

Expediente Núm. 295/2011
Dictamen Núm. 385/2011

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
Del Valle Caldevilla, Luisa Fernanda
Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis
Fernández Noval, Fernando Ramón
Jiménez Blanco, Pilar

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 22 de diciembre de 2011, con asistencia de las señoras y los señores que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de esa Alcaldía de 1 de diciembre de 2011, examina el expediente relativo a la resolución del contrato de constitución y concesión de un derecho de superficie sobre parte de los terrenos de la finca municipal del antiguo polideportivo de Vegadeo, para la construcción y explotación de una residencia para la tercera edad.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Mediante Resolución de la Alcaldía de Vegadeo, de fecha 7 de octubre de 2009, se adjudica definitivamente el contrato arriba citado a dos sociedades que habían concurrido a la licitación con el compromiso de constituirse en unión temporal de empresas, por plazo de 55 años y un canon anual de 15.000 euros.

Consta en el texto de la resolución mencionada que las sociedades adjudicatarias habían otorgado previamente escritura pública de constitución de la unión temporal de empresas (UTE), y constituido garantía definitiva en forma de aval por importe de 18.000 euros.

2. Obran incorporados al expediente diversos documentos relativos al procedimiento seguido en la adjudicación del contrato, entre otros, los siguientes:

a) Pliego de cláusulas económico-administrativas para la constitución y concesión, mediante concurso, de un derecho de superficie sobre parte de los terrenos de la finca municipal del antiguo polideportivo de Vegadeo, para la construcción y explotación de una residencia para la tercera edad.

En la cláusula primera del pliego se señala que “la finalidad de esta convocatoria es la pretensión de este Ayuntamiento de dotar al municipio de un importante equipamiento, cumpliendo así con los usos de interés social que prevé el planeamiento y la normativa urbanística”.

La cláusula segunda establece que “el presente contrato tiene naturaleza de un contrato privado, que debe regirse en cuanto a su preparación y adjudicación por la Ley 30/2007. El objeto del derecho de superficie es la construcción y explotación de una residencia para la tercera edad. Dicha finalidad es conforme tanto con la calificación de equipamiento que le otorga las N.N.S.S. de Vegadeo, así como con el destino que establece el art. 226 del TROTU, que permite la constitución del derecho de superficie sobre terrenos integrantes del Patrimonio Municipal de Suelo para usos de interés social”.

En la cláusula tercera se determina que “la contraprestación a satisfacer por el adjudicatario por la concesión del derecho de superficie y la explotación de la residencia consistirá en el abono del canon anual en dinero o que resulte de la adjudicación del concurso”.

En la cláusula vigésimo primera, se expresa que “el adjudicatario se obliga a la construcción a su costa de una residencia para la tercera edad en los plazos que se indican en el apartado siguiente (...). El adjudicatario queda

obligado a la apertura de una calle entre el centro de salud y la parcela objeto del derecho de superficie. El proyecto de urbanización deberá ser aprobado por el Ayuntamiento y se ajustará a las condiciones urbanísticas y técnicas que se especifican en el anexo IV (...). El adjudicatario quedará obligado a solicitar la licencia de obras y de actividad para la residencia de la tercera edad en el plazo máximo de un año a contar desde la fecha de formalización de la escritura pública de constitución del derecho de superficie, aportando para ello el proyecto técnico correspondiente y la totalidad de la documentación preceptiva en relación con el edificio y la actividad./ Asimismo, el plazo de ejecución de las obras no podrá superar los dos años desde la obtención de la correspondiente licencia de obras y de actividad./ Las obras de urbanización de la calle deberán estar concluidas antes de la puesta en servicio de la residencia./ Cuando el adjudicatario hubiere incurrido en demora en alguno de los plazos parciales indicados respecto a la solicitud de licencias y ejecución de las obras, el Ayuntamiento podrá optar, indistintamente, por la resolución del contrato o por la imposición de las penalidades previstas en el artículo 196 de la Ley 30/2007, entendiéndose en este caso por precio del contrato el importe de la inversión a realizar, según la propuesta del adjudicatario (...). La resolución del contrato por las causas previstas en este apartado 2º (plazos para la edificación), conllevará la pérdida de la fianza definitiva y la devolución de la parcela, así como lo que en ella se haya podido construir, en el estado en que se encuentre, sin derecho a indemnización alguna./ El incumplimiento de los citados plazos (solicitud de las licencias de obras y de actividad y ejecución de las mismas), operará como condición resolutoria expresa que se recogerá en la correspondiente escritura pública de constitución del derecho”.

