

Expediente Núm. 79/2012  
Dictamen Núm. 143/2012

**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 10 de mayo de 2012, 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 2 de abril de 2012, 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 un 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 otorgan las NN. SS. 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 del suelo para usos de interés social”.

En la cláusula cuarta 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 las 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 de 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 dispone, 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; (el) Decreto Legislativo 1/2004, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en Materia de Ordenación del Territorio y Urbanismo en el Principado de Asturias; (el) 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 esta, de conformidad con el artículo 194 y (siguientes) 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 del Pleno del Ayuntamiento de Vegadeo de 29 de julio de 2009, por el que se adjudica provisionalmente el contrato. En el mismo acto se faculta al "Alcalde-Presidente 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 del Ayuntamiento 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 las solicite "aportando la documentación necesaria en el plazo de 10 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 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, el Arquitecto Técnico 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 (...) pliego de cláusulas económico-administrativas que rigen el concurso para la construcción y explotación para la residencia de tercera 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 del Ayuntamiento 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.** De conformidad con lo expuesto en el informe de la Secretaria, con fecha 15 de septiembre de 2011 la Alcaldesa dirige al representante de la UTE interesada una comunicación en la que le concede audiencia por un plazo de 15 días, “durante los cuales pueden formular alegaciones o presentar la documentación (...) que estimen pertinentes”. Al escrito se adjunta una relación de los documentos obrantes en el expediente.

**9.** Con fecha 11 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”, toda vez que el representante de la UTE solicitante no ha “subsanao las deficiencias observadas en la documentación y proyecto presentado para la concesión de la 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 emite informe, a solicitud de la Alcaldía, sobre la resolución del contrato por incumplimiento del contratista. En él 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 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público)”. 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 que, “de conformidad con el art. 208 de la LCSP”, el contratista “deberá indemnizar a la Administración de los daños y perjuicios ocasionados” 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 ante 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 10 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.** El día 3 de noviembre de 2011, la Alcaldesa del Ayuntamiento de Vegadeo 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 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 señala que “por escrito de esta misma fecha, remitido por el mismo conducto a ese 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 a ese 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”.

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 copia del 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 (condiciones) 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.** El día 1 de diciembre de 2011, la Alcaldesa del Ayuntamiento 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 de la LCSP y cláusula vigésimo segunda del pliego de cláusulas económico-administrativas que rigen el contrato”. En ella 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, ya que el adjudicatario no presenta ninguna propuesta de ampliación de plazos hasta que se incoa el expediente de resolución del contrato”.

**16.** Evacuada la pertinente consulta a este Consejo sobre la resolución contractual de referencia mediante escrito de 1 de diciembre de 2011, el día 22 del mismo mes se emite el Dictamen Núm. 385/2011, en el sentido de que ha de retrotraerse el procedimiento al objeto de cuantificar los daños y perjuicios que la resolución contractual irroga a la Administración, dar seguidamente audiencia al contratista y al avalista, redactar una nueva propuesta de resolución y, finalmente, solicitar nuestro dictamen de formularse oposición por parte del adjudicatario.

**17.** Con fecha 15 de febrero de 2012, la Alcaldesa del Ayuntamiento de Vegadeo dicta providencia en la que se ordena dar “cumplimiento al dictamen del Consejo Consultivo, retrotrayendo el expediente para proceder a la valoración de daños y perjuicios”, así como solicitar informe a la Secretaría-Intervención y someterlo a la aprobación del Pleno del Ayuntamiento.

**18.** El día 20 de febrero de 2012, la Secretaria-Interventora suscribe un informe en el que expresa que la “interpretación” del Consejo Consultivo “parece contradictoria con lo establecido en el art. 88.c) de la LCSP, que permite recoger

