

Dictamen n<sup>o</sup>:           **282/11**  
Consulta:               **Alcalde de Villalbilla**  
Asunto:                 **Contratación Administrativa**  
Aprobación:           **01.06.11**

**DICTAMEN** de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por ocho votos a favor y un voto en contra, en su sesión de 1 de junio de 2011, sobre consulta formulada por el Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Villalbilla, cursada a través del Consejero de Presidencia, Justicia e Interior, en relación con expediente sobre resolución parcial del contrato del derecho de superficie constituido sobre la parcela SR-8 (finca registral 11.635) del contrato denominado *“Constitución de un derecho de superficie sobre dos terrenos municipales, sitios, uno en el sector residencial de suelo urbanizable SR-5 y otro en el sector residencial de suelo urbanizable SR-8, para la construcción de sendos colegios concertados”*, en el término municipal de Villalbilla, suscrito con la empresa A (en adelante el contratista), al amparo del artículo 13.1.f).4<sup>o</sup> de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, de creación del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El día 25 de abril de 2011 tuvo entrada en el registro del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen preceptivo formulada por el Consejero de Presidencia, Justicia e Interior el 24 de enero, acerca de la petición procedente del Ayuntamiento de Villalbilla, firmada por su Alcalde Presidente, sobre expediente de resolución parcial del contrato de constitución de un derecho de superficie sobre dos terrenos municipales, sitios, uno en el sector residencial de suelo

urbanizable SR-5 y otro en el sector residencial de suelo urbanizable SR-8, para la construcción de sendos colegios concertados, en el término municipal de Villalbilla, suscrito con el contratista referenciado. El Ayuntamiento pretende la resolución del contrato respecto del derecho de superficie construido sobre el sector residencial de suelo urbanizable SR-8.

Ha correspondido su ponencia a la Sección IV, presidida por la Excm. Sra. Dña. Cristina Alberdi Alonso, quien firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 1 de junio de 2011, por ocho votos a favor y el voto en contra de la Consejera, Sra. Laina, que hace expresa reserva de formular voto particular en el plazo reglamentariamente establecido.

El escrito solicitando el dictamen fue acompañado de la documentación que, sin numerar y foliar, se consideró suficiente.

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

Por Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Villalbilla de 15 de diciembre de 2005 se adjudicó a la mercantil A el derecho de superficie sobre dos terrenos municipales, sitios, uno en el sector residencial de suelo urbanizable SR-5 y otro en el sector residencial de suelo urbanizable SR-8, para la construcción de sendos colegios concertados y para gestionarlos durante el plazo de concesión del derecho de superficie de 75 años (Documento 1).

El 8 de febrero de 2006 se formalizó en escritura pública otorgada ante Notario de Alcalá de Henares, J.M.M.G., la constitución del derecho de superficie, en virtud de la cual el contratista adjudicatario se comprometía, a cambio del derecho de superficie sobre cada una de las dos fincas (finca registral 10.286, perteneciente al SR-5, y finca registral 11.635,

perteneciente al SR-8), a ejecutar las obras de construcción de sendos centros docentes concertados, con las características, instalaciones y en los plazos que constan en la escritura mencionada, con estricta sujeción a los precios, Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y demás documentos contractuales (Documento 2). Quedaban unidos a la matriz de la escritura de Constitución del Derecho de Superficie los siguientes documentos: Certificación del Acuerdo de Adjudicación de 12 de diciembre de 2005, Convenio Urbanístico entre el Ayuntamiento de Villalbilla y la Junta de Compensación del Sector Residencial de Suelo Urbanizable, SR-8 de las normas subsidiarias de planeamiento de Villalbilla para la cesión libre y gratuita de los terrenos destinados a sistema dotacional local escolar, pertenecientes al sector mencionado, Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato, copia de la publicación en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid del acuerdo de adjudicación de 12 de diciembre de 2005, copia de la proposición económica presentada por la mercantil contratista y Comunicación a efectos de presentación en el Registro de la Propiedad.

Los pactos y cláusulas del contrato son, en síntesis, las siguientes:

- Objeto del contrato: Constitución de un derecho de superficie sobre dos fincas, finca registral 10.286, perteneciente al SR-5 de 12.000 m<sup>2</sup>, y finca registral 11.635, perteneciente al SR-8 de 30.000 m<sup>2</sup>.

- El canon anual se fijó en 63.798 euros, de los cuales 18.228 se pagarían por la parcela del SR-5 y 47.500 por la parcela del SR-8.

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

- El plazo de construcción de los centros docentes y el canon concertados son los que figuran en la oferta para el concurso y que se concretan en los siguientes:

\* FASE 1, SECTOR SR-5:

Presentación de Proyecto: Febrero 2006. Las obras se ejecutarían en dos actuaciones: a) Funcionamiento en septiembre de 2007: Educación Infantil Ciclo 1 y 2. El comienzo de las obras se preveía para principios de verano de 2006 y b) Funcionamiento en septiembre de 2008: Educación Primaria Obligatoria completa. El comienzo de las obras sería en el invierno de 2007. Se consideraría concluido el proyecto inicial (colegio terminado en línea 2) en septiembre de 2008 y, por tanto, era esta la fecha de inicio de pago del canon correspondiente al sector SR-5.

\* FASE 2, SECTOR SR-8:

Presentación del proyecto: Finales de 2007. Las obras se ejecutarían en dos actuaciones: a) Funcionamiento en septiembre de 2009: Educación Secundaria Obligatoria completa y b) Funcionamiento en septiembre de 2010: Educación Infantil Ciclo 1 y 2 y Educación Primaria Obligatoria. Se consideraría concluido el proyecto inicial (colegio terminado línea 2), en septiembre de 2009 o 2010 y, por tanto, era esta la fecha de inicio del pago del canon correspondiente a la parte utilizada del sector SR-8.