En la misma cláusula vigésimo primera, se establecen las siguientes obligaciones para el adjudicatario: “poner en servicio la residencia de la tercera edad en el plazo máximo de tres años desde la constitución del derecho de superficie en escritura pública y mantener el mismo destino en funcionamiento durante la totalidad del periodo de concesión del derecho de superficie”, y

“ejercer la actividad en todo momento con observancia estricta de la normativa aplicable a las residencias de la tercera edad”.

La cláusula vigésimo segunda señala que “el contrato se extinguirá por las siguientes causas: (...) b) Resolución por no solicitar las licencias de obras y actividad correspondientes, no ejecutar las obras de construcción en los plazos previstos en este pliego o no iniciar el funcionamiento del servicio (apertura de la residencia de la tercera edad al público) en el plazo previsto (...). La extinción por las causas establecidas en los supuestos b), c), d), e) y f) y aquellas otras que sean por causas imputables al adjudicatario, conllevará la pérdida de la fianza definitiva constituida”.

La cláusula vigésimo séptima establece, respecto a la normativa aplicable, que “para lo no previsto en este pliego, se estará a lo dispuesto en la Ley 7/1985, reguladora de las Bases de Régimen Local, el Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, el R. D. 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Decreto Legislativo 1/2004, por el que se aprueban las disposiciones vigentes en materia de Ordenación del Territorio y Urbanismo en el Principado de Asturias, Decreto 278/2007, por el que se aprueba el Reglamento de las citadas disposiciones y en último extremo, serán aplicables las normas de derecho privado”.

En la misma cláusula se señala que “dentro de los límites y con sujeción a lo dispuesto en la Ley de Contratos del Sector Público, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar el presente contrato, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlo por razones de interés público, acordar su resolución y determinar los efectos de ésta, de conformidad con el artículo 194 y ss de la citada Ley 30/2007”.

Finalmente, en la cláusula vigésimo octava, se expresa que “el orden jurisdiccional contencioso-administrativo será el competente para resolver las controversias que surjan en cuanto a la preparación, adjudicación, efectos y extinción del presente contrato”.

b) Certificación del Acuerdo adoptado por el Pleno del Ayuntamiento de Vegadeo, en sesión celebrada el día 29 de abril de 2009, relativo, entre otros extremos, a la aprobación del pliego de cláusulas económico-administrativas.

c) Certificación del Acuerdo plenario adoptado el día 29 de julio de 2009, relativo a la adjudicación provisional del contrato. En el mismo acto se faculta “al Sr. Alcalde para elevar a definitiva la adjudicación provisional y para la formalización del contrato en escritura pública, facultándole así mismo tan ampliamente como en derecho proceda, para resolver cuantas incidencias plantee la ejecución del presente acuerdo”.

d) Escritura pública de constitución del derecho de superficie, otorgada el día 19 de enero de 2010.

3. Con fecha 3 de febrero de 2011, el Alcalde de Vegadeo remite al representante de la UTE contratista un escrito en el que le advierte que, desde el otorgamiento de la escritura pública de constitución del derecho de superficie, ha transcurrido ya el plazo máximo de un año establecido para solicitar la licencia de obras y de actividad, por lo que le insta a que solicite la concesión de la licencia “aportando la documentación necesaria en el plazo de diez días”, indicándole que si así no lo hiciera “se procederá a incoar un expediente de extinción del derecho, con incautación de fianza”.

4. En fecha que no consta, por resultar ilegible la del sello del registro, se recibe en el Ayuntamiento de Vegadeo un escrito presentado en nombre de la UTE contratista, en el que se solicita la concesión de la “necesaria licencia”, y se manifiesta que es intención de la contratista “ejecutar la obra de construcción de un geriátrico en (...) Vegadeo, con arreglo al proyecto básico adjunto./ Con posterioridad se presentará el correspondiente proyecto visado, actualmente en trámite”.