en el contrato que la resolución culpable del contratista lleve aparejada la pérdida de la garantía. En efecto, el citado artículo señala que las garantías definitivas responderán de los siguientes conceptos:/ De la incautación que pueda decretarse en los casos de resolución del contrato, de acuerdo con lo que en él o en esta Ley esté establecido./ Por otra parte, el art. 25.1 de la LCSP recoge el principio de libertad de pactos, señalando al respecto que en los contratos del sector público podrán incluirse cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración. Más claramente, el art. 112.1 R. D. 1098/2001, de 12 de octubre, al regular la resolución por causas establecidas en el contrato, dispone que "la resolución por causas establecidas expresamente en el contrato tendrá las consecuencias que en este se establezcan y en su defecto se regularán por las normas de la Ley y de este Reglamento sobre efectos de la resolución que sean aplicables por analogía". Entiende que, "en virtud de estos preceptos, es posible establecer en los pliegos la incautación de la garantía en los supuestos de resolución culpable del contratista, debiendo de estarse a lo dispuesto en ellos, puesto que está consolidada la doctrina jurisprudencial en virtud de la cual el pliego de condiciones constituye la ley del concurso, debiendo someterse a sus reglas tanto la Administración como el contratista./ El hecho de que el art. 208.4 haya eliminado toda referencia a la incautación de la garantía no significa que tal determinación no pueda acordarse en el contrato, máxime si se tiene en cuenta que la ley prevé la incautación de la fianza provisional a las empresas que retiren injustificadamente su proposición antes de la adjudicación (art. 91.4 LCSP) -sin que se requiera la existencia y determinación de daños y perjuicios-, que también se produce la incautación en el caso de concurso culpable (art. 208.4) y en otros casos particulares, como en el supuesto de deficiencias en proyectos (286.3) y de resolución del contrato de concesión de obra pública (247.4), en los que se sigue estableciendo que la resolución por incumplimiento culpable conllevará la incautación de la fianza". Por ello, concluye que "el Ayuntamiento, siguiendo los trámites referidos, puede acordar la resolución del contrato con

incautación de fianza, con fundamento en el artículo 88.c) de la LCSP y cláusula vigésimo segunda del pliego de cláusulas económico-administrativas que rige el contrato”.

**19.** Con fecha 20 de febrero de 2012, el Arquitecto Técnico Municipal informa que su “intervención” en el procedimiento “como técnico municipal consistió en:/ Examinar el proyecto arquitectónico presentado para la obtención de licencia./ Comprobación del cumplimiento de la normativa general y específica, tanto de la actividad a desarrollar como la urbanística de aplicación, mediante la recopilación, lectura y aplicación de la misma al proyecto presentado./ Comprobación, desde el punto de vista urbanístico, del cumplimiento de los acuerdos adoptados con este Ayuntamiento mediante la constitución de derecho de superficie./ Emisión de informe técnico./ Reuniones con promotor y arquitecta./ Se estima que el tiempo destinado al expediente mencionado es de dieciocho (18) horas”.

**20.** Con la misma fecha, la Secretaria-Interventora elabora un informe en el que señala que “el procedimiento tramitado para declarar el desistimiento de la licencia de obra, instada por el interesado para la construcción de la residencia de la 3ª edad -expediente tramitado previamente a la resolución del contrato-, y el de resolución del contrato de constitución del derecho de superficie supuso una dedicación de la Secretaría-Intervención de 45 horas”, que “se concreta en lo siguiente:/ Estudio de legislación, jurisprudencia y doctrina, especialmente en lo que se refiere a la incautación de la garantía./ Emisión de informe para declarar el desistimiento de la solicitud de licencia de obra./ Emisión de informes en los expedientes de resolución de contrato./ Elaboración de propuestas de resolución./ Control de la tramitación de expedientes./ Valoración de daños y perjuicios”. Señala, asimismo, que “la intervención de un auxiliar administrativo en la tramitación de los citados expedientes se estima en 10 horas, para copias, notificaciones, preparación y registro de documentos”.

**21.** El Pleno del Ayuntamiento, en sesión celebrada el día 29 de febrero de 2012, acuerda declarar la caducidad del procedimiento de resolución contractual “incoado por acuerdo plenario de fecha 26 de octubre de 2011”, disponiendo la conservación de aquellos actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual, incoar un nuevo procedimiento de resolución contractual y “proceder a la valoración de los daños y perjuicios que la resolución contractual irroga a la Administración”, otorgando audiencia al contratista y al avalista.