Tanto para el Sector SR-5 como para el SR-8 se hizo constar en la propuesta: *“Se considerará concluido el proyecto inicial (colegio terminado línea 2), en Septiembre (...) y por tanto será esta la fecha de inicio del pago del canon correspondiente al sector (...). Salvedad hecha en el caso de que el desarrollo urbanístico de la zona no alcance al menos el 50% de viviendas entregadas en la fechas comprometidas, y hasta que se consolide dicho porcentaje”*.

Para responder del cumplimiento del contrato se constituyó a favor del órgano de contratación una fianza por importe de 100.000 euros.

Con fecha 1 de diciembre de 2010, la Concejala de Educación y Urbanismo emite informe técnico en el que declara lo siguiente: *“TERCERO. Se constata que el plazo de construcción del Centro*

*Docente del SR-5 y el pago del canon concertado por el derecho de superficie de dicha parcela, se cumplieron. Constatándose, igualmente, que el desarrollo urbanístico de la zona no alcanzaba, al menos, el 50% de viviendas entregadas en la fecha comprometida, pese a lo cual no se presentó solicitud de prórroga, en los términos de lo establecido en el punto 3, letra b) de la Cláusula Decimonovena del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares. CUARTO. Por otra parte, y en lo que respecta al plazo de construcción del Centro Docente del SR-8 y al pago del canon concertado por el derecho de superficie de dicha parcela, al no haberse presentado Proyecto de obras del Centro Docente en el Ayuntamiento y, consecuentemente, al no haberse iniciado las obras y puesto en funcionamiento el Centro en la fecha comprometida, constato que se entiende por esta parte que se está procediendo a un incumplimiento del contratista consistente en el incumplimiento de los plazos para solicitar las licencias y para finalizar la construcción, salvo acuerdo previo y expreso de prórroga de los mismos, acuerdo previo y expreso de prórroga que no se ha producido, y que se considera suficiente causa de resolución, según prevé el punto 3, letra b) de la Cláusula Decimonovena del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares. QUINTO. Que pudiendo constituir dichos hechos una infracción por parte de A a lo dispuesto en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y al contrato de constitución de derecho de superficie, aceptado previamente por el citado contratista, en consecuencia, podría suponer un incumplimiento contractual. SEXTO. Que el hecho referenciado supondría, de acuerdo con lo establecido en las cláusulas duodécima y decimonovena del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, y a elección del órgano de contratación, bien la imposición de una pena diaria de 100 €, por cada día de retraso sobre el plazo fijado para el inicio del curso escolar, (septiembre de 2009), bien la resolución del contrato, dando lugar a la extinción del derecho de superficie, con reversión de la parcela y de todo lo*

*edificado hasta el momento, incautándose la garantía definitiva en concepto de daños y perjuicios”* (Documento 3).

Con fecha 1 de diciembre de 2010 se emite informe por el Secretario del Ayuntamiento sobre la causa de resolución y el procedimiento que debe seguirse (Documento 4).

Por Resolución de 2 de diciembre de 2010, el Alcalde Presidente de Villalbilla acuerda el inicio del procedimiento para la resolución parcial del contrato que afectaría, únicamente, a la finca registral 11.635, perteneciente al SR-8, de 30.000 m<sup>2</sup> (Documento 5). Dicha Resolución se notifica a la contratista el 3 de diciembre de 2010.

El 13 de diciembre de 2010, la empresa contratista formula alegaciones en las que se opone a la resolución del contrato y, en síntesis manifiesta: 1. No hay incumplimiento contractual porque el cumplimiento de la obligación está sometido en virtud del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que constan en el título de adjudicación a un término que todavía no ha llegado. Así, las cláusulas administrativas del pliego no especificaban plazo de ejecución para la realización del segundo de los Centros previstos y fue la propia empresa licitadora en su proposición la que incluyó unos plazos de presentación de proyecto y ejecución siempre sujetos al desarrollo urbanístico del SR-8. En concreto, se alega que la propuesta contenía unos plazos estimativos como se hacía constar, *“teniendo en cuenta los pocos datos de los que disponemos en cuanto al desarrollo del sector SR8”*, y en los que se fijaba una excepción que era: *“Salvedad hecha en el caso de que el desarrollo urbanístico de la zona no alcance al menos el 50% de viviendas entregadas en esa fecha y por tanto se retrase la construcción hasta que se consolide dicho porcentaje”*. Alega la empresa contratista que en el SR-8 estaban proyectadas 3.879 viviendas y que el número de viviendas entregadas a la fecha de presentación de su escrito, 13 de diciembre de 2010, es de 800. En consecuencia, argumenta,

no ha habido incumplimiento porque no ha nacido todavía la obligación de construir como se desprende de los términos del contrato que dicen “*se retrasará la construcción hasta que se consolide dicho porcentaje*” y no “*se propone retrasar la construcción de los centros docentes (...) y hasta que se consolide dicho porcentaje*”. Finalmente alega que en el momento actual hay un exceso de plazas educativas en Villalbilla, habiendo el otro de los centros docentes construido ampliado la oferta educativa del municipio con unas dotaciones muy superiores a las exigidas en el contrato y que no puede calificarse como medida de impulso la intención del Ayuntamiento de sacar, nuevamente a concurso, la adjudicación del derecho de superficie que se pretende resolver (Documento 6).

Con fecha 13 de enero de 2011 se emite un informe técnico de la Concejalía de Educación y Urbanismo sobre las alegaciones formuladas por la empresa contratista (Documento 7). Con igual fecha se emite informe por el Secretario del Ayuntamiento en el que, a la vista del informe técnico y formulada oposición por el contratista a la resolución parcial del contrato, considera que es necesario solicitar dictamen a este Consejo Consultivo (Documento 8).

El 14 de enero de 2011, el Alcalde Presidente de Villalbilla firma la solicitud de informe al Consejo Consultivo. Esta solicitud de dictamen no fue notificada a la empresa contratista ni se acordó suspender el plazo del procedimiento para la resolución del contrato (Documento 9).