5. Mediante escrito de fecha 25 de marzo de 2011, el Alcalde comunica al representante de la UTE que, “con el fin de continuar con la tramitación de su

solicitud" de licencia, y "de conformidad con lo establecido en el art. 71 de la Ley de Régimen Jurídico de Procedimiento Administrativo Común, se le concede un plazo de 10 días para que subsane las deficiencias y aporte la documentación que se indica en el informe técnico emitido con fecha 23 de marzo de 2011, cuya copia se adjunta, con la advertencia de que si así no lo hiciera, se le tendrá por desistido de su petición".

En el citado informe técnico adjunto, el Arquitecto Municipal manifiesta que "para continuar con el expediente de licencia de obra (...) se deberá aportar la siguiente documentación:/ En el apartado 4º de la cláusula vigésimo primera del contrato del pliego de cláusulas económico-administrativas que rigen el concurso para la construcción y explotación para la residencia de tercer edad, se establece que el adjudicatario aportará el proyecto técnico correspondiente y la totalidad de la documentación preceptiva en relación con el edificio y la actividad, por lo que resulta imprescindible la presentación del proyecto de urbanización de la calle./ Hoja estadística de edificación y viviendas./ Se deberán presentar tres ejemplares de proyectos para su tramitación ante los distintos organismos". A continuación, se detallan los documentos que faltan en el proyecto básico presentado, y se señalan determinadas deficiencias que, según se expresa, "deberán corregirse".

6. El 12 de septiembre de 2011, la Alcaldesa de Vegadeo dicta providencia en la que pone de manifiesto que ha transcurrido el plazo concedido a la UTE contratista para la subsanación de defectos, "sin que hasta el día de la fecha haya presentado la documentación requerida, ni subsanado las deficiencias observadas en el proyecto presentado", y ordena que se informe por la Secretaría "sobre la legislación aplicable para declarar el desistimiento de la solicitud de licencia de construcción de geriátrico".

7. Con fecha 15 de septiembre de 2011, la Secretaria-Interventora Municipal informa que "antes de declarar el desistimiento de la solicitud de licencia de construcción de geriátrico, en aplicación de lo establecido en el art. 84 de la Ley

30/92 de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo, se pondrá de manifiesto el expediente al interesado a efectos de alegaciones, por plazo no superior a 15 días ni inferior a 10 días”.

8. Siguiendo lo señalado en el informe de Secretaría, con fecha 15 de septiembre de 2011, la Alcaldesa dirige al representante de la UTE interesada una comunicación mediante la que se le concede audiencia por plazo de 15 días “durante los cuales pueden formular las alegaciones o presentar la documentación y alegaciones que estimen pertinentes”. Al escrito se adjunta una relación de los documentos obrantes en el expediente.

9. Con fecha 20 de octubre de 2011, la Alcaldesa resuelve “declarar el desistimiento de la solicitud de licencia de construcción de geriátrico instada el 2 de marzo de 2011”, visto que el representante de la UTE solicitante no ha “subsano las deficiencias observadas en la documentación y proyecto presentado para la concesión de licencia” ni “presentado alegación alguna” durante el trámite de audiencia. Consta la notificación de la resolución citada el día 26 de octubre de 2011.

10. El día 14 de octubre de 2011, la Secretaria-Interventora del Ayuntamiento de Vegadeo informa, a solicitud de la Alcaldía, sobre la resolución del contrato por incumplimiento del contratista. En el informe señala que “la existencia de incumplimiento del contrato, que se concreta en no solicitar la licencia de obra y de actividad correspondiente, en los plazos previstos en el Pliego de Cláusulas Económico Administrativas que rigen la concesión del derecho de superficie, (...), permite al Ayuntamiento ejercitar la resolución (...), por ser la parte a la que no le es imputable el incumplimiento (art. 206 y 207 de la Ley, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público LCSP)”. Seguidamente, expresa que “el Pleno del Ayuntamiento es el órgano de contratación competente por razón de la cuantía de conformidad con el artículo 21.1 n) (*sic*) de la Ley de Bases de Régimen Local, ostentando las prerrogativas de modificar el contrato, acordar la

resolución y determinar los efectos de ésta (art. 194 LCSP)", y señala que "de conformidad con el art. 208 de la LCSP", el contratista, "deberá indemnizar a la Administración de los daños y perjuicios causados" con cargo a la garantía definitiva constituida.