**22.** El día 1 de marzo de 2012, el Arquitecto Técnico Municipal informa que “durante el periodo de tiempo que media entre la Resolución de la Alcaldía que eleva a definitiva la adjudicación provisional del derecho de superficie y la rescisión del contrato los terrenos objeto del mismo estuvieron a la total disposición del adjudicatario, teniendo en cuenta que sobre él podrían dar comienzo en cualquier momento las obras y preparativos para la construcción, acopio de materiales, vallado, instalación de casetas de obra, sondeos geotécnicos, etc., por lo que dicha cesión se puede equiparar a una ocupación temporal de la parcela cedida, dado el impedimento de utilización y aprovechamiento a que se vio sometida./ Teniendo en cuenta cuanto antecede, se puede valorar el perjuicio ocasionado al Ayuntamiento considerándolo como una ocupación temporal del solar cedido./ En el caso de terrenos incluidos en suelo urbano se estima en un 2% del valor de los terrenos ocupados temporalmente, que equivale al establecido por la Ley de Impuestos Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados para la valoración de usufructos temporales, además de ser el criterio ampliamente utilizado por el Ministerio de Fomento para el cálculo de valoración de ocupaciones temporales en las obras y proyectos que realiza”. Teniendo en cuenta lo anterior, concluye que “el valor calculado de la ocupación del solar de 1.281,00 m<sup>2</sup> cedidos asciende a la cantidad de cinco mil ciento sesenta y dos euros con cuarenta y tres céntimos”.

**23.** Con fecha 2 de marzo de 2012, la Secretaria-Interventora suscribe un nuevo informe en el que “formula la valoración de los daños y perjuicios” derivados de

la resolución contractual basándose en el “informe de la Oficina Técnica Municipal sobre valoración de la ocupación del solar, por importe de 5.162,43 €”, y teniendo en cuenta los perjuicios “derivados de la dedicación del personal técnico y administrativo en la tramitación de los procedimientos de declaración de desistimiento de licencia de construcción de una residencia (...) y de resolución del contrato de constitución del derecho de superficie, por un importe de 3.060,11 €”. En esta última partida se incluyen 50 euros en concepto de “gastos de gestión: correos, teléfono, copias, etc.”, además del valor correspondiente a las horas de dedicación de cada uno de los intervinientes en la tramitación del procedimiento, calculado en función de los costes retributivos y de Seguridad Social de cada uno de ellos.

**24.** El día 7 de marzo de 2012 se notifica al contratista y al avalista la apertura del trámite de audiencia, adjuntándoles una copia de los documentos obrantes en el expediente, entre los que se encuentran el “acuerdo declarando la caducidad e incoando un nuevo expediente de resolución del contrato” y la “pieza separada de valoración de daños y perjuicios”.

**25.** Con fecha 16 de marzo de 2012, el representante de la contratista presenta en el registro del Ayuntamiento de Vegadeo un escrito en el que manifiesta su “oposición a los términos en que se incoa el expediente de resolución”, reiterando “la falta de perfeccionamiento ya alegada anteriormente”, así como “la imposibilidad actual de acometer la construcción por las razones ya expuestas al Ayuntamiento, fruto de la actual crisis económico financiera sobrevenida”. Además, aduce “lo incorrecto que resulta el concepto de ‘ocupación temporal de terrenos’ y lo inapropiado de una partida compensatoria, toda vez que no habiendo perfeccionado el contrato nunca hubo ocupación real. Muy al contrario, existe constancia escrita, gráfica y grabada, tanto en prensa como Internet, de que todavía a principios de 2012 el terreno ha estado utilizado como almacén de material y maquinaria del propio Ayuntamiento, anunciando desde el Consistorio su inminente limpieza en diciembre de 2011”.

**26.** El día 2 de abril de 2012, la Alcaldesa del Ayuntamiento de Vegadeo formula propuesta de resolución favorable a la resolución del contrato “con incautación de la garantía por importe de 18.000 €, por incumplimiento contractual imputable al contratista, al no solicitar esta la licencia de obra y de actividad correspondiente en los plazos previstos (...) en el art. 206 de la LCSP y cláusula vigésimo segunda del pliego de cláusulas económico-administrativas que rigen el contrato”. La propuesta señalada comprende, asimismo, la desestimación de “las alegaciones presentadas por el interesado” y la aprobación de “la valoración de daños y perjuicios derivados de la resolución del contrato, por importe de 8.222,54 €, sin que proceda su reclamación al contratista, ya que no exceden de la garantía incautada, tal y como dispone el art. 208.3 de la LCSP”.