Con fecha 2 de marzo de 2011, la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid emite el Dictamen 62/11 en el que se advertía que la competencia para el inicio del expediente correspondía al Pleno del Ayuntamiento y que debía incorporarse al expediente el informe de la Intervención Municipal (Documento 10).

Toda vez que el Ayuntamiento consultante al tiempo de la solicitud de Dictamen al Consejo Consultivo no había acordado la suspensión del plazo

del procedimiento de resolución del contrato, el día 3 de marzo de 2011 se produjo la caducidad del expediente.

A la vista del informe del Consejo Consultivo, el 9 de marzo de 2011, la Concejala de Educación, Cultura, Mujer propone declarar la caducidad del anterior procedimiento de resolución del contrato e iniciar un nuevo expediente resolución del contrato (Documento 11).

Con fecha 17 de marzo de 2011, el Pleno del Ayuntamiento de Villalbilla acuerda declarar la caducidad del expediente abierto con fecha 1 de diciembre de 2010 para la resolución parcial del contrato del derecho de superficie constituido sobre terreno municipal (finca registral 11.635, perteneciente al SR-8) e iniciar un nuevo expediente de resolución parcial del contrato de constitución de un derecho de superficie constituido sobre terreno municipal (finca registral 11.635, perteneciente al SR-8) (Documento 12).

El 18 de marzo de 2011, el Secretario del Ayuntamiento emite informe sobre la resolución parcial del contrato tantas veces citado (Documento 13).

Consta igualmente en el expediente remitido informe de la Intervención Municipal, emitido el 18 de marzo de 2011 (Documento 14).

El día 23 de marzo de 2011 se notificó a la empresa contratista el nuevo acuerdo de inicio del expediente de resolución del contrato en el que se le concede un plazo de diez días para formular alegaciones (Documento 15).

Asimismo, el día 23 de marzo se acuerda por la Junta de Gobierno Local suspender la tramitación del expediente de solicitud de licencia de obras nº aaa, para la construcción de un centro educativo concertado, solicitada por la empresa contratista el 16 de marzo de 2011 (Documento 16).

El 6 de abril de 2011, se recibe en el Ayuntamiento escrito de la Dirección General de Becas y Ayudas a la Educación de la Consejería de Educación de 31 de marzo de 2011 en el que comunica que advirtió a la empresa contratista que la concertación del centro no estaba prevista para el curso 2011/2012 y que *“se mantiene el compromiso de tramitar el concierto del centro E.E.V., previa petición de la titularidad, si bien en cursos posteriores, cuando así lo permita el Presupuesto de gastos de la Consejería de Educación y lo justifiquen las necesidades de escolarización”* (Documento 17).

El 4 de abril de 2011, la empresa contratista formula alegaciones al nuevo expediente de resolución parcial del contrato de constitución de derecho de superficie y manifiesta, en síntesis, la nulidad de pleno derecho del primer expediente de resolución parcial del contrato tramitado por el Ayuntamiento que vicia el actual procedimiento. En cuanto al fondo, se alega por la contratista que el plazo exigible para el cumplimiento era el contenido en la oferta realizada, es decir, septiembre de 2009 o 2010 y que no se había cumplido la condición formulada en su oferta en la que el inicio del plazo para la construcción se produciría cuando el desarrollo urbanístico de la zona alcanzara al menos el 50% de las viviendas entregadas en esa fecha y por tanto, se podía retrasar la construcción hasta que se consolidara dicho porcentaje, condición que considera que todavía no se ha cumplido. Además, la empresa cuando efectuó su oferta carecía de información sobre el futuro desarrollo de la urbanización y, finalmente, que la Dirección General de Becas y Ayudas a la Educación de la Comunidad de Madrid, en informe remitido el 31 de marzo de 2011, advertía de la inexistencia de demanda suficiente de plazas escolares y la innecesariedad de concertación de este nuevo centro (Documento 18).

El 11 de abril de 2011 se emite informe técnico de la Concejalía de Educación que concluye con la conveniencia de la construcción del segundo centro concertado para poder ofrecer la posibilidad de elegir entre

centro público y concertado a todos los vecinos en igualdad de condiciones (Documento 19).

Con fecha 12 de abril de 2011, el Alcalde Presidente de Villalbilla firma la solicitud de informe al Consejo Consultivo y se acuerda la suspensión del plazo del procedimiento de resolución del contrato. Esta solicitud de dictamen ha sido notificada a la empresa contratista, a la que se le comunicó la suspensión del procedimiento por el tiempo que medie entre la solicitud de informe al Consejo Consultivo y la recepción del mismo.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

## CONSIDERACIONES EN DERECHO

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

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

*Autónoma respectiva en los casos de: a) Interpretación, nulidad y resolución [de los contratos], cuando se formule oposición por parte del contratista”.*

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

**SEGUNDA.-** Adjudicado el contrato cuya resolución se pretende el 15 de diciembre de 2005, resulta de aplicación el TRLCAP, de conformidad con lo previsto en la Disposición Transitoria Primera. 2 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en lo sucesivo, LCSP) -que entró en vigor el 30 de abril de 2008-, al establecer: *“Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se registrarán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”.*

En materia de procedimiento, la resolución del contrato exige atenerse a lo previsto en los artículos 59 y 112 TRLCAP, el artículo 109 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGCAP) y, tratándose de entidades locales, el artículo 114 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril (TRRL).

De la meritada normativa resulta, aparte de la necesidad de emisión de dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, la ineludible necesidad de dar audiencia al contratista (cfr. artículos 59.1 de la TRLCAP y 114.2 del TRRL) y al avalista si la resolución llevara aparejada la incautación de la garantía (artículo 109.1.b) del RGCAP). En nuestro caso, se ha observado dicho trámite, al haberse concedido trámite de audiencia al contratista. En cuanto la audiencia al avalista, aunque se prevé la incautación de la garantía, no resulta necesaria porque la garantía constituida no era un aval, sino un depósito en la Tesorería Municipal del Ayuntamiento de Villalbilla durante los setenta y cinco años del contrato.