Indica que la tramitación del expediente "debe hacerse con el máximo celo procedimental y con total garantía para el contratista. Debe tenerse en cuenta que estamos antes un procedimiento iniciado de oficio, y a juicio de quien informa, son de aplicación los plazos generales de tramitación, resolución y notificación de tres meses, previstos en la Ley 30/92 redacción dada por Ley 4/99, con los efectos señalados en el art. 44 de la misma Ley, norma con carácter supletorio./ Es conveniente por ello que, en el supuesto de que se eleve propuesta de resolución al Consejo Consultivo del Principado de Asturias, se haga uso de la facultad de suspender el cómputo del plazo previsto en el art. 42.5 c) de la Ley 30/92".

Por último, concluye que "el Ayuntamiento, con fundamento en el art. 206 de la LCSP y cláusula vigésimo segunda del pliego de cláusulas económico-administrativas que rige el contrato, puede iniciar el expediente de resolución del contrato, siguiendo los trámites referidos. Una vez resuelto el contrato, se procederá a incautar la garantía al contratista".

11. El Pleno del Ayuntamiento de Vegadeo, en sesión celebrada el día 26 de octubre de 2011, acuerda "incoar el expediente de resolución de contrato de constitución y concesión del derecho de superficie, por incumplimiento de las obligaciones contractuales, con pérdida de la fianza por incumplimiento imputable al contratista, de conformidad con lo previsto en el art. 206 de la LCSP y cláusula vigésimo segunda del pliego de cláusulas económico-administrativas que rigen el contrato", así como "otorgar al contratista y a (la entidad financiera avalista), trámite de audiencia por plazo de diez días naturales".

12. Con fecha 27 de octubre de 2011 la Secretaria-Interventora municipal suscribe un informe en el que detalla los trámites que ha de seguir la instrucción del procedimiento de resolución contractual, entre ellos, y para “el supuesto de que se manifestara oposición por el contratista a la resolución del contrato”, se señala que “será necesario elevar propuesta de resolución al Consejo Consultivo del Principado de Asturias”. En el antecedente primero de este informe se expresa, en cuanto a la naturaleza jurídica del contrato, que “se trata de un contrato administrativo especial, por el que se concede el derecho de superficie de un terreno de propiedad municipal para usos de interés social”.

13. Con fecha 3 de noviembre de 2011 se notifica la apertura del trámite de audiencia a la UTE contratista y a la entidad financiera avalista por plazo de diez días. Las notificaciones se reiteran mediante escrito de fecha 16 de noviembre de 2011, con la advertencia de que “si no presenta alegación alguna, se entenderá que no manifiesta oposición a la resolución del contrato”.

14. En fecha que no consta, por resultar ilegible la del sello, el representante de la contratista presenta, en una oficina de correos, un escrito de alegaciones en el que manifiesta su oposición a la resolución pretendida y formula las siguientes alegaciones: “por escrito de esta misma fecha, remitido por el mismo conducto a este Ayuntamiento, se interpuso recurso de reposición frente a la resolución de la Alcaldía que declaraba el desistimiento de la solicitud de licencia de obras, a la par que se solicitaba ampliación de dos años de los plazos fijados para ejecución de las obras, y se brindaba al Ayuntamiento la posibilidad de una resolución convencional, si estima dicha alternativa más favorable para sus intereses./ Dada la evidente vinculación de dicho acuerdo con la resolución del contrato que nos ocupa, estima esta parte que, en tanto no gane, en su caso, firmeza la resolución recurrida, no procede adoptar ninguna en el presente expediente”.

A lo anterior añade que “no cabe la resolución del contrato e incautación de la fianza” pues “no cabe resolver lo que no se ha perfeccionado, ni retener,

incautar o ejecutar una fianza que no puede existir sin una obligación válida./ En este caso, en la tramitación del expediente se constituyeron por esta parte dos fianzas: una, primera provisional (...) destinada a cubrir la fase inicial de la contratación por concurso, que todavía no ha sido liquidada y devuelta; y una segunda, por importe de 18.000 €, destinada a garantizar las obligaciones que se asuman en el contrato (...). La falta de liquidación de la primera fianza, con devolución del aval, demuestra por sí sola que no se ha iniciado la fase de ejecución contractual y, por ello, no cabe considerar incumplidas obligaciones derivadas del mismo, ni incautar la segunda”.

