

Dictamen n.º: **62/11**
Consulta: **Alcalde de Villalbilla**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **02.03.11**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 2 de marzo 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 *“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).4º 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 26 de enero 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.

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, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 2 de marzo de 2011.

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 m², y finca registral 11.635, perteneciente al SR-8 de 30.000 m².

- 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 m² (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 ha sido notificada a la empresa contratista ni se ha acordado suspender el plazo del procedimiento para la resolución del contrato (Documento 9).

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES EN DERECHO

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo, al amparo del artículo 13.1.f).4º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, de la Comunidad de Madrid, conforme al cual: *“1. El Consejo Consultivo deberá ser consultado por la Comunidad de Madrid en los siguientes*

asuntos: (...) f) Expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid, las entidades locales y las universidades públicas sobre: (...) 4.º Aprobación de pliegos de cláusulas administrativas generales, interpretación, nulidad y resolución de los contratos administrativos y modificaciones de los mismos en los supuestos establecidos por la legislación de Contratos de las Administraciones públicas”.

Por remisión, la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante LCAP) –aplicable a este contrato– dispone en su artículo 60.3 que “(...) *será preceptivo el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de: a) Interpretación, nulidad y resolución [de los contratos], cuando se formule oposición por parte del contratista”.*

La solicitud de dictamen por el Ayuntamiento de 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.- En materia de procedimiento, la resolución del contrato exige atenerse a lo previsto en los artículos 60 y 113 de la LCAP, el artículo 109 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGCAP) y, tratándose de entidades locales, el artículo 114 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril (TRRL).

En relación con el órgano competente para acordar la resolución, el artículo 112 del TRLCAP establece que la resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, en su caso.

Por su parte, el artículo 114 del Real Decreto Legislativo 781/1986, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local, dispone que la resolución del contrato podrá ser acordada por el órgano de la Entidad Local competente para la contratación. En el presente caso, fue el Pleno del Ayuntamiento de Villalbilla quien adjudicó el contrato en sesión celebrada el 15 de diciembre de 2005. En consecuencia, el órgano competente para acordar la resolución del contrato será el Pleno y no el Alcalde.

Así lo ha resuelto el Tribunal Supremo en Sentencia de 16 de diciembre de 2004 (recurso de casación nº 2595/2001) que declara: *«Partiendo del dato indiscutido por ambas partes que el contrato de concesión del servicio público de aparcamiento para residentes en el Parque de Santurtzi fue adjudicado por el Ayuntamiento en Pleno el 26 Jul. 1990 y presentando el mismo un plazo de duración de 50 años, resulta de meridiana claridad la competencia exclusiva del Pleno del Ayuntamiento para acordar la declaración de caducidad del contrato adjudicado... Determinada la competencia del Pleno municipal para adjudicar la concesión que nos ocupa, es muy clara la previsión del artículo 114 del Real Decreto Legislativo 781/86, de 18 abr. en virtud de la cual “el órgano de la entidad local competente para contratar... podrá acordar su resolución...”»*. Con argumentación similar, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en Sentencia de 8 de febrero de 2008 (RJCA 2008\177) considera que *“la resolución del contrato es una atribución exclusiva del órgano de contratación, es decir, del Pleno, ni puede tampoco ordenar la subsanación de deficiencias que es una facultad también exclusiva de la Administración contratante, que no es otra que el Pleno de*

la Corporación Local, de forma pues que al dictar el Decreto impugnado, la Alcaldía se irrogó unas facultades de las que carecía manifiestamente, privando de su ejercicio al único órgano competente para su ejercicio, el Pleno municipal, y ello tanto si aplicamos los artículos 21 y 22 de la LBRL en su versión al tiempo de la adjudicación del contrato, como si tenemos en cuenta su redacción al tiempo de dictarse el Decreto impugnado, la que proviene de la modificación de la LBRL por la Ley 11/1999 (RCL 1999, 1011, 2046), que solo permite la contratación al Alcalde cuando el importe del contrato no supere el 10 por ciento de los recursos ordinarios del presupuesto, y si excede de este límite, lo atribuye expresamente al Pleno en la letra n) del artículo 22.2”.