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 la Secretaría y la Intervención municipal, han emitido sendos informes, fechados el 18 de marzo de 2011.

El procedimiento de resolución del contrato no adolece de ningún defecto que determine la nulidad del mismo como alega la empresa contratista, toda vez que los documentos incorporados al presente expediente del anterior expediente declarado caducado consistente en los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares que regían el contrato y la escritura pública de 8 de febrero de 2006 de constitución del derecho de superficie. Además, de acuerdo con el artículo 66 LRJ-PAC, *“el órgano que declare la nulidad o anule las actuaciones dispondrá siempre la conservación de aquellos actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción”*.

**TERCERA.-** Entrando ya en el fondo del asunto corresponde pronunciarnos sobre la procedencia o no de resolver el contrato. Pretende el Ayuntamiento la resolución parcial del contrato al amparo de la Cláusula Decimonovena 3.b) del PCAP que prevé: *“Causas de resolución del*

*contrato: 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, salvo acuerdo previo y expreso de prórroga de los mismos”.*

Alega el contratista que no ha habido tal incumplimiento porque el cumplimiento de la obligación de construir del centro docente en el SR-8 estaba sujeto a un término o plazo que todavía no ha llegado. Así, señala que los pliegos no especificaban ningún plazo para la realización del segundo de los centros previstos y que fue la propia empresa licitadora quien, en su proposición incluyó unos plazos previstos de presentación de proyecto y ejecución siempre sujetos al desarrollo urbanístico del SR-8.

Como ya se indicó en nuestro Dictamen 36/11, resulta necesario examinar todas las cláusulas del contrato y pliegos contenidos en la escritura pública, relativas al plazo de construcción del centro docente del citado sector, y cuya resolución parcial pretende el Ayuntamiento.

La cláusula primera de la escritura pública establece que el Ayuntamiento de Villalbilla concede a la mercantil contratista un derecho de superficie sobre cada una de las fincas *“con las cláusulas y condiciones establecidas en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares unido a esta matriz. Este derecho supone la construcción de lo siguiente:*

*- En la parcela situada en el Sector SR-5: (...) La ejecución de las obras de construcción de un Centro Docente Concertado, con las siguientes características e instalaciones: Escuela Infantil ciclo 1 (...); Escuela Infantil ciclo 2 (...); Escuela Primaria obligatoria (...); Dotaciones comunes (...). Todo ello según proyecto, memoria de calidades y planos elaborados por el Arquitecto (...), documentos que obran en poder de ambas partes.*

- *Y en la parcela situada en el Sector SR-8: La ejecución de las obras de construcción de un Centro Docente Concertado, con las siguientes características e instalaciones: Escuela Infantil ciclo 1 (...); Escuela Infantil ciclo 2 (...); Escuela Primaria obligatoria (...); Educación Secundaria Obligatoria (...); Bachillerato (...); Dotaciones comunes (...). El desarrollo descrito para el sector SR-8 se llevará a cabo en su totalidad siempre que se den las circunstancias descritas en la Proposición Económica presentada en la licitación pública; en caso contrario se desarrollará hasta línea 2”.*

Por tanto, era obligación del contratista, con independencia del desarrollo urbanístico del sector, la construcción del colegio del SR-8 hasta la línea 2.

La estipulación Segunda, relativa al plazo, dispone: *“El plazo de construcción de los centros docentes y el canon concertados son los que figuran en la oferta para el concurso que consta de tres folios de papel común escritos por una sola cara, que me entregan y queda unida a esta matriz.*

*Por el incumplimiento de los anteriores plazos, responderá la garantía definitiva, estableciéndose una pena diaria de cien euros (100 €) por cada día de retraso sobre el fijado para el inicio del curso escolar 2007-2008, salvo que sea el Ayuntamiento de Villalbilla directamente responsable del incumplimiento o salvo que éste conceda una prórroga para la entrada en funcionamiento de las edificaciones objeto del concierto, por las excepciones establecidas en el Pliego de Cláusulas indicado.*

*El derecho de superficie tendrá una duración de setenta y cinco años, transcurrido el plazo, las edificaciones pasarán a ser propiedad del Ayuntamiento de Villalbilla sin indemnización”.*

La cláusula Tercera de la escritura regula la resolución del contrato y establece lo siguiente: *“Las causas de resolución del contrato son las establecidas en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares unido a esta matriz, en su cláusula decimonovena y, en especial, la de no entrar en funcionamiento las instalaciones educativas objeto del concierto en un plazo superior a seis meses contados a partir del siguiente día al señalado como inicio del curso escolar 2007-2008, o del fijado por el Ayuntamiento al conceder prórroga para el inicio de las actividades”*.

La oferta realizada por el contratista fechada el 5 de diciembre de 2005, contenía un proyecto completo con la siguiente oferta educativa (punto 4.2):

*«SR-5: Educación Infantil de 0 a 3 años, Educación Infantil de 3 a 6 años y Educación Primaria Obligatoria de 6 a 12 años.*

*SR-8: Educación Infantil de 0 a 3 años, Educación Infantil de 3 a 6 años y Educación Primaria Obligatoria de 6 a 12 años, Educación Secundaria Obligatoria de 12 a 16 años, Bachillerato de Artes de 16 a 18 años y Bachillerato de Ciencias y Tecnología de 16 a 18 años.*

*Otras ofertas: En el caso de que las circunstancias sean las señaladas en el apartado “Oferta Educativa”, se ampliará a: Sector SR-5: Educación Secundaria Obligatoria de 12 a 16 años y Sector SR-8: Formación Profesional y Educación para adultos.*

*El desarrollo completo del proyecto se estructura en tres grandes fases, cada una de ellas dividida en distintas actuaciones.*

#### *4.2.1. FASE 1, SECTOR SR-5 (proyecto completo línea 2).*

*1. Presentación de Proyecto: Febrero 2006. 2. Las obras se ejecutarán en dos actuaciones: a) Funcionamiento en septiembre de 2007: Educación Infantil Ciclo 1 y 2. El comienzo de las obras está previsto para*