Adjunto al escrito de alegaciones figura el de recurso de reposición, en el que se aprecia un sello de correos con fecha 24 de noviembre de 2011. En el escrito de recurso, el representante de la UTE explica que “la falta de subsanación de deficiencias y aportación documental encuentra su justificación en el hecho de la imposibilidad en el momento actual, de acometer la construcción del inmueble para el que se solicita la licencia, motivada por la situación de crisis en que, de modo notorio, se encuentra la economía, y que impiden, por ahora, la obtención de la financiación necesaria para la ejecución del proyecto./ Precisamente por tales razones se entabló ya en su día, con ese Ayuntamiento, el necesario proceso de negociación tendente a obtener una ampliación de todos los plazos fijados para la ejecución del proyecto, o su resolución de mutuo acuerdo (...); proceso en cuyo curso se dicta la resolución que ahora se recurre (...). Dicha situación de crisis y las malas perspectivas para el futuro inmediato, que impiden tener un conocimiento de su evolución en el tiempo y, por ello, aventurar una planificación con un mínimo rigor, aconsejan diferir la tramitación de la licencia, puesto que no tiene sentido alguno obtenerla, con el consecuente comienzo del plazo de ejecución de las obras, cuando no se sabe cuándo podrán acometerse (...). Ello, no obstante, se reitera el interés de esta UTE en la ejecución del proyecto, y, por ello, se solicita la ampliación en dos años de todos los plazos fijados en el expediente, con la finalidad de que la modificación de las actuales económico-financieras, permitan ejecutarlo (...) todo ello sin perjuicio de la posibilidad de proceder a

una resolución consensuada del contrato, si ese Ayuntamiento lo estima preferible”.

15. Con fecha 1 de diciembre de 2011, la Alcaldesa de Vegadeo suscribe propuesta de resolución favorable a la resolución del contrato “por incumplimiento de las obligaciones contractuales, con pérdida de la fianza por incumplimiento imputable al contratista, de conformidad con lo previsto en el art. 206 LCSP y cláusula vigésimo segunda del pliego de cláusulas económico-administrativas que rigen el contrato”. En la propuesta precisa que “si bien no tiene trascendencia alguna para la resolución del contrato, lo cierto es que la fianza provisional fue devuelta el 9 de octubre de 2009. Por otra parte, no consta documentación alguna del proceso de negociación tendente a una ampliación de todos los plazos fijados hasta que se incoa el expediente de resolución del contrato”.

8. En ese estado de tramitación, mediante escrito de 1 de diciembre de 2011, registrado de entrada el día 5 del mismo mes, esa Alcaldía solicita dictamen preceptivo a este Consejo Consultivo sobre el procedimiento de resolución del contrato de constitución y concesión de un derecho de superficie sobre parte de los terrenos de la finca municipal del antiguo polideportivo de Vegadeo, para la construcción y explotación de una residencia para la tercera edad, adjuntando a tal fin una copia autenticada del expediente.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho:

PRIMERA.- La consulta formulada a este Consejo versa sobre la resolución de un contrato.

Antes de cualquier otra consideración, debemos examinar si la consulta planteada tiene el carácter preceptivo que le atribuye la Administración

solicitante - como se deduce del informe de la Secretaria Municipal de fecha 27 de octubre de 2011- pues, de no ser así, y a falta de un planteamiento de la misma con carácter potestativo, este Consejo no debería emitir dictamen, so pena de infringir la Ley que lo regula. Para dilucidar esta cuestión, debemos analizar la naturaleza jurídica del contrato, pues la cláusula segunda del pliego aprobado para regir la contratación le atribuye naturaleza privada, en tanto que de conformidad con lo establecido en el artículo 13.1, letra n) de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en relación con el artículo 18.1, letra n), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, este órgano solamente estaría facultado para emitir el dictamen interesado en el caso de que el contrato mereciese ser calificado como “administrativo”.

