

Dictamen nº: **26/18**  
Consulta: **Alcaldesa de Madrid**  
Asunto: **Contratación Administrativa**  
Aprobación: **25.01.18**

**DICTAMEN** del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 25 de enero de 2018, emitido ante la consulta formulada por la alcaldesa de Madrid a través del consejero de Medio Ambiente, Administración Local y Ordenación del Territorio, al amparo del artículo 5.3. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en relación con el expediente sobre resolución del contrato de concesión de construcción, explotación y uso del aparcamiento robotizado denominado Alameda para uso exclusivo de residentes.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El 19 de diciembre de 2017 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid una solicitud de dictamen preceptivo formulada por la alcaldesa de Madrid el 11 de diciembre y canalizada el 14 de diciembre a través del consejero de Medio Ambiente, Administración Local y Ordenación del Territorio, sobre el expediente de resolución del contrato de concesión de construcción, explotación y uso del aparcamiento robotizado denominado Alameda para uso exclusivo de residentes (en lo sucesivo, el contrato) suscrito con la mercantil ORTIZ CONSTRUCCIONES Y PROYECTOS, S.A. (en adelante, “*la contratista*”).

A dicho expediente se le asignó el número 537/17 y el día señalado comenzó el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 23.1 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora, aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero, del Consejo de Gobierno (en adelante, ROFCJA).

La ponencia correspondió, por reparto de asuntos, a la letrada vocal Dña. M.<sup>a</sup> Dolores Sánchez Delgado, quien formuló y firmó la propuesta de dictamen, deliberada y aprobada por el Pleno de la Comisión Jurídica Asesora en la sesión celebrada el día 25 de enero de 2018.

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

1.- El 5 de diciembre de 2005 se adjudicó el referido contrato de concesión a la empresa GRUPO DICO OBRAS Y CONSTRUCCIONES, S.A. El contrato tenía por objeto la ejecución y posterior explotación del aparcamiento en régimen de concesión y una duración de 40 años “*a contar desde la formalización del contrato de adjudicación*” (artículo 6 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares –en adelante, PCAP).

Comenzadas las obras en 2008 y ejecutadas aproximadamente en un 25%, se paralizaron por la presentación de una solicitud de concurso de acreedores voluntario. El contrato fue resuelto por Acuerdo de 30 de julio de 2009 de la Junta de Gobierno de la ciudad de Madrid.

De acuerdo con el artículo 84, en relación con el artículo 90 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (en adelante, TRLCAP), mediante Decreto de 17 de diciembre de 2009 de la delegada del Área de Gobierno de Obras y Espacios Públicos

se adjudicó el contrato a la segunda empresa que se había presentado a la licitación, ORTIZ CONSTRUCCIONES Y PROYECTOS, S.A. Tras haber examinado el expediente y el estado de ejecución de las obras y haber aceptado hacerse cargo del contrato, este se firmó el 30 de diciembre de 2009, y según su cláusula séptima se regiría por el TRLCAP.

El plazo total de ejecución y explotación se fijó en 480 meses a contar desde el día siguiente a la formalización del contrato, y el plazo de ejecución de las obras, en 12 meses desde el día siguiente a la comprobación del replanteo.

El artículo 24 del PCAP señalaba que el concesionario debería constituir una fianza del 4 % del presupuesto de ejecución por contrata del proyecto básico del adjudicatario, correspondiente a la fase de ejecución de las obras, y 90.000 € en cuanto a la concesión del servicio. Añadía el artículo que, transcurrida la cuarta parte del plazo de duración de la concesión, la cuantía de la garantía definitiva destinada a cubrir la concesión del servicio se reduciría a 30.000 €.

La cláusula quinta del contrato concretó las fianzas a constituir para responder del cumplimiento del contrato:

- 169.344,67 € para la fase de construcción.
- 90.000 € para la fase de explotación.
- 1.800.000 € relativa a la subvención que se concedería.
- 3.020.969,10 € como depósito de aval de construcción en la Tesorería Municipal mediante cartas de pago.

Entre las obligaciones del contratista, el artículo 29 del PCAP imponía un servicio de inspección y vigilancia con presencia permanente de 24 horas, incluidos laborables y festivos. Como causa de

resolución del contrato, el artículo 30 de PLCAP enumeraba varios incumplimientos graves que podrían dar lugar al secuestro temporal de la concesión o a su resolución, entre ellos, el mantenimiento inadecuado del inmueble o de las instalaciones. Y en caso de resolución del contrato por incumplimiento del contratista, el artículo 36 señalaba que le sería incautada la fianza y debería además indemnizar a la Administración los daños y perjuicios causados. El artículo 59 enumeraba otras causas de resolución, entre ellas, no atender con la debida diligencia y cuidado a la conservación del aparcamiento o no cumplir las instrucciones dictadas por el Ayuntamiento.