*principios del verano de 2006, y b) Funcionamiento en septiembre de 2008: Educación Primaria Obligatoria completa. El comienzo de las obras será en el invierno de 2007. Se considerará concluido el proyecto inicial (colegio terminado en línea 2) en septiembre de 2008 y, por tanto, será esta la fecha de inicio de pago del canon correspondiente al sector SR-5. Salvedad hecha en el caso de que el desarrollo urbanístico de la zona no alcance al menos el 50% de viviendas entregadas en esa fecha, y por tanto se retrase la construcción hasta que se consolide dicho porcentaje.*

#### *4.2.2. FASE 2, SECTOR SR-8 (proyecto parcial línea 2 de 4).*

*Teniendo en cuenta los pocos datos de los que disponemos en cuanto al desarrollo del SR-8 y considerando unas previsiones estimativas, hemos realizado el siguiente planteamiento:*

*1. Presentación del proyecto: Finales de 2007. 2. Las obras se ejecutarán en dos actuaciones: a) ESO completa (8 unidades + todos los elementos comunes). Funcionamiento en septiembre de 2009 (dará continuidad a los alumnos de 6º de E.P. del colegio ya en funcionamiento del sector SR-5). b) E.I. (1 y 2) + E.P.O. con todos los elementos comunes. Con esta actuación se completa el proyecto mínimo. Funcionamiento en septiembre de 2010. Nota: en el caso de que el desarrollo urbanístico del Sector SR-8 sea muy rápido se podrá construir el centro un año antes, en cuyo caso podrá estar operativo parcialmente en 2008 y concluido (línea 2) en 2009. Se considerará concluido el proyecto inicial (colegio terminado línea 2), en septiembre de 2009 o 2010 y, por tanto, será ésta la fecha de inicio del pago del canon correspondiente a la parte utilizada del sector SR-8. Salvedad hecha en el caso de que el desarrollo urbanístico de la zona no alcance al menos el 50% de viviendas entregadas en la fechas comprometidas, y hasta que se consolide dicho porcentaje”.*

(...)

#### 4.2.3. FASE 3.

*Desdobles en ambos sectores y ampliaciones a Bachillerato y/o Formación Profesional en el sector SR-8 (siempre en función de la demanda de plazas escolares). Se contempla igualmente la ampliación del sector SR-5 a ESO, siempre que contemos con los metros de terreno necesarios (los 12.000 actuales sería insuficientes), y las necesidades de plazas escolares se hagan manifiestas. Se ejecutarán las obras de ampliación que sean necesarias en los plazos que nos marquen dichas necesidades».*

Sin embargo, del texto del P.C.A.P. parece deducirse que la construcción de los colegios debía ser simultánea. Así, *“el adjudicatario asumirá la obligación de construir un colegio por parcela en los plazos previstos en el pliego”*, estableciendo un plazo para la solicitud de licencia anterior al 28 de febrero de 2006 y *“terminación de las obras de construcción de las edificaciones en el plazo máximo de dieciocho meses... Los dos últimos plazos mencionados (28 de febrero de 2006 e inicio del curso escolar 2007-2008), podrán revisarse, por común acuerdo de ambas partes, en función del grado de desarrollo de los Sectores, pudiendo ampliarse en el plazo establecido en los informes técnicos municipales”*.

Del contenido de los pliegos resulta clara la voluntad de la Administración municipal: la construcción de dos centros docentes en dos sectores distintos del municipio, para el desarrollo económico y social de los dos sectores y no de uno solo de ellos y que se plasmaba en los P.C.A.P. en la obligación del contratista de construcción simultánea de dos colegios en dos sectores distintos del municipio y con ciclos de educación distintos. Uno, el del SR-5, que incluiría hasta Educación Primaria y el segundo, en el SR-8, donde se continuaría la Educación Secundaria de los alumnos del colegio del SR-5. No se configuraba como una obligación alternativa o

facultativa, sino conjuntiva. No queda liberado el contratista por haber ampliado la oferta educativa del SR-5, porque en la voluntad de la Administración contratante estaba que la oferta educativa más completa se desarrollara en el SR-8.

Además, el apartado 3.g) de la cláusula Decimonovena prevé también como causa de resolución *“No entrar en funcionamiento las instalaciones educativas objeto del concierto en un plazo superior a seis meses contados a partir del siguiente día al señalado como inicial del curso escolar 2007-2008, o del fijado por el Ayuntamiento al conceder prórroga para inicio de las actividades”*.

Por tanto, el contratista formulaba su oferta distinguiendo dos plazos distintos para la construcción de los dos colegios y la admisión por la Administración de este segundo plazo podría interpretarse como una prórroga a la iniciación del proyecto del SR-8, de manera que -en vez de presentar el proyecto en febrero de 2006 -como se señalaba en los pliegos- se le admitía la fecha de finales de 2007.

Sin embargo, no resulta admisible la argumentación del contratista sobre la excepción formulada en su oferta sobre el desarrollo urbanístico del Sector, porque en la cláusula primera de la escritura pública se hace constar que *“el desarrollo descrito para el sector SR-8 se llevará a cabo en su totalidad siempre que se den las circunstancias descritas en la proposición económica presentada en la licitación pública; en caso contrario se desarrollará hasta la línea 2”* (Educación infantil ciclos 1 y 2, Educación Primaria y Educación Secundaria Obligatoria).

Además, el contratista ha incumplido su propia oferta porque no ha presentado, siquiera, el proyecto de construcción cuyo plazo de presentación ante el Ayuntamiento, fijado por el propio contratista, finalizaba el 31 de diciembre de 2007. Igualmente, la excepción contenida en la oferta relativa al desarrollo urbanístico del sector, hacía referencia al

retraso en la construcción, pero no a la presentación del proyecto, que se tenía que haber presentado a finales de 2007.