De aquella calificación dependerá tanto nuestra competencia para pronunciarnos preceptivamente sobre el fondo del asunto, como que el régimen de sus efectos y extinción haya de regirse por normas de derecho administrativo, con la consiguiente aplicación del régimen de prerrogativas legalmente atribuidas a la Administración en esta materia, entre ellas la de acordar la resolución contractual y determinar los efectos de esta, o por normas de derecho privado.

Son contratos administrativos, además de aquellos cuyo objeto se corresponde con el de los contratos nominados o típicos a que se refiere la normativa reguladora de la contratación pública, los administrativos especiales, definidos en el artículo 19.1, letra b), del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante Texto Refundido) -e idéntico artículo de la derogada Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) por la que se rige el contrato-, como aquellos que tengan “naturaleza administrativa especial por estar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante, por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquella,

siempre que no tengan expresamente atribuido el carácter de contratos privados conforme al párrafo segundo del artículo 20.1, o por declararlo así una Ley”.

Por el contrario, son contratos privados, conforme a lo señalado en el artículo 20 del Texto Refundido (y de la LCSP), entre otros, los celebrados por una Administración Pública que tengan por objeto “cualesquiera otros contratos distintos de los contemplados en el apartado 1 del artículo anterior”, esto es, los contratos administrativos típicos o especiales a los que nos acabamos de referir más arriba. Asimismo, y según el artículo 4.1, letra p), de los mismos textos legales, “tendrán siempre el carácter de contratos privados y se registrarán por la legislación patrimonial”, los de “compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, valores negociables y propiedades incorpóreas, a no ser que recaigan sobre programas de ordenador y deban ser calificados como contratos de suministro o servicios”.

Debemos aclarar entonces si el contrato que examinamos, por recaer sobre un bien de titularidad municipal, es un contrato de los llamados patrimoniales, sometido a las normas generales contenidas en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, o si, al contrario, puede conceptuarse como administrativo, en particular como contrato administrativo especial.

En principio, de tratarse de un contrato administrativo especial, debería haber expresado la Administración dicho carácter en el pliego de cláusulas administrativas particulares, pues así lo impone el artículo 3 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre. Sin embargo, como ya hemos señalado en nuestro Dictamen Núm. 31/2009, tanto el Consejo de Estado como la jurisprudencia vienen advirtiendo que la calificación del contrato no depende de la que las partes hayan querido atribuirle, sino que sólo puede deducirse de un “análisis sustantivo del mismo, de modo que los términos utilizados e incluso la declaración de sometimiento al

derecho privado son irrelevantes” (Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 1995, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª), por lo que, en definitiva, el deslinde entre una y otra clase de contratos deberá hacerse atendiendo a su causa, que en los contratos administrativos es siempre el interés público a cuya consecución va orientada, de forma directa e inmediata, la realización de su objeto.

En el asunto que analizamos, pese a que el pliego de cláusulas económico- administrativas aprobado para regir el contrato lo califica como privado, del propio pliego puede inferirse una naturaleza jurídica distinta. En este sentido, su régimen jurídico, al que se refiere la cláusula vigésimo séptima del pliego de las económico-administrativas, es el propio de los contratos administrativos, que se rigen por las normas reguladoras de la contratación pública y demás normas de derecho administrativo aplicable, sujetándose, únicamente en defecto de las anteriores, a las normas del derecho privado. Del mismo modo, en la cláusula vigésimo octava se establece que será el orden jurisdiccional contencioso-administrativo el competente para resolver las controversias que pudieran surgir en cuanto a los efectos y extinción del contrato y, finalmente, las cláusulas vigésimo primera y vigésimo segunda, en tanto que habilitan a la Administración para acordar la resolución contractual y determinar sus efectos, constituyen el reflejo de su posición de supremacía en la relación contractual, radicalmente opuesta a la de igualdad de las partes que es característica de los contratos privados.

La Secretaria-Interventora municipal entiende que “se trata de un contrato administrativo especial, por el que se concede el derecho de superficie de un terreno de propiedad municipal para usos de interés social”, según expresa en su informe de fecha 27 de octubre de 2011, y el resto de actos propios de los contratantes manifiestan, igualmente, su entendimiento de someter los efectos del contrato a las normas del derecho administrativo.