**27.** En ese estado de tramitación, mediante escrito de 2 de abril de 2012, registrado de entrada el día 3 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.-** El presente dictamen reproduce, sustancialmente, las consideraciones vertidas en nuestro Dictamen Núm. 385/2011, al tratarse del mismo asunto, en particular, las relativas a la naturaleza jurídica del contrato de cuya resolución se trata.

El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1, letra n), de la Ley del Principado de Asturias

1/2004, de 21 de octubre, 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, y a solicitud de la Alcaldía del Ayuntamiento de Vegadeo, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado b), y 40.1, letra b), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

**SEGUNDA.-** Por razón del tiempo en que fue adjudicado el contrato -7 de octubre de 2009-, y teniendo en cuenta lo establecido en la disposición transitoria primera del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, a cuyo tenor, “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”, su régimen jurídico sustantivo resulta ser el establecido en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), y en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 194 de la LCSP, cuyo contenido se corresponde con el del artículo 210 del TRLCSP actualmente en vigor, la Administración ostenta 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 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 la propuesta de resolución que a nuestra consideración se somete conlleva la incautación de la garantía definitiva en su totalidad, si bien esta cantidad excede del importe de los daños y perjuicios que, calculados por la propia Administración, derivan de la resolución contractual.

No puede compartir este Consejo tal forma de proceder. Como ya hemos señalado, atendida la naturaleza jurídica del contrato y el tiempo en que fue adjudicado, sus efectos se rigen por lo dispuesto en el artículo 208 de la LCSP. Este régimen difiere sustancialmente del aplicable durante la vigencia del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, cuyo artículo 113.4 imponía la incautación automática de la garantía en los supuestos de resolución por incumplimiento culpable del contratista, al establecer que “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”. En aquel sistema, la garantía funcionaba a modo de cláusula penal o como indemnización de carácter mínimo, ligada al resarcimiento de perjuicios genéricos o indeterminados, como ya señalamos en nuestro Dictamen Núm. 171/2010. Sin embargo, la redacción empleada por el artículo 208.3 de la LCSP (que se corresponde con el actual 225.3 del TRLCSP) es radicalmente distinta. Estos preceptos ya no establecen que el incumplimiento culpable conlleve la incautación automática de la garantía y, además, la indemnización de daños y perjuicios, sino que “Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados”. En cuanto a la forma de hacer efectiva dicha indemnización, se realizará, “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”.

Ninguna contradicción existe entre el mandato contenido en el artículo 208 de la LCSP y lo dispuesto en el artículo 88, letra c), de la misma norma. La remisión de este último precepto a lo establecido en el contrato, cuando señala que la garantía responderá de “la incautación que puede decretarse en los casos de resolución del contrato, de acuerdo con lo que en él o en esta Ley esté establecido”, ha de ser rectamente interpretada.

En este sentido, en el capítulo de observaciones y sugerencias de nuestra Memoria correspondiente al año 2009 ya señalamos que “en el pliego de cláusulas administrativas particulares rector del contrato podrían contenerse previsiones específicas sobre el particular, cuantificando a priori los daños para el interés público inherentes a los supuestos de resolución contractual por incumplimiento del contratista -o estableciendo reglas generales para su cálculo- que deberían ser indemnizados con cargo a la garantía constituida y recogerse también las correlativas previsiones específicas sobre la incautación de esta; teniendo presente que, acerca de las responsabilidades a las que está afecta la garantía, el artículo 88 de la Ley 30/2007 establece en su epígrafe c) que responderá de `la incautación que puede decretarse en los casos de resolución del contrato, de acuerdo con lo que en él o en esta Ley esté establecido´”.

El citado artículo 88 se encuentra incluido en el Libro I de la LCSP, dedicado a la “Configuración general de la contratación del sector público y elementos estructurales de los contratos”, en el que se contienen normas aplicables no solo a los contratos administrativos sino también a los contratos privados, frente al artículo 208 de la misma norma, encuadrado en el Libro IV, en el que se tratan los “Efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos”. En este contexto, la referencia del artículo 88, letra c), a “lo que en él o en esta Ley esté establecido” no hace sino condensar el régimen aplicable a todos los contratos -administrativos o privados- celebrados por el sector público. De acuerdo con lo anterior, cuando de un contrato privado se trate, habrá que estar no a lo que en la LCSP se señale, sino a lo que en el propio contrato esté establecido, pues, de conformidad con lo señalado en el artículo 20.2 de la LCSP, sus efectos y extinción se rigen por el derecho privado. Al contrario, tratándose de contratos administrativos, sus efectos se rigen por lo establecido en la LCSP, más concretamente por lo dispuesto en su artículo 208.