El 28 de diciembre de 2009, por Decreto de la delegada del Área de Gobierno de Obras y Espacios Públicos, se concedió a la empresa la subvención de 1.800.000 € para la obra de construcción (artículo 236 TRLCAP), con la condición de que al precio total de las plazas (34.771€) se le descontase el importe de la subvención, distribuyéndose entre cada una de ellas por un importe de 10.526 €.

Tras la construcción del aparcamiento –con 171 plazas distribuidas en 9 plantas–, el acta de comprobación de las obras de construcción se firmó el 24 de enero de 2011, señalando que la puesta en servicio del aparcamiento quedaba condicionada a la reparación de defectos, fijándose como fecha límite el 24 de febrero de 2011. Finalmente, la puesta en servicio se produjo el 11 de marzo de 2011.

2. En la ejecución del contrato se detectaron numerosas incidencias puestas de manifiesto por sucesivos informes (de 26 de marzo de 2015, 3 de mayo de 2016 y 18 de octubre de 2016, en los que también se daba cuenta de las múltiples quejas de los usuarios de los vehículos. Las deficiencias consistían en: falta de vigilancia (el servicio de vigilancia de 24 horas se presta desde una ubicación alejada del aparcamiento), funcionamiento incorrecto de la central de alarma, mal estado de la pintura y limpieza de los casetones de entrada y salida de

vehículos, incorrecto funcionamiento de los ascensores de los vehículos y desgaste excesivo de las piezas.

Según la propuesta de resolución, por Resolución del director general de Gestión y Vigilancia de la Circulación, de 18 de julio de 2016 (que no consta en el expediente), se requirió al concesionario para que antes del 30 de septiembre de 2016 llevara a cabo todas las actuaciones necesarias para dar una solución definitiva que asegurara el correcto funcionamiento del aparcamiento robotizado, conforme con las prescripciones técnicas del contrato. Contra dicha resolución la empresa interpuso dos recursos contencioso-administrativos que se siguen ante los Juzgados nº 20 (PO 450/2016) y nº 7 (PO 119/2017) de dicha jurisdicción.

Tras nuevos informes del Departamento Técnico de Planificación, Explotación e Inspección de Aparcamientos de 18 de noviembre de 2016 y 27 de enero de 2017, en los que se enumeraban las averías por el incorrecto funcionamiento (de comunicación, fallo de las cintas, fallo del centrador, exceso de tiempo de recogida del robot 2) y a los que se adjuntaban dos anexos en los que se especificaban cuáles eran esas averías e incidencias que habían ocurrido desde el 19 de octubre al 14 de noviembre de 2016 (16) y del 15 de noviembre del 2016 al 19 de enero de 2017 (24), se impusieron a la empresa, según la propuesta, sendas multas coercitivas de 601,01 € y se concedió un mes para que corrigiera todas las deficiencias que se indicaban.

Asimismo, se ordenaba reiterar las multas coercitivas mensualmente en la misma cuantía, en tanto no se corrigieran las deficiencias en la forma fijada por los Servicios Técnicos.

3. El 22 de febrero de 2017 la empresa solicitó la resolución del contrato de aparcamiento, la indemnización de daños y perjuicios que cifraba en 805.859,88 € más intereses, el pago de los sobrecostos de la

reparación del sistema robotizado en los que había incurrido, así como la devolución y cancelación de los avales por importe de 169.344, 67 €, 1.800.000 € y 90.000 €.

Un nuevo informe de los Servicios Técnicos de 30 de mayo de 2017 volvió a poner de manifiesto nuevas incidencias que dificultaban, retrasaban e incluso impedían el estacionamiento y recuperación de los vehículos por los cesionarios.

Por otro lado, el 1 de junio de 2017 los titulares cesionarios reunidos en Junta de Gobierno y Plataforma de Afectados del PAR ALAMEDA instaron la extinción de su contrato como cesionarios, y la devolución de las cantidades abonadas, aportando el Acta del 27 de abril de 2017 en la que mayoritariamente lo acordaron.

En escrito fechado el 2 de julio de 2017 presentaron la relación cronológica de los incumplimientos de la empresa.

Contra la desestimación presunta de la resolución del contrato instada por la empresa, esta interpuso un nuevo recurso contencioso-administrativo ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 6 de Madrid (PO 208/2017).

4. De conformidad con el artículo 59.1.13 y 14 y el artículo 30 del Pliego de Cláusulas Particulares (en adelante, PCAP) que califican como incumplimientos de carácter grave las actuaciones que afecten a la buena prestación del servicio público y efectuar un mantenimiento de las instalaciones inadecuado, en relación con el artículo 264.j) del TRLCAP, la subdirectora general de Aparcamientos propuso la resolución del contrato por las deficiencias reiteradas que señalaban los servