se entenderá resuelto el derecho de superficie. Una vez concedida la licencia correspondiente, el superficiario deberá proceder a la iniciación de las obras en los plazos previstos en la Ordenanza de Tramitación de Licencias vigente. La finalización de las obras y expedición del correspondiente certificado final de la obra, visado por el colegio profesional correspondiente, deberá producirse en el plazo máximo de tres años desde la mencionada Resolución.

5º) Se autoriza a la Fundación B, el Arrendamiento del derecho de superficie concedido para la construcción y gestión de la parcela bbb del PP II-4 “Sanchinarro”, a favor de D, de conformidad con lo establecido en las cláusulas 5.8, 6.5 y 7 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares regulador del concurso público, y con cumplimiento en todo caso de los fines y destino del derecho de

superficie concedido, sobre el que la Fundación B mantiene su titularidad, respondiendo de forma directa frente al Ayuntamiento de todas las obligaciones que tiene a su cargo como titular del derecho de superficie».

Consta en el expediente el informe de la Asesoría Jurídica de fecha 11 de marzo de 2013 en el que se observaba que la modificación sustancial del contrato obligaba a su resolución, constatando –además– que la ejecución de las obras no se había iniciado y que las deudas de los cánones devengados no habían sido garantizadas. En dicho informe se advertía que no era posible, en un procedimiento de modificación contractual, que se acordase la incautación de la garantía definitiva constituida sobre ella, pues la adopción de esta medida exigía que se decretase por la Administración el previo incumplimiento de las obligaciones de la superficiaria, bien mediante la tramitación del correspondiente incidente, bien que en la resolución del contrato (folios 391 a 406).

Tras la emisión del anterior informe de la Asesoría Jurídica se dio audiencia a la fundación adjudicataria, trámite notificado el día 27 de marzo de 2013 (folios 408 y 409).

Con fecha 18 de julio de 2013 consta la emisión de informe desfavorable por la Intervención General del Ayuntamiento de Madrid (folios 412 a 417).

A la vista de los anteriores informes, la delegada del Área de Gobierno de Urbanismo y Vivienda del Ayuntamiento de Madrid, con fecha 11 de noviembre de 2013, dictó resolución acordando desestimar la petición, formulada por la fundación adjudicataria, de modificación del derecho de superficie (folio 425).

5. Con fecha 23 de enero de 2014, el director de la Agencia Tributaria Madrid dirigió escrito a la directora general de Gestión Urbanística en el

que informaba que, ante el impago por el superficiario, claramente incurso en causa de extinción del citado derecho, la reacción municipal que procedía debía ser la de resolución del contrato y no la recaudación de las deudas por el procedimiento de apremio (folios 446 y 447).

TERCERO.- Con fecha 13 de febrero de 2014 se notifica a la fundación adjudicataria la resolución de igual fecha de la directora general de Gestión Urbanística por la que se acuerda el inicio del procedimiento para la resolución del contrato del derecho de superficie por incumplimiento culpable del contratista.

En la misma fecha, la entidad E, como entidad avalista y, por tanto, interesada en el procedimiento, recibió notificación del inicio de las actuaciones tendentes a la resolución del contrato de cesión del derecho de superficie, confiriéndole trámite de audiencia para alegaciones, sin que hiciera uso de tal posibilidad.

La interesada presentó escrito solicitando la ampliación del plazo de 10 días que le fue concedido, ampliándose el mismo en 5 días hábiles, contados a partir del día 26 de febrero de 2014. Fuera de plazo, el día 6 de marzo de 2014, la fundación adjudicataria presentó escrito de alegaciones (folios 464 a 479) oponiéndose a la propuesta de Resolución del contrato por los incumplimientos propuestos.

En el procedimiento de resolución del contrato ha emitido informe la Asesoría Jurídica, con fecha 14 de marzo de 2014, que concluye que concurren los requisitos formales y materiales para proceder a la resolución del contrato.

Consta igualmente la emisión de informe por la Intervención General, favorable a la propuesta de resolución del contrato por causa imputable al contratista, de fecha 19 de marzo de 2014. En este informe se pone de manifiesto que *"la deuda que la Fundación B mantiene con este*

“Ayuntamiento por impago de los cánones del derecho de superficie constituido a su favor (ejercicios 2008 a 2013) asciende a la cantidad total de 4.242.659,11 €, de los cuales 3.614.528,57 € corresponde al concepto de principal (canon) y 628.130,54 € corresponden a IVA” (folios 546 a 548).

Con fecha 19 de marzo de 2014, la delegada del Área de Gobierno de Urbanismo y Vivienda acuerda —al ser preceptiva la emisión de dictamen por el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid—, la suspensión del procedimiento de resolución por el tiempo que media entre la solicitud de dictamen a este órgano y la recepción de éste por el Ayuntamiento de Madrid.

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

CONSIDERACIONES DE 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”*”.

Con carácter previo, es preciso determinar la normativa aplicable al contrato. El Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público

aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), establece en su disposición transitoria primera, apartado 2 establece:

“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 presente caso, el contrato objeto del presente dictamen fue adjudicado por el Pleno del Ayuntamiento el día 26 de octubre de 2003, por lo que la normativa aplicable al contrato sería la vigente en el momento de la adjudicación, el 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 (TRLCAP).

En cualquier caso, la normativa aplicable al procedimiento de resolución viene dada por la existente en el momento de su iniciación (dictámenes 403/09, de 15 de diciembre, 380/10, de 10 de noviembre), el TRLCSP y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP).

SEGUNDA.- Antes de considerar si concurre la concreta causa de resolución del contrato de concesión del derecho de superficie sobre las parcelas bbb y ccc, Deportivo y Equipamiento Básico, respectivamente, del Plan Parcial II-4 “Sanchinarro” debemos detenernos en la controvertida cuestión de la naturaleza jurídica de dicho contrato.

A diferencia del actual TRLCSP, cuyo artículo 4.1.p) excluye de su ámbito de aplicación *“los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, valores negociables y propiedades incorporales, a no ser que”*

recaigan sobre programas de ordenador y deban ser calificados como contratos de suministro o servicios, que tendrán siempre el carácter de contratos privados y se regirán por la legislación patrimonial”, el artículo 3 TRLCAP, vigente como hemos visto al tiempo de la adjudicación del contrato, no excluía de su ámbito de aplicación a los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, calificándose, según el artículo 5.3 como contratos privados.

Por tanto, al no estar excluidos del ámbito de aplicación del TRLCAP, procedía examinar su naturaleza jurídica y determinar si se trataba de contratos privados o administrativos especiales, pues en los primeros la Administración actúa desprovista de todo privilegio y somete sus derechos e intereses al Derecho común y, en cambio, en los contratos administrativos especiales podrá ejercer las prerrogativas previstas en la normativa de contratación administrativa y, como es el caso, la potestad de resolución del contrato.

Así, el artículo 5 del TRLCAP recogía una clasificación de los contratos celebrados por 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*, el artículo 5 disponía:

“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 incorporales 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, sobre los que no se plantea problema alguno sobre su naturaleza, la distinción entre contratos administrativos especiales y contratos privados no es en absoluto pacífica ni resulta sencilla (dictámenes 370/09, de 17 de junio; 447/09, de 16 de septiembre; 479/09, de 7 de octubre y 339/11, de 22 de junio, entre otros), 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.