Prueba del evidente incumplimiento es que la empresa contratista, una vez tenido conocimiento del primer expediente de resolución del contrato y de la caducidad del mismo (el representante del contratista compareció ante el Ayuntamiento y obtuvo copia del expediente “*que se lleva a Pleno Municipal del próximo jueves día 17 de marzo de 2011*”) procedió a presentar la solicitud de licencia de obras para la ejecución del proyecto de construcción del centro escolar E.E.V., así como solicitud de licencia para realizar movimiento de tierras, un día antes de que se adoptara por el Pleno del Ayuntamiento el acuerdo de inicio del nuevo expediente de resolución parcial del contrato: el 16 de marzo de 2011.

Finalmente, y respecto de la decisión del Ayuntamiento de resolver parcialmente el contrato para que, una vez extinguido el derecho de superficie concedido sobre la parcela SR-8 y producida la reversión de la misma pueda el Ayuntamiento efectuar nueva licitación, garantizando la cobertura de las necesidades dotacionales escolares en el municipio y, concretamente en el SR-8, ésta resulta correcta pues no puede olvidarse que el Ayuntamiento tiene la obligación de construir un centro docente, para cumplir así lo estipulado en el Convenio de Colaboración en materia de construcción y gestión de dos centros concertados entre la Comunidad de Madrid (Consejería de Educación) y el Ayuntamiento de Villalbilla, así como lo estipulado en el Convenio Urbanístico entre el citado Ayuntamiento y la Junta de Compensación del SR-8, en cuya virtud, los terrenos destinados a sistema dotacional local escolar fueron cedidos libre y gratuitamente al Ayuntamiento.

En consecuencia, habiéndose producido un incumplimiento parcial del contrato, al no haberse presentado, siquiera, el proyecto de obras al Ayuntamiento de Villalbilla en el plazo estipulado al efecto ni haber

solicitado una prórroga, procede la resolución parcial del contrato, con los efectos previstos en la cláusula decimonovena apartado 3 del PCAP, extinción del derecho de superficie con reversión de la parcela 11.635 del SR-8 al Ayuntamiento.

En cuanto a los efectos de la resolución, de acuerdo con el artículo 113.4 de la 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 excedan del importe de la garantía incautada”*, añadiendo el apartado 5 que *“en todo caso, el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía constituida”*. En el presente caso, dado que se propone la resolución parcial del contrato, la incautación de la garantía deberá ser proporcional. En cuanto a la indemnización de daños y perjuicios, de existir, deberán quedar determinados y valorados en expediente contradictorio.

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

## CONCLUSIÓN

Concurre causa, imputable al contratista, para la resolución parcial del contrato de derecho de superficie constituido sobre terreno municipal (finca registral 11.635, perteneciente al Sector R-8).

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.

**VOTO PARTICULAR QUE FORMULA AL PRESENTE  
DICTAMEN LA CONSEJERA PRESIDENTA DE LA SECCIÓN  
II, DÑA. ROSARIO LAINA VALENCIANO.**

«Discrepando cordial y respetuosamente del parecer de la mayoría en el dictamen 282/11 que emite este Consejo con fecha 1 de junio de 2011, formulo, al amparo del artículo 15. 3 de la Ley 6/2007 de 21 de diciembre reguladora del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, el presente **Voto Particular**.

El señalado dictamen concluye que concurre causa para la resolución parcial del contrato de derecho de superficie constituido sobre terreno municipal (finca registral 11.635, perteneciente al Sector R-8) por incumplimiento culpable del contratista, a la que se le anuda en cuanto efecto, la incautación proporcional de la garantía en aplicación de las previsiones recogidas en el artículo 113.4 del TRLCAP, que rige el contrato por razones temporales. Comparto con la mayoría la procedencia de la resolución instada por la Administración contratante por coincidir en la apreciación de la concurrencia de las causas de resolución previstas en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, pero discrepo en cuanto a los efectos derivados de dicha resolución, en concreto en cuanto a la incautación proporcional de la garantía que, en contra de lo establecido en el dictamen al que me opongo, entiendo que no procede sobre las base de las siguientes consideraciones:

**1º.- Concurrencia de acontecimientos extraordinarios que fundamentan el incumplimiento del contratista.**

Por Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Villalbilla de 15 de diciembre de 2005, se adjudicó a la mercantil A el derecho de superficie sobre dos terrenos municipales, sitios, uno en el sector residencial de suelo urbanizable SR-5 y otro en el sector residencial de suelo urbanizable SR-8, para la construcción de sendos colegios **concertados** y para gestionarlos durante el plazo de concesión del derecho de superficie de 75 años. En dicha fecha, en base a la situación económica general, existían unas previsiones de crecimiento urbanístico y demográfico en el municipio que constituyen el fundamento de la citada iniciativa contractual, anticipándose el ente público, de forma encomiable, a instaurar los medios que hicieran posible una adecuada prestación educativa ajustada a la futura demanda.

Resulta con claridad del expediente administrativo que con dicha concertación se trataban de abordar demandas futuras de plazas educativas dado que, según se deriva de los mismos Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares, en el sector R8, donde se planea la construcción de un centro escolar de mayores dimensiones objeto de la controversia suscitada, el 25 de octubre de 2005, fecha de la firma de los mencionados Pliegos, y dos meses antes de la adjudicación, las obras de urbanización no se habían iniciado: *“A la fecha de la redacción del presente pliego, si bien aún no se han iniciado las obras de urbanización, su inicio parece inminente.....”*. La urbanización de la zona tenía un peso fundamental en el planteamiento del contrato para la constitución del derecho de superficie en orden a dar satisfacción a las necesidades educativas de los nuevos vecinos que se instalasen en la misma, una vez finalizado el desarrollo urbanístico.