La LCSP no ampara, frente a lo que sostiene la Administración consultante, que los documentos con valor contractual, ya sea el propio contrato o los pliegos aprobados para regir la contratación, puedan excepcionar el régimen establecido con carácter general en la propia Ley para los contratos

administrativos. El principio de libertad de pactos, al que se refieren los artículos 25 de la LCSP y 111 del TRRL, no tiene lógicamente el mismo alcance cuando la Administración actúa sometida al derecho privado que cuando lo hace con sujeción al derecho público, pues la vinculación de la Administración al principio de legalidad en este último ámbito supone la estricta subordinación de los pactos contenidos a las normas y principios del ordenamiento jurídico, de forma que, como ha señalado el Tribunal Supremo en numerosas ocasiones, solo es posible pactar en el ámbito del derecho dispositivo, no sobre las normas de *ius cogens*. En este sentido, la Sentencia del Alto Tribunal de 25 de noviembre de 2003 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª) señala que, "Si bien la doctrina y la jurisprudencia reconocen la eficacia del pliego como ley del contrato, se trata de un poder normativo inter partes en un plano subordinado a las normas y principios del ordenamiento jurídico y, en especial, con pleno respeto al principio de jerarquía normativa" (Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1982, 7 de julio de 1986, 21 de diciembre de 1988, 7 de junio de 1989 y 25 de julio de 1989).

El carácter básico del artículo 208 de la LCSP y los términos en que está redactado el precepto no dejan lugar a dudas sobre su carácter imperativo, por lo que una previsión específica sobre la incautación de la garantía, efectuada en el pliego de cláusulas rector de un contrato administrativo al amparo del artículo 88 de la misma Ley, habría de ser respetuosa con el expresado carácter imperativo del artículo 208 de la LCSP y, por tanto, como ya expresábamos en nuestra Memoria del año 2009, correlativa o congruente con otra previsión específica en el propio pliego acerca de la evaluación de los daños para el interés público que se consideren inherentes al supuesto de resolución de dicho contrato por incumplimiento culpable del contratista.

En el supuesto concreto que analizamos, hemos de recordar -como ya destacamos en nuestro Dictamen Núm. 385/2011 y admite la propia Administración, según resulta del informe de la Secretaria-Interventora municipal de 27 de octubre de 2011- que consideramos que se trata de un contrato administrativo especial, aunque el pliego de cláusulas administrativas

particulares aprobado para regir la contratación lo calificó como contrato privado, por lo que es preciso tener presente que dicho pliego ha sido elaborado de acuerdo con las reglas legales aplicables a los contratos de naturaleza privada.

De acuerdo con ello, el contenido de la cláusula vigésimo primera del pliego de cláusulas administrativas particulares, en lo referente a los efectos de la resolución contractual, ha de ser interpretado en congruencia con la regulación legal aplicable al contrato privado que se pretendía conformar. Ahora bien, tratándose en puridad de un contrato administrativo, la referida cláusula -huérfana del oportuno complemento que fije la cuantía estimada de los daños mínimos o de carácter general causados al interés público por la resolución del contrato en el caso de incumplimiento del contratista o que la equipare al importe de la garantía definitiva- no puede ser interpretada en sentido contrario al régimen establecido en la LCSP y, por ello, no puede aplicarse al margen de este. Por otra parte, regulados en la Ley de forma expresa los efectos de la resolución contractual en los supuestos de incumplimiento culpable, resulta obvio que no pueda recurrirse, para tratar de eludir lo dispuesto en el artículo 208 de la LCSP, a la aplicación analógica de preceptos contractuales que contemplan soluciones particulares para casos radicalmente distintos al que nos ocupa, con los que no existe identidad de razón.