Por tanto, si el órgano competente para resolver el procedimiento es el Pleno del Ayuntamiento, el órgano competente para acordar el inicio del procedimiento de oficio, de acuerdo con el artículo 69 LRJPAC, habrá de ser también el Pleno y no el Alcalde.

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 exigencia de dar audiencia al contratista (cfr. artículos 60.1 de la LCAP y 114.2 del TRRL) y al avalista si la resolución llevara aparejada la incautación de la garantía (artículo 109.1.b) del RGCAP). En nuestro caso, se ha observado dicho trámite, al haberse concedido trámite de audiencia al contratista. En cuanto la audiencia al avalista, aunque se prevé la incautación de la garantía, no es necesario dar audiencia al avalista al hacerse constar en la escritura pública de Constitución del Derecho de Superficie la constitución de una garantía definitiva de cien mil euros (100.000 €) depositada 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 se ha emitido informe por la Secretaria, pero no por la Intervención Municipal.

Sobre la necesidad y el momento en que ha de ser emitido el informe de la Intervención, el Consejo de Estado en su Dictamen 880/1995 mantiene lo siguiente:

«La función interventora se erige en una modalidad esencial de control interno de la actuación administrativa ceñida fundamentalmente a la fiscalización de la actividad económico-financiera y a la ejecución del gasto público. La razón de ser del acto de fiscalización radica en la comprobación de la legalidad del acto que se dicte, eventualmente generador de obligaciones económicas para la Administración Pública en cuestión, lo que adquiere un especial cariz en los expedientes de contratación como el presente.

Como ha quedado expuesto, el Reglamento General de Contratación, en su artículo 17, asigna a la Intervención la función de fiscalizar el gasto público originado por la contratación en aquellos supuestos “en los que se proponga el reconocimiento de derechos u obligaciones de contenido económico o la adopción de acuerdos de los cuales se deriven aquéllos”. En concreto, dicho precepto enumera de forma explícita los supuestos en los que el informe del Interventor resulta preceptivo, incluyéndose entre ellos los casos de resolución de contratos, por remisión al artículo 157.

Además del reconocimiento de la preceptividad del antedicho informe de la Intervención en el seno del procedimiento, resulta igualmente importante su posición temporal en el mismo.

Tal cuestión, que en modo alguno resulta baladí, ya ha sido abordada por este Consejo de Estado en varias ocasiones. A partir de la doctrina sentada en aquellos precedentes se ha venido manteniendo la necesidad de que el informe de la Intervención deba figurar -cuando tenga que ser evacuado de modo preceptivo- en los expedientes que las Autoridades consultantes sometan a consideración de este Alto Cuerpo Consultivo. Resulta muy significativo el dictamen nº 45.193, de 26 de mayo de 1983, que ya advirtió de la exigencia del informe de la Intervención cuando una resolución administrativa sea capaz de generar derechos y obligaciones de carácter económico para la Hacienda Pública.

En ese mismo sentido se ha continuado manifestando este Consejo de Estado en los dictámenes de 17 de junio de 1987 y de 29 de junio de 1989. En el primero, se configuró como necesario en el expediente el informe de la Intervención, el cual debía recabarse en el seno del procedimiento administrativo, con carácter “previo” al dictamen de este Alto Cuerpo Consultivo, siempre que del expediente pudiera derivarse gasto público; por su parte, el dictamen de 29 de junio de 1989, a mayor abundamiento, reitera la exigencia del citado informe, incluso en aquellos casos en que la propuesta de resolución, en principio, sea desestimatoria, “pues ello no exime ni mucho menos la posibilidad de que tras la emisión del dictamen preceptivo del Consejo de Estado, la propuesta se convierta en estimatoria”, por lo que el correspondiente informe acerca de la legitimidad del gasto debe estar evacuado en los términos previstos en la Ley».

TERCERA.- Antes de examinar las concretas causas de resolución que invoca el Ayuntamiento, es preciso tratar del plazo para la resolución del procedimiento. Así, sobre el plazo para resolver el expediente, el Consejo viene observando, con reiterada frecuencia, que en determinados asuntos de resolución contractual que son sometidos a su dictamen, cuando hay

oposición del contratista, se produce la caducidad del expediente por el transcurso del plazo de tres meses en su tramitación.

Sobre esta cuestión, la Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, aprobó por unanimidad, el 6 de octubre de 2010, una Circular sobre la aplicación del instituto de la caducidad en los procedimientos de resolución contractual con oposición del contratista en la que se declaraba lo siguiente:

«El juego del instituto de la caducidad, en el plazo de tres meses, en estos asuntos es especialmente delicado porque, si bien su aplicación en otros supuestos, tales como las revisiones de oficio, es expresa, no sucede lo mismo en los procedimientos de resolución de contratos, en que se ha impuesto como consecuencia de una interpretación jurisprudencial.

Esta circunstancia obliga, en el caso de que el órgano consultante opte por seguir el sentido del dictamen, a reiniciar la tramitación del procedimiento, con los consiguientes costes y demoras o, en caso de ignorarlo, a asumir el riesgo próximo de una impugnación basada en aspectos procedimentales de más que probable éxito.

El juego del instituto de la caducidad, en el plazo de tres meses, en estos asuntos es especialmente delicado porque, si bien su aplicación en otros supuestos, tales como las revisiones de oficio, es expresa, no sucede lo mismo en los procedimientos de resolución de contratos, en que se ha impuesto como consecuencia de una interpretación jurisprudencial.

Ni la Ley 30/2007, de 30 de octubre, ni su predecesora, ni el RGCAP establecen nada sobre la duración de estos procedimientos, por lo que se ha venido discutiendo por amplios sectores doctrinales, incluido dictámenes del Consejo de Estado, si en estos casos eran de aplicación las reglas de la caducidad de la LRJ-PAC o, por el contrario, por ser la materia de contratación legislación especial, no debían aplicarse, por ser

un procedimiento especial en materia de contratación en donde no se ejercitan potestades administrativas, ni de intervención, como de forma expresa se recoge en el artículo 44.2 de la LRJ-PAC.

En este sentido, las Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 2007 (RJ 2007/7035) y de 13 de marzo de 2008 (RJ 2008/1379), Sala 3^a, Sección 4^a, se inclinaron por la aplicación supletoria de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre y aplicaban la caducidad (nótese que en la actualidad la Disposición final octava de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, establece en su apartado primero que “los procedimientos regulados en esta Ley se registrarán, en primer término, por los preceptos contenidos en ella y en sus normas de desarrollo y, subsidiariamente, por los de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y normas complementarias”). Por el contrario, el Consejo de Estado, en sus Dictámenes 68/2008, 23/2009, 38/2009, así como en su Memoria del año 2008, consideraba el procedimiento de resolución contractual como autónomo, no diferente de la ejecución del contrato, pero de carácter específico, lo que le llevaba a concluir que la aplicación de la citada norma sobre la caducidad vulneraba, entre otras cosas, el espíritu de la ley de contratos que impone, en defensa del interés general, el principio de celeridad y, por tanto, no era de aplicación.

Esta discrepancia de criterio, por muy razonable que pueda parecer y no carente de argumentos, debe considerarse definitivamente liquidada al haberse consolidado la doctrina del Supremo en la Sentencia de 9 de septiembre de 2009 (RJ 2009/7196), Sección 6^a, por lo que habría de considerarse, por aplicación del artículo 1.6 del Código Civil, como definitiva, con independencia de cualquier otra opinión. Tampoco puede olvidarse que, por rigurosas que puedan resultar las reglas de la caducidad, se trata, en definitiva, de una institución que pretende garantizar los derechos de los administrados ante una actuación de la

Administración, en este caso contraria a sus intereses, que podría prolongarse en el tiempo más de lo aconsejable o prudente.

Ante este estado de cosas el tratamiento de la LRJ-PAC sobre la caducidad no deja lugar a dudas. El artículo 44.2 de la LRJ-PAC establece la caducidad en los expedientes que, iniciados de oficio, “impongan medidas sancionadoras o, en general de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen”, caducidad que, salvo que se diga otra cosa, será de tres meses (artículo 42.2, letra a). Supuesto que se produce, inexorablemente según la interpretación jurisprudencial que hemos visto, en todos aquellos casos en que la Administración ejerce las prerrogativas, que la ley le reconoce, en materia de contratación administrativa.»

Como ya se ha puesto de manifiesto en la Circular de 7 de octubre de 2010 del presente Consejo, en este breve plazo de tres meses, no se oculta que resulta muy difícil llevar a feliz término una tramitación compleja y complicada, como suelen ser los procedimientos de resolución, máxime cuando el *dies a quo* para el cómputo del plazo en los procedimientos que se inician de oficio es desde la fecha del acuerdo de iniciación, ex artículo 42.3.a) de la LRJ-PAC. En idéntico sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2008, en unificación de doctrina, señala que la fecha de inicio es la fecha del acuerdo de inicio y no de su notificación.

Pero debe recordarse que este rigor temporal, en éste como en otros supuestos, puede verse atemperado y, es preciso y conveniente que se tenga muy presente por los órganos responsables de la tramitación que, con reiterada frecuencia, tienden a desconocer la posibilidad de interrumpir el plazo ante la preceptiva consulta al Consejo Consultivo.

Efectivamente, tanto en el caso que analizamos, como en cualquier otro, el cómputo del plazo puede ser interrumpido ante la solicitud de informe preceptivo al Consejo, tal y como expresamente establece el artículo 42.5.c)

de la LRJ-PAC, pero para que esto suceda resulta imprescindible que se comunique a los interesados la suspensión del procedimiento para la petición de dictamen como la recepción del mismo, lo que no se ha efectuado en el presente caso.

Ello no obstante, producida la caducidad del expediente, nada impide la iniciación de uno nuevo, caso de existir causa legal para ello, debiendo tenerse presente que la suspensión del procedimiento por la emisión de dictámenes preceptivos sólo ha lugar si la solicitud de dichos dictámenes se notifica a los interesados.

CUARTA.- 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.

Es preciso analizar, pues, 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”.

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.

Según resulta del informe técnico elaborado por la Concejalía de Educación y Urbanismo, el 1 de diciembre de 2010 (casi tres años después del plazo inicial señalada por la contratista para la presentación del proyecto de obras del centro docente) no se ha presentado el citado proyecto ni, en consecuencia, se han iniciado las obras, sin que –además– la empresa contratista haya solicitada prórroga del plazo para la presentación del proyecto.

Tampoco resulta admisible la argumentación relativa al exceso de oferta de plazas educativas y que el colegio construido en el SR-5 amplió su oferta educativa del municipio con dotaciones muy superiores a las exigidas en la contratación administrativa, porque la voluntad de la Administración municipal era 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, pues, 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.

Finalmente, y respecto de la decisión del Ayuntamiento de resolver parcialmente el contrato para que, una vez extinguido el derecho de superficie concedido y producida la reversión de la parcela pueda el Ayuntamiento efectuar nueva licitación, garantizando la cobertura de las necesidades rotacionales 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 114.4 de la LCAP *“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 debería 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 las siguientes

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El órgano competente para acordar el inicio del procedimiento de resolución del contrato es el Pleno del Ayuntamiento, de acuerdo con lo expuesto en la Consideración Jurídica Segunda.

SEGUNDA.- Falta en la tramitación del procedimiento el Informe de la Intervención de la Corporación.

TERCERA.- Concurriría causa, imputable al contratista, para la resolución parcial (afectaría solo al sector residencial de suelo urbanizable SR-8) 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”*.

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, 2 de marzo de 2011