El contratista adjudicatario, según manifiesta la Concejal de Educación y Urbanismo en informe de 1 de diciembre de 2010, cumple las obligaciones

contractuales asumidas con respecto a la construcción del centro docente del sector R5, infringiendo las impuestas en el sector R8 en tanto en el mismo se constata, no ya que no se hayan iniciado las obras para la construcción del centro, sino que ni siquiera consta la presentación del proyecto correspondiente. Acreditado de esta forma el incumplimiento contractual, coincido, por las razones contenidas en el dictamen al que me opongo, en rechazar las alegaciones exculpatorias esgrimidas por el contratista. No obstante ello, creo que resulta necesario analizar si el origen del citado incumplimiento se halla en causas ajenas a la voluntad del obligado en orden a moderar los efectos desfavorables de la resolución que ponga fin a la relación contractual.

Tal y como mantenía con anterioridad, la Administración celebra adecuadamente el contrato objeto de análisis, anticipándose a unas previsiones de demanda educativa con base en la situación de bonanza económica y crecimiento urbanístico y demográfico en el municipio, que el advenimiento de la crisis económica truncó, frustrándose las expectativas económicas de los contratistas y la propia finalidad contractual. La falta de desarrollo urbanístico queda acreditada con las propias manifestaciones de la Concejala de Educación y Urbanismo de 1 de diciembre de 2010: *“TERCERO. Se constata que el plazo de construcción del Centro Docente del SR-5 y el pago del canon concertado por el derecho de superficie de dicha parcela, se cumplieron. Constatándose, igualmente, que el desarrollo urbanístico de la zona no alcanzaba, al menos, el 50% de viviendas entregadas en la fecha comprometida.....”*. Asimismo, queda acreditada la ausencia de demanda de plazas escolares mediante la resolución del Director General de Becas y Ayudas a la Educación de 31 de marzo de 2011. *“:En consecuencia, la inexistencia de demanda suficiente de plazas escolares -circunstancia confirmada por esta Dirección General- ha justificado en todo caso que no se haya considerado necesaria la concertación de este nuevo centro”*.

En la legislación reguladora de la contratación administrativa rige el principio de riesgo y ventura del contratista en la ejecución del contrato (Art 98 del TRLCAP y 199 de la actual Ley 30/2007 de contratos del sector público LCSP), pero al mismo tiempo se contemplan mecanismos tendentes a mitigar efectos adversos provocados por circunstancias sobrevenidas que hagan desaparecer la base del negocio. Manifestación de ello son los procedimientos de revisión de precios (arts. 103 de TRLCAP y 77 de LCSP), indemnización en caso de ejercicio de *ius variandi*, supuestos de fuerza mayor o por *factum principis* (arts. 248 y 163 de TRLCAP y 241 y 258 de LCSP). En la misma línea, la jurisprudencia y el Consejo de Estado han interpretado la normativa sobre la incautación automática de la garantía en caso de resolución por incumplimiento del contratista, estimando que en tanto dicha incautación automática podría dar lugar a consecuencias materialmente injustas, razones de equidad aconsejaban que la pérdida o incautación de la fianza podía verse mitigada o incluso excluida cuando concurriesen circunstancias especiales. Esta corriente ha sido recogida en la nueva ley 30/2007 LCSP, de tal forma que a partir de su entrada en vigor y por así disponerlo su art. 208.4, la incautación de la garantía ya no se prevé como efecto automático o inherente a la resolución por incumplimiento culpable del contratista. Se ha de señalar en este sentido el pronunciamiento del Consejo de Estado en Dictamen 55.186 de 22 de noviembre de 1990 en interpretación de la normativa anterior sobre el efecto automático de la incautación de la garantía en casos de resolución por incumplimiento del contratista: *“Sin embargo, como ha señalado este Consejo en numerosas ocasiones, la aplicación rígida y formalista de la legislación contractual puede dar lugar en ocasiones a soluciones sensiblemente injustas, que pugnen con las particularidades del supuesto. De ahí que el Alto Órgano Consultivo - incluso el propio Tribunal Supremo- haya llegado a veces a moderar los efectos propios anejos a la resolución contractual misma, mediante, verbi gratia, la reducción de la incautación de la fianza a un porcentaje de ésta*

*o incluso, en casos extremos, excluyendo la incautación o rechazando la imputación misma de la resolución contractual a la empresa contratista”.*

Sentado que resulta jurídicamente viable la resolución sin incautación de la garantía, la cuestión estriba en determinar si la falta de urbanización y ausencia de demanda de plazas escolares en la zona constituye un hecho extraordinario que ha obligado a incumplir al contratista y por tanto fundamentaría la resolución encaminada únicamente a la eficacia liberatoria del vínculo contractual o por el contrario al tratarse de un acontecimiento incluido en el riesgo y ventura asumido por el contratista, ha de llevar anudada la incautación de la garantía y en su caso indemnización de daños y perjuicios.

A mi juicio, el desarrollo urbanístico de la zona donde se había de construir el colegio, tenía un peso fundamental en la constitución del derecho de superficie y según se deduce de los pliegos, se había configurado como un evento cierto y no hipotético, en el que el contratista había confiado a la hora de realizar su oferta. Por ello, la falta de tal desarrollo urbanístico provocado por la crisis económica y por tanto, ajeno a la voluntad del contratista, que lleva implícita la inexistencia de demanda de plazas escolares, y la negativa de la Administración competente a otorgar el concierto, me llevan a concluir que ha de afectar decisivamente a los efectos de la resolución contractual, debiendo efectivamente limitarse esta a la liberación del vínculo contractual sin incautación de la garantía en su día constituida.

## **2º.- Ausencia de causa indemnizatoria.**

La segunda razón que fundamenta el rechazo a la incautación de la garantía pretendida por la Administración consultante y apoyada por el dictamen al que me opongo, se basa en la ausencia de causa indemnizatoria. La garantía se establece con la finalidad de afianzar el resarcimiento de dos tipos de daños de difícil cuantificación en caso de incumplimiento, los

daños o perjuicios en el interés público derivados del retraso en la puesta en marcha del servicio público objeto del contrato, y los provocados por el nuevo procedimiento contractual que la Administración se ve obligada a iniciar ante el incumplimiento. En este sentido se pronunció de forma clara el Consejo Consultivo Andaluz en su Dictamen nº 698/2008: *“la fianza está llamada a compensar el retraso en la ejecución de la obra o la prestación del servicio, que ha de implicar además la puesta en marcha de un nuevo procedimiento de contratación (...); son perjuicios de difícil evaluación, y precisamente por ello son evaluados a priori con la fianza definitiva. (...) La fianza no es una pena convencional por el incumplimiento, que se agota en sí misma, esto es, cláusula penal en el sentido del artículo 1152, párrafo primero, del Código Civil, sino que responde a cubrir sólo los daños del retraso de la obra o la prestación del servicio; ésta es la solución adoptada por el artículo 113.4 de la LCAP; y éste es el sentido en el que ha de interpretarse la frase de éste “en lo que excedan del importe de la garantía incautada”*. El carácter inespecífico de esos daños que, con carácter general, concurre en casos de resolución por incumplimiento, motiva pues que la incautación de la garantía se produzca de forma automática y que sea necesario acreditar daños más concretos para exigir al contratista incumplidor una indemnización más allá de la garantía incautada. De este modo, la garantía constituida en su día, no podrá ser exigible de forma automática, por carecer de razón, si se demuestra que no hay lesión al interés público y que tampoco existen posibilidades de nueva convocatoria contractual.

Creo que hay suficientes datos en el presente expediente de resolución contractual para concluir la falta de concurrencia de dichos requisitos.

El contrato para la constitución de un derecho de superficie, de cuya resolución se trata, como toda actuación de carácter público, se halla encaminado a dar satisfacción al interés público, concretado en este caso en la puesta a disposición de los vecinos del municipio de Villalbilla de dos

colegios concertados en los dos sectores en los que se constituyeron los derechos de superficie. Hay que notar que, del pliego de cláusulas administrativas se deriva que el carácter concertado del centro escolar era consustancial a dicho interés público y razón de ser del contrato. Así:

1º.- La propia denominación del contrato: *“Constitución de un derecho de superficie sobre dos terrenos municipales, sitios, uno en el sector residencial de suelo urbanizable SR-5 y otro en el sector residencial de suelo urbanizable SR-8, para la construcción de sendos colegios concertados”*.

2º.- Cláusula PRIMERA: *“El adjudicatario asumirá la obligación reconstruir un colegio por parcela en los plazos previstos en el pliego, solicitar el régimen de concierto, cumpliendo todos los requisitos y condicionantes impuestos por la autoridad educativa, equiparlos y gestionarlos durante el plazo de concesión del derecho que es de 75 años”*.

3º.- Cláusula SÉPTIMA: *“...La finalidad del contrato es eminentemente pública, pues se trata de unos equipamientos educativos que serán muy necesitados, y sostenidos, además con fondos públicos. Por tanto no puede sustraerse al interés público la constatación, una vez finalizado el contrato, de que se cumplen debidamente los fines para los que se constituye el derecho”*.

4º.- Cláusula decimonovena: ..... *“Causas de de resolución del contrato.- ... f) La no obtención del régimen del concierto o, su pérdida sobrevenida, por causas imputables al contratista.*

*En el supuesto de resolución del contrato por la no obtención del régimen de concierto o su pérdida sobrevenida, por causas imputables al contratista, se incautará la garantía definitiva en concepto de daños y perjuicios si se ha debido a causa imputable al superficiario, con reversión de la parcela y de todo lo edificado hasta el momento”*.

Queda claro que el interés público perseguido en el momento en el que se convino la relación contractual era la puesta en funcionamiento en el municipio de Villalbilla de dos centros escolares de naturaleza **concertada**. Los cambios en la situación económica, inmobiliaria y demográfica hacen variar ese previsible interés general, quedando patente que la falta de demanda de plazas escolares fuerza a la Dirección General de Becas y Ayudas a la Educación mediante resolución de 31 de marzo de 2011, a denegar el concierto solicitado para el curso 2011/12, condicionándose a la situación de las finanzas públicas y a las necesidades de escolarización, de cara al futuro.

No hay lesión al interés general por dejar de construir el centro escolar concertado en el sector R-8, pues no hay daño en la falta o retraso en el funcionamiento del servicio público educativo que no ha demandado el vecindario. La demanda de plazas escolares en base a las circunstancias sobrevenidas, quedó satisfecha con la construcción, por parte del mismo contratista, del centro escolar en el sector R-5, que abarca toda la enseñanza obligatoria en tanto se amplió la oferta educativa que en un primer momento estaba restringida a segundo ciclo de educación infantil y educación primaria, a educación secundaria obligatoria (E.S.O.). Tampoco sufre daños inespecíficos la Administración derivados del nuevo proceso contractual que se ve obligada a iniciar tras la resolución, pues la negativa de la autoridad educativa a otorgar el concierto para el curso 2011/12, con escasas posibilidades de cara al futuro dadas las difíciles posibilidades de mejoría de las condiciones impuestas (finanzas públicas y demanda de plazas escolares), deja sin motivo la constitución de un nuevo derecho de superficie para la construcción de un centro escolar abocado a no obtener el concierto, elemento este, que como se ha argumentado, constituye un elemento esencial del contrato, hasta el punto de que la falta del mismo constituye causa de resolución contractual prevista en los pliegos.

La exigencia de la garantía constituida, en estas circunstancias de ausencia de lesión al interés general, supondría un enriquecimiento injusto jurídicamente inaceptable.

Por todo lo aquí razonado, estimo que el dictamen debiera haber respaldado la propuesta resolutoria presentada por la Administración con el único efecto de liberación del vínculo contractual sin las consecuencias indemnizatorias derivadas de la incautación de la garantía, que como he tratado de argumentar, a mi juicio, no se hallan justificadas.

Este es el voto particular que emito en Madrid, a 7 de junio de 2011.

La Consejera Presidenta de la Sección II».

Madrid, 7 de junio de 2011