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 destinarian 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 feneida 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 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 los Pliegos que han de regir la contratación, tiene por objeto «*la concesión de un derecho de superficie oneroso, para la construcción de instalaciones deportivas y de equipamiento, por el plazo máximo de setenta y cinco (75) años sobre las dos parcelas del Plan Parcial “Sanchinarro”*». Además, en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares prevé en el punto 5 apartado 6, como obligación del adjudicatario del derecho de superficie, la de *“ceder el uso gratuito de las instalaciones olímpicas para competiciones al Ayuntamiento de Madrid dentro de los objetivos del proyecto olímpico y postolímpico”*. En este sentido el PPT exige, en relación con las instalaciones deportivas previstas que *“deberá destinarse al menos el 30% de la edificabilidad de la parcela calificada como deportiva”*. Como este Consejo Consultivo declaró en el Dictamen 311/11, de 15 de junio, «*(...) la concesión por el Ayuntamiento del derecho de superficie para la construcción en una parcela cuya calificación urbanística era dotacional deportivo, tuvo por finalidad el dotar a la zona de una instalación deportiva ejerciendo el Ayuntamiento sus competencias en materia de “Actividades o*

“instalaciones culturales y deportivas” recogidas en el artículo 25.1.m) de la Ley de Bases de Régimen Local».

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 el artículo 211 TRLCSP, al 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).

El artículo 211 TRLCSP establece como trámites preceptivos para todas las Administraciones Públicas, la necesidad de audiencia al contratista y, si mediare oposición de éste, dictamen del Consejo de Estado u órgano equivalente de la Comunidad Autónoma.

Asimismo, el artículo 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RLCAP), a estos trámites añade, la audiencia al avalista o asegurador si se propone la incautación de la garantía e informe del Servicio Jurídico.

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 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 el artículo 28 de la Ley 22/2006, de 4 de julio, de Capitalidad y de Régimen Especial de Madrid.

En el caso examinado, figuran incorporados informe de la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento de Madrid, de fecha 14 de marzo de 2014, el informe de la Intervención General del Ayuntamiento de Madrid, de 19 de marzo de 2014 y otro informe técnico, emitido el 7 de marzo de 2014, por la Dirección General de Gestión Urbanística.

Los anteriores informes se han incorporado al expediente después del trámite de audiencia. Ahora bien, como es doctrina reiterada de este Consejo Consultivo, dicha incorporación no genera indefensión a la interesada porque no se introducen hechos o cuestiones nuevas determinantes de la resolución del contrato (dictámenes 331/11, de 22 de junio, 374/11, de 6 de julio, 604/11, de 2 de noviembre y 410/13, de 25 de septiembre).

En su escrito de alegaciones, la fundación adjudicataria solicita la práctica de la prueba testifical de varias personas, la mayoría altos cargos del Ayuntamiento de Madrid, para que *“procedan a prestar declaración”*

sobre la efectividad de las reuniones mantenidas y el contenido de las mismas”.

En relación con la prueba propuesta, hay que tener en cuenta que, de conformidad con el artículo 81 LRJPAC, el instructor del procedimiento solo podrá rechazar las pruebas propuestas por los interesados cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias, mediante resolución motivada.

En el presente caso, la propuesta de resolución inadmite la prueba propuesta por la fundación adjudicataria al considerar que el escrito de alegaciones presentado reconoce expresamente los incumplimientos que fundamentan la resolución del derecho de superficie, por lo que resulta innecesaria.

En cuanto al plazo para resolver el procedimiento, tratándose de un procedimiento de resolución contractual iniciado de oficio por la Administración, el plazo máximo para resolverlo es de tres meses, transcurridos los cuales se producirá la caducidad del mismo.

En el presente caso, la incoación del expediente tuvo lugar el 13 de febrero de 2014 por lo que el procedimiento caducaría el día 13 de mayo de 2014.

Este rigor temporal que supone la necesidad de tramitar estos procedimientos en el corto plazo de tres meses, sin embargo, tanto en éste como en otros supuestos, puede verse atemperado por la suspensión del procedimiento por la solicitud de informe preceptivo al Consejo, tal y como expresamente establece el artículo 42.5 c) LRJ-PAC, según el cual:

5. *“El transcurso del plazo máximo legal para resolver un procedimiento y notificar la resolución se podrá suspender en los siguientes casos:*

(...)

c. Cuando deban solicitarse informes que sean preceptivos y determinantes del contenido de la resolución a órgano de la misma o distinta Administración, por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos. Este plazo de suspensión no podrá exceder en ningún caso de tres meses”.