Por otra parte, la jurisprudencia viene sosteniendo tradicionalmente el carácter administrativo especial de los contratos que, aun teniendo una raíz indudablemente privada, están orientados a la prosecución de una finalidad

pública. En este sentido, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 1990 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª) se afirma que “para distinguir entre los contratos privados y los administrativos, prescindiendo del tradicional criterio de las cláusulas exorbitantes o derogatorias del derecho común, hay que atender básicamente al objeto o visión finalista del negocio, de suerte que una relación jurídica concreta ofrecerá naturaleza administrativa cuando ha sido determinada por la prestación de un servicio público, entendiendo este concepto en su acepción más amplia para abarcar cualquier actividad que la Administración desarrolle como necesaria para satisfacer el interés general atribuido a la esfera específica de su competencia y por lo mismo correspondiente a sus funciones peculiares”.

El mismo criterio sigue el Consejo de Estado, entre otros muchos, en el Dictamen 1348/2007, de 26 de julio de 2007, en el que, con cita de numerosas sentencias del Tribunal Supremo sobre el particular, afirma que “contratos administrativos y privados tienen una común plataforma sustentadora constituida por la elaboración iuscivilística del contrato (...), configurándose como administrativos aquellos contratos en que su modulación respecto del Derecho común alcanza cierta intensidad (...). De este modo, la virtualidad del criterio teleológico es determinante para la jurisprudencia, pudiéndose otorgar a un contrato -no típico- la calificación de administrativo cuando se dirija a la satisfacción de un fin público que se erige en causa y, consecuentemente, en elemento esencial del mismo”.

Más concretamente, por lo que al derecho de superficie se refiere, el Tribunal Supremo también ha reconocido en la Sentencia de 26 de noviembre de 2002 (Sala de lo Civil), la modulación del régimen jurídico de aquella institución en atención a “la diversa naturaleza de los sujetos que en cada caso intervienen, de la actuación que los mismos desarrollan y de las finalidades que por ellos se persiguen”. Así, sumándose al parecer de “un importante sector de la doctrina”, el Alto Tribunal entiende que “el derecho de superficie puede revestir dos modalidades: la urbana común o clásica, que por dar satisfacción a intereses puramente particulares y recaer sobre suelos de esta naturaleza, no

tiene por qué verse afectada por una regulación distinta de la que establece el Derecho Civil, y la urbanística que al constituir uno de los instrumentos de que la Administración desea valerse para intervenir en el mercado del suelo y promover la construcción de viviendas o de otras edificaciones determinadas en los Planes de Ordenación, ha de someterse a los principios imperativos de la Ley del Suelo”.

Con todo, conforme al criterio teleológico jurisprudencial y doctrinalmente consolidado al que antes hemos hecho referencia, se concluye que el contrato que analizamos merece la calificación de administrativo especial, pues su objeto está vinculado a la satisfacción directa e inmediata del interés general -más concretamente a un uso de interés social previsto en el planeamiento urbanístico, en los términos establecidos en el artículo 226.1 del Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en el Principado de Asturias en materia de ordenación del territorio y urbanismo, aprobado por Decreto Legislativo 1/2004, de 22 de abril- y no se corresponde específica y completamente con el propio de los contratos administrativos típicos, pero contiene prestaciones, en esencia, propias de tales contratos, como el de concesión de obras públicas.

SEGUNDA.- Conforme a lo establecido en el artículo 210 del Texto Refundido (194 de la LCSP), corresponde a la Administración la prerrogativa de acordar la resolución de los contratos y determinar los efectos de esta dentro “de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley”. En el mismo sentido, el artículo 114 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en Materia de Régimen Local (en adelante TRRL), aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, atribuye al órgano de la entidad local competente para contratar la facultad de acordar la resolución de los contratos celebrados con los límites, requisitos y efectos legalmente señalados.

El ejercicio de tal prerrogativa, a fin de garantizar no solo el interés público, sino también el que los contratistas tienen en el cumplimiento de los

contratos, exige la concurrencia de los presupuestos legalmente establecidos, así como la sujeción a las normas procedimentales que lo disciplinan. Si se incumple el procedimiento, la imputación de la causa resolutoria pierde su legitimación, pues, como acabamos de indicar, aquella potestad solo se puede ejercer con respeto a los límites y requisitos establecidos en la Ley.