**TERCERA.-** Sin perjuicio de lo señalado en la consideración anterior, en relación con el fondo del asunto, hemos de indicar que el contratista está obligado a ejecutar el contrato con arreglo a lo dispuesto en sus cláusulas y en las de los pliegos anejos a él, que se consideran documentos contractuales. Por ello, en caso de concurrir causa resolutoria, es el interés público el que ampara la decisión de la Administración de resolver el contrato; si bien, para ello, se requiere que tal medida sea adecuada y conforme a la normativa vigente y a las cláusulas establecidas en dicho contrato.

La causa aducida por la Administración para la resolución pretendida es genéricamente el "incumplimiento contractual imputable al contratista", que la

propuesta de resolución que a nuestra consideración se somete concreta en el hecho de “no solicitar esta licencia de obra y de actividad correspondiente, en los plazos previstos en el pliego de cláusulas económico-administrativas, de conformidad con lo establecido en el artículo 206 de la LCSP y cláusula vigésimo segunda del pliego de cláusulas administrativas particulares”.

La cláusula vigésimo segunda del pliego de cláusulas administrativas particulares habilita a la Administración para acordar la resolución contractual cuando el adjudicatario incumpla los plazos establecidos en la cláusula vigésimo primera del mismo pliego para solicitar la licencia de obras y de actividad (un año desde la fecha de formalización de la escritura pública de constitución del derecho de superficie) y para ejecutar las obras de construcción (dos años desde la obtención de la licencia antes señalada).

De los documentos obrantes en el expediente resulta que, otorgada la escritura pública de constitución del derecho de superficie con fecha 19 de enero de 2010, la licencia de obras se solicita transcurrido el plazo de un año desde aquella fecha. El contratista reconoce, en el propio escrito de solicitud, que no aporta toda la documentación que resulta pertinente para su tramitación y, requerido para la subsanación de los defectos observados en aquella al amparo de lo establecido en el artículo 71 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, no los remedia. Con fecha 11 de octubre de 2011 la Alcaldesa declara el desistimiento de la solicitud de licencia de obras, acordando el órgano de contratación el día 26 del mismo mes la incoación del procedimiento de resolución del contrato.

Frente a la indicada resolución de la Alcaldesa de 11 de octubre de 2011, el contratista presenta un recurso de reposición en el que excusa la “falta de subsanación de deficiencias y aportación documental” en “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 impide, por ahora, la obtención de la financiación necesaria para la ejecución del proyecto”, solicitando la anulación de la

resolución y, alternativamente, la ampliación de todos los plazos de ejecución del contrato en “dos años” o su resolución por mutuo acuerdo. En un escrito de alegaciones, de la misma fecha, aduce que “en tanto no gane (...) firmeza la resolución recurrida no procede adoptar ninguna” en el procedimiento de resolución contractual.

De lo actuado resulta que, efectivamente, puede imputarse al contratista el incumplimiento culpable del contrato, y que este incumplimiento es sustancial en la medida en que no ha sido ejecutada ninguna de las prestaciones que constituyen su objeto, sin que las supuestas dificultades financieras aducidas por el adjudicatario en su descargo puedan legitimar la exoneración de las obligaciones contractualmente asumidas. La concurrencia de esta causa de resolución impide que el vínculo contractual pueda extinguirse por mutuo acuerdo de las partes, pues esta posibilidad solamente existe, según el artículo 207.4 de la LCSP, “cuando no concurra otra causa de resolución que sea imputable al contratista”.

Ahora bien, con carácter previo a la resolución contractual, la Administración debería resolver de modo expreso el recurso de reposición planteado frente a la Resolución de la Alcaldía, de fecha 11 de octubre de 2011, por la que se declara el desistimiento de la solicitud de la licencia de obras.

Por último, en cuanto a los efectos de la resolución contractual, procede, de conformidad con lo establecido en el artículo 208.3 de la LCSP, y en los términos señalados en la consideración jurídica segunda de este dictamen, la incautación parcial -y no total- de la garantía definitiva constituida para el resarcimiento de los daños y perjuicios que aquella ocasiona al interés público, que han sido cuantificados por la Administración en 8.222,54 €, importe inferior al de la garantía definitiva prestada. Observación esta que tiene la consideración de esencial a efectos de lo dispuesto en el artículo 3.6 de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, y en el artículo 6.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo del Principado de Asturias

En mérito a lo expuesto, este Consejo dictamina que, una vez atendida la observación esencial contenida en el cuerpo de este dictamen, procede 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, sometido a nuestra consulta.”

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.