En el presente caso, el día 24 de marzo de 2014 se solicita dictamen preceptivo a este Consejo Consultivo, acordándose, el 19 de marzo, la suspensión del plazo para resolver el procedimiento. No consta en el expediente, sin embargo, documento que acredite la comunicación a la fundación adjudicataria de la suspensión del procedimiento por la solicitud de dictamen al Consejo Consultivo. Como ha declarado este Consejo Consultivo en su Dictamen 556/13, de 20 de noviembre:

“Este segundo requisito afianza la seguridad jurídica y la transparencia del procedimiento, de modo como hemos venido señalando, haciéndonos eco de la jurisprudencia, que la falta de notificación del acuerdo de suspensión a los interesados redonda en la falta de eficacia interruptiva del mismo (así nuestro Dictamen 511/12, de 19 de septiembre, entre otros muchos) ”.

Por tanto, para que se suspenda el plazo máximo para resolver el procedimiento por solicitud de dictamen al Consejo Consultivo resulta imprescindible que se comunique a los interesados en el mismo, tanto la suspensión del procedimiento por la petición de dictamen como la recepción del mismo (dictámenes 336/10, de 13 de octubre, 140/11, de 6 de abril, 546/11, de 5 de octubre y 221/12, de 18 de abril de 2012).

En el presente caso, no consta en el expediente remitido a este Consejo Consultivo documento que acredite la comunicación al adjudicatario del

acuerdo de suspensión. Si el Ayuntamiento de Madrid ha realizado esa comunicación y existe constancia de ella, el procedimiento estaría suspendido. En otro caso, el procedimiento caducaría el próximo 13 de mayo.

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”*), aunque no se menciona expresamente este apartado. Así, el punto 9 del Pliego de Prescripciones Técnicas, en relación con los plazos de ejecución y concesión de la licencia dispone:

“si transcurrido el plazo de seis meses, el adjudicatario no hubiere solicitado la correspondiente licencia, se entenderá resuelto el derecho de superficie” y que *“el incumplimiento de los plazos establecidos anteriormente, dará lugar a la extinción del derecho de superficie en las condiciones establecidas en el Pliego de Cláusulas Administrativas, así como a la incautación de las garantías, sin perjuicio de las responsabilidades que de ello se derivasen”*.

Por su parte, el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares prevé, en su punto 9, como causa anticipada de extinción del derecho de superficie *“el incumplimiento de cualquiera de las condiciones establecidas en el presente Pliego y en el Pliego de Prescripciones Técnicas, o de las que se establecieran en la escritura de constitución del derecho de superficie reflejando el contenido de la oferta del adjudicatario, dará lugar a la extinción anticipada del derecho, siempre que requerido al efecto, el superficiario no iniciara las actuaciones necesarias en el plazo máximo de un mes”*.

La propuesta de resolución fundamenta como causas de resolución *“los incumplimientos continuos y reiterados en el tiempo, relativos no solo al*

impago anual del canon devengado, durante toda la vida efectiva del derecho de superficie sobre las parcelas bbb y ccc del PP II-4 Sanchinarro, sino también la inexistencia no solo de las obras comprometidas, sino incluso de sus elementos preparatorios (ni siquiera existe solicitud de licencia) ”.

Se propone la resolución del derecho de superficie que determina la reversión de las parcelas municipales bbb y ccc del Plan Parcial II-4 Sanchinarro, sitas en la calle A, distrito de Hortaleza, con incautación de la garantía definitiva (495.320 €).

La fundación adjudicataria reconoce en el trámite de audiencia la imposibilidad de dar cumplimiento al contrato como consecuencia de la calificación de la parcela de equipamiento básico como de uso dotacional público de equipamiento social. Por ello, considera que el incumplimiento no le es imputable a ella, sino que tiene su origen en *“la contumaz actuación de distintos órganos del Ayuntamiento ha impedido el desenvolvimiento del contrato en la forma incluso reconocida por ellos mismos, de lo que se deduce que, de existir incumplimiento, este es solo atribuible y residenciable, con las consecuencias que en derecho corresponden, al Ayuntamiento de Madrid”*. En este sentido, manifiesta que –ya en abril de 2010– se puso de manifiesto la imposibilidad de la ejecución del contrato:

“(…) en tanto en cuanto, de ser correcta la afirmación de la consulta antedicha, los únicos usos posibles serían de equipamiento público lo que impide la obtención de resultas económicas que permitan afrontar la eventual inversión, su explotación y el pago del canon establecido, al tiempo que, dado el carácter unitario exigido, impide el inicio del proyecto para el área de uso deportivo con respecto al que, en desarrollo de su contrato, se hallan comprometidos varios operadores”.

Además, alega que, ante la imposibilidad de la ejecución del contrato, ha solicitado en dos ocasiones la modificación del mismo, proponiendo la segregación de la parcela dotacional y su reversión al Ayuntamiento para destinarla a los usos o fines que tenga por conveniente y *“ajustando todos los extremos necesarios del contrato (valor, canon, fianza, fechas de ejecución, etc...) correspondientes a la parcela de uso deportivo”*, sin que el Ayuntamiento – a pesar de las distintas reuniones celebradas *“ante las más altas instancias..., de las que se han obtenido compromisos verbales inequívocos tendentes a la resolución del problema y dirigidos a que se siguiera estrictamente las indicaciones procedimentales que nos fueran indicadas por los órganos instructores y técnicos, que han dado lugar a la obtención de informes unánimemente favorables en todos los sentidos a las propuestas de solución planteadas”*, haya resuelto el problema. En relación con el impago de los cánones, el adjudicatario alega que resulta improcedente su devengo y cobro porque *“el canon del derecho de superficie se devenga en tanto en cuanto el suelo objeto del contrato se entregue en condiciones de cumplir su finalidad dentro de los fines previstos en los elementos que constituyen los fundamentos del contrato”*, por lo que –concluye– que *“no nacido el presupuesto del derecho de superficie, no nacida la obligación derivada del mismo”*.

Resulta acreditado en el expediente, y así lo reconoce en su escrito de alegaciones, que la fundación adjudicataria no ha iniciado la construcción del proyecto deportivo ni de las instalaciones olímpicas.

Argumenta la fundación adjudicataria que este incumplimiento no le es imputable, y que responde a una conducta fraudulenta del Ayuntamiento, que junto con la parcela de uso deportivo, adjudicó una parcela de equipamiento básico de uso dotacional público de equipamiento social y, por ende, que *“solo puede ser destinada a colegio público, residencia pública, centro sanitario público, iglesia, etc. Fines y usos todos ellos tan encomiables como impeditivos de obtener renta alguna”*. Según expone la

entidad interesada, la división de la primitiva parcela destinada a uso deportivo en dos, respondía a la finalidad de que la fundación adjudicataria, entidad sin ánimo de lucro y con recursos limitados, pudiera “*obtener los recursos necesarios para hacer frente a la realización de las inversiones en el área deportiva, que en definitiva era el objeto previo de la parcela inicialmente única, y primordial en su cesión a la Fundación*”. Por ello, ha solicitado, hasta en dos ocasiones, la modificación del contrato para proceder a la segregación de la parcela de equipamiento básico y su reversión al Ayuntamiento y ajustar “*todos los extremos necesarios del contrato (valor, canon y fianza, fechas, etc.) correspondientes a la parcela de uso deportivo*”. Según resulta del escrito de alegaciones, la actuación del Ayuntamiento no aprobando la modificación del contrato tal como se solicita, es la determinante del incumplimiento del mismo.

La argumentación de la fundación adjudicataria no parece admisible, pues olvida el principio de riesgo y ventura, fundamental en la contratación administrativa y consagrado en el artículo 215 TRLCSP (artículo 98 TRLCAP), que supone que la ejecución del contrato se realiza a riesgo y ventura del contratista. En virtud de este principio, el contratista y la Administración están ligados válidamente a lo establecido en el contrato y deben cumplirlo a tenor de los pactos y condiciones acordados, con independencia de las consecuencias que ello tenga en el orden económico para el contratista o para la Administración. En los contratos privados de la Administración, no es de aplicación el principio de riesgo y ventura, pero resulta de aplicación el artículo 1091 del Código Civil, según el cual, las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de los mismos.

Como señala el Consejo de Estado (dictámenes 444/2004, de 11 de marzo, 619/2004 y 620/2004, de 25 de marzo), el fundamento de este

principio es triple (dictamen del Consejo de Estado número 6/2003, de 13 de marzo): en primer lugar, el principio de seguridad jurídica (dictamen del Consejo de Estado número 50.293, de 5 de noviembre de 1987); en segundo lugar, el principio de concurrencia y la necesidad de no desvirtuar las garantías presentes en la adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas (pues una erosión del principio de riesgo y ventura podría hacer ilusorias las garantías que en la licitación se ofrecieron a aquellos licitadores que no resultaron adjudicatarios), y en tercer lugar la protección de los intereses de la Hacienda pública.

En el presente caso del contenido de los pliegos se desprende que el objeto del contrato era la constitución de un derecho de superficie sobre dos parcelas de titularidad pública, una destinada a uso deportivo y otra a equipamiento básico, a cambio del pago de un canon anual. Las parcelas debían construirse (en dos fases) en un plazo máximo de siete años. Nada se recogía en ellos de que, para la construcción de la parcela de uso deportivo, fuese necesario la construcción previa y explotación de la parcela dotacional de equipamiento básico. La fundación adjudicataria del derecho de superficie, en virtud del contrato, se comprometía a la construcción de unas instalaciones deportivas, instalaciones cuya titularidad ostentaría durante 75 años, a cambio del pago del canon anual, y que redundarían en su propio beneficio, sin perjuicio del derecho del Ayuntamiento a utilizar las instalaciones olímpicas o la posibilidad, como forma de pago del canon anual, de compensar parcialmente éste con la prestación de servicios deportivos previa formalización del oportuno acuerdo con el Instituto Municipal de Deportes. La construcción de las instalaciones deportivas, lógicamente, debía ser financiada por el adjudicatario del derecho de superficie que –además- no tenía obligación de pagar el canon anual durante los tres primeros años a contar desde la inscripción del derecho de superficie en el Registro de la Propiedad. La fundación adjudicataria, al tiempo de formular su oferta, conocía la

calificación urbanística de las parcelas sobre las que se constituía el derecho de superficie, deportivo básico y equipamiento básico, y sobre la misma formuló su oferta y firmó el contrato con el Ayuntamiento de Madrid, asumiendo el riesgo y ventura de la operación.

Como es sabido, las normas urbanísticas del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid (PGOU) de 1997, en concreto el artículo 7.10.1 distingue, según la prestación social que se realice, las categorías de uso de equipamiento educativo, cultural, salud, bienestar social y religioso. Ahora bien, hay que tener en cuenta que el uso equipamiento, es uno de los usos dotacionales de servicios colectivos, artículo 7.7.1.d) *“cuando las dotaciones están destinadas a proveer a los ciudadanos servicios educativos, culturales, religiosos y socio-sanitarios”* y que estos usos dotacionales de servicios colectivos se clasifican, según su implantación territorial, en básico, singular y privado.

Por lo que se refiere al uso dotacional de servicios colectivos básico incluye las dotaciones de titularidad pública, gestión en cualquiera de las formas admitidas por la legislación reguladora de la Administración titular, ámbito funcional inferior al distrital y utilización cotidiana por la población residente. En los planeamientos de desarrollo se priorizará su localización central respecto a la trama residencial circundante así como una adecuada posición en relación a la red viaria local y distrital que garantice su accesibilidad a través de recorridos peatonales y transporte público. En cambio, el uso dotacional de servicios colectivos privado integra elementos de titularidad y gestión privada que, tanto por su contenido funcional como por sus características socio-urbanísticas, complementan la red pública de prestación de servicios configurada por las dotaciones básicas y singulares.