A este respecto, debemos señalar que, acordado el inicio del procedimiento para la resolución por el órgano competente -en este caso el Pleno del Ayuntamiento, por razón de la cuantía del contrato, según expresa la Secretaria-Interventora en su informe de fecha 14 de octubre de 2011-, aquel ha sido correctamente instruido, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 207 de la LCSP (en redacción dada por la Ley 2/2011, de 4 de marzo), que se remite a la regulación reglamentaria, y en el 114.3 del TRRL. A tenor de lo dispuesto en estas normas, y más concretamente en los artículos 109.1 del RGLCAP, y 114.3 del TRRL, la resolución del contrato se sujeta, concurriendo las circunstancias, al cumplimiento de los siguientes requisitos: a) audiencia del contratista por un plazo de diez días naturales; b) audiencia, en el mismo plazo anterior, del avalista o asegurador, cuando el procedimiento afecte a la garantía prestada; c) informe del Servicio Jurídico y de la Intervención de la entidad local, y d) dictamen del Consejo Consultivo, dado que se ha formulado oposición por parte del contratista.

En el caso que analizamos se cumplen sustancialmente tales requisitos, puesto que se ha dado la preceptiva audiencia a la empresa contratista, que se opone a la resolución, y al avalista. Además, se ha incorporado el informe del Servicio Jurídico -tratándose de una Administración local, ha de entenderse de la Secretaría respectiva, a tenor de lo establecido en el apartado 8 de la disposición adicional segunda de la LCSP-, y debe estimarse cumplido, asimismo, el requisito de informe por la Intervención, dada la confluencia de ambas funciones en la Secretaria-Interventora de la entidad.

No obstante, advertimos que, aunque en la propuesta de resolución se señala que la extinción del vínculo contractual conllevará “la pérdida de la fianza” con cargo a la cual, como bien se expresa en el informe de la

Secretaría-Intervención de fecha 14 de octubre de 2011, deberán indemnizarse los daños y perjuicios causados con motivo de la resolución contractual, no resulta del expediente que se hayan evaluado y cuantificado aquellos, pese a que en el régimen que resulta del artículo 225.3 del Texto Refundido (208.3 de la LSCP), la pérdida de la garantía se vincula al estricto resarcimiento de los eventuales perjuicios que se hubieran causado a la Administración.

En efecto, establece el apartado 3 del precepto citado que “Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados. La indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada”.

En el apartado 4 del mismo artículo se señala 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 que, en su caso, se hubiese constituido”.

Tal régimen legal impide demorar a un momento posterior al acto de resolución contractual la liquidación de los daños y perjuicios ocasionados, de forma que para incautar la garantía, total o parcialmente, resulta indispensable identificar y cuantificar los daños y perjuicios a que deba hacerse frente, y de todo ello debe darse conocimiento al contratista, según lo dispuesto en el artículo 113 del RGLCAP, quien ha de tener la oportunidad de formular las alegaciones que considere oportunas en el trámite de audiencia.

A la hora de efectuar la liquidación de los daños y perjuicios sufridos, y en ausencia de previsión específica sobre el particular en el pliego de cláusulas administrativas particulares rector del contrato, la Administración podrá guiarse por lo señalado en el artículo 113 del RGLCAP, a cuyo tenor aquella podrá establecerse “atendiendo, entre otros factores, al retraso que implique para la inversión proyectada y a los mayores gastos que ocasione a la Administración”.

El defecto citado impide que pueda dictarse en este momento una resolución que ponga fin al procedimiento, lo que obliga a retrotraer el mismo al momento procesal oportuno al objeto de evaluar los daños y perjuicios que la resolución contractual irroga a la Administración, pronunciarse sobre la incautación de la garantía en la cuantía que proceda, dar seguidamente audiencia al contratista y al avalista, y finalmente redactar una nueva propuesta de resolución, solicitando a continuación de este Consejo el preceptivo dictamen de formularse oposición por parte del contratista.

En mérito a lo expuesto, este Consejo entiende que no cabe en el estado actual de tramitación un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión planteada, y que debe retrotraerse el procedimiento al objeto de practicar cuanto queda razonado en el cuerpo de este dictamen.”

V. I., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

ILMA. SRA. ALCALDESA DEL AYUNTAMIENTO DE VEGADEO.