En los pliegos del contrato, como no podía ser otra manera, la parcela de uso dotacional equipamiento se califica como básica, en cuanto que es

de titularidad pública, por lo que no puede utilizarse para otros usos que los previstos en el artículo 7.10.3.a).

No se trata, por tanto, como alega la fundación adjudicataria, de una limitación de los usos inicialmente previstos para la parcela dotacional, pues tanto en los pliegos como, posteriormente en el contrato, se hace constar que se trata de una parcela de equipamiento básico.

En consecuencia, la fundación adjudicataria, cuando hizo su oferta, debió haber tenido en cuenta esta circunstancia que, en ningún momento, se ocultó por la Administración municipal.

Como señala el Dictamen del Consejo de Estado 399/2002, de 21 de marzo, en virtud del principio de riesgo y ventura, el contratista se obliga a ejecutar lo convenido y asume el riesgo de poder obtener una ganancia mayor o menor a la prevista, o incluso, de perder si sus cálculos están mal hechos. En el presente caso, si por error consideró que podría obtener mayores ingresos en el uso de la parcela de equipamiento básico, ha de soportar las consecuencias del mismo porque el Ayuntamiento no ocultó, en ningún momento, la calificación de esta parcela. La fundación adjudicataria debería haberse informado sobre los posibles usos de la parcela antes de formular su oferta y no cinco años después de la adjudicación de la concesión del derecho de superficie.

Además, debe tenerse en cuenta que el PPT, que preveía la ejecución del proyecto en dos fases, con una primera fase donde debían abordarse, al menos, el 50% del Proyecto Deportivo y la totalidad de la instalaciones olímpicas y una segunda para el resto del proyecto, fijaba un plazo de ejecución, para la primera fase, de tres años desde la adjudicación del derecho de superficie y su inscripción en el Registro de la Propiedad, y siete años para la ejecución de la segunda fase, a contar desde la inscripción del derecho de superficie en el Registro de la Propiedad.

Durante la primera fase de ejecución, y atendiendo a las inversiones que debían realizarse, se estipulaba un periodo de carencia, en cuanto a la obligación de pago del canon, *“de tres años, desde la adjudicación del presente concurso e inscripción del derecho de superficie en el Registro de la Propiedad”* y, transcurrido este plazo – y presuponiendo que estaría finalizado el 50% de las instalaciones deportivas, la posibilidad de solicitar la compensación parcial del pago del canon con la prestación de servicios deportivos previa la formalización del oportuno acuerdo con el Instituto Municipal de Deportes, compensación que –según el proyecto de convenio urbanístico de colaboración que aporta en su escrito de alegaciones como origen del contrato- se materializaba en usos deportivos de la piscina, pistas polideportivas cubiertas y exteriores y utilización exclusiva del polideportivo cubierto.

Del estudio del expediente resulta que, de acuerdo con lo estipulado en el contrato, la primera fase de ejecución del proyecto debería haber finalizado el 18 de junio de 2007. Sin embargo, en esa fecha, no solo no constan iniciadas las obras sino que, ni siquiera, se había solicitado la licencia. En este sentido, según resulta de la resolución de la directora general de Gestión Pública del Departamento de Gestión del Patrimonio de 10 de octubre de 2007, la fundación adjudicataria por escrito de 27 de abril de 2007 reconocía que,

“los cambios producidos en el Patronato de la Fundación y diversas consultas jurídicas y técnicas realizadas con otros organismos oficiales, entre ellos el Registro de la Propiedad de Madrid, han impedido que se haya podido desarrollar el Proyecto previsto en los plazos señalados en el Pliego de Prescripciones y que dadas dichas circunstancias a la fecha resulta imposible el cumplimiento del plazo, pues sólo la obtención de las autorizaciones municipales, la elaboración del proyecto y el otorgamiento de las licencias oportunas requiere un plazo mayor. Solicitan por ello una prórroga del plazo,

unificándolo con el plazo final de todo el proceso constructivo de 7 años previsto en el Pliego que se extiende hasta el 18 de junio de 2011”.

Debe tenerse en cuenta que, de acuerdo con el PPT y la estipulación primera del contrato firmado el día 3 de febrero de 2004,

“una vez acordada la adjudicación y formalizado a favor del adjudicatario el derecho de superficie mediante escritura pública e inscripción registral del mismo, la elaboración definitiva del Proyecto y la solicitud de la correspondiente licencia, deberá efectuarse en el plazo máximo de seis meses desde dicha formalización de la concesión.

(...)

Si transcurrido el plazo de seis meses, el adjudicatario no hubiere solicitado la correspondiente licencia, se entenderá resuelto el derecho de superficie”.

Por tanto, a la fecha en que se formuló la solicitud de prórroga, la fundación adjudicataria estaba incursa en causa de resolución del contrato. A pesar de ello, la Administración concedió nueva prórroga para la ejecución del proyecto hasta el día 18 de junio de 2011. Prórroga sujeta a la condición resolutoria de que *“antes del 31 de diciembre de 2007 se proceda por la Fundación B bien al pago del canon económico previsto para el presente año o bien, en su defecto, a la formalización del oportuno acuerdo con el órgano competente en materia deportiva de conformidad con lo previsto en la Cláusula 4 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares regulador de la adjudicación del derecho de superficie”*.

Consta en el expediente remitido, Decreto de la delegada del Área de Gobierno, de Urbanismo y Vivienda, de 27 de diciembre de 2007 por el

que se autoriza la compensación parcial del canon a satisfacer por la Fundación B al Ayuntamiento de Madrid en la anualidad 2007, por importe de 343.939,72 € correspondiente al derecho de superficie que aquella ostenta sobre las parcelas bbb y ccc Plan Parcial II.4 de Sanchinarro, por la prestación de servicios deportivos, que se valoran en 492.750 € (folios 154 a 162), debiendo ingresar en la Tesorería Municipal, antes del 15 de enero de 2008 el IVA correspondiente al importe del canon compensado, 55.030,35 €.

En el folio 242 del expediente administrativo figura providencia de apremio acumulada en la que, entre otros importes, se reclama el pago del IVA correspondiente al año 2007 por importe de 55.030,35 €.

Por tanto, no habiéndose dado cumplimiento a la condición resolutoria a la que estaba sometida la prórroga del contrato, toda vez que el acuerdo de compensación exigía el pago de 55.030,35 € en concepto de IVA, antes del día 15 de enero de 2008, desde dicha fecha la entidad adjudicataria estaba incursa en causa de resolución del contrato, por causa imputable a la misma.

Además del impago de esta cantidad, consta en el expediente que la fundación adjudicataria no ha efectuado ingreso alguno del canon correspondiente a los ejercicios 2008 a 2013, adeudando al Ayuntamiento de Madrid 4.242.659,11 €, de los cuales 3.614.528,57 € corresponden al concepto de principal (canon) y 628.130,54 € corresponden al concepto de IVA.

Acreditada la realidad de los incumplimientos alegados por la Administración, que resultan imputables a la fundación adjudicataria, debe concluirse que procede la resolución del contrato.

En este sentido, el punto 9 del Pliego de Prescripciones Técnicas (estipulación primera de la escritura pública) dispone que “el

incumplimiento de los plazos establecidos daría lugar a la extinción del derecho de superficie en las condiciones establecidas en el Pliego de Cláusulas Administrativas, así como a la incautación de las garantías, sin perjuicio de las responsabilidades que de ello se derivasen”.

Por tanto, debe concluirse que procede la resolución del contrato con incautación de la garantía constituida.

En mérito a lo expuesto el Consejo Consultivo formula la siguiente,

CONCLUSIÓN

Procede la resolución del contrato de cesión del derecho de superficie sobre las parcelas municipales sitas en la calle A nº aaa, para la construcción de instalaciones deportivas y de equipamiento, celebrado con Fundación B, con 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, 30 de abril de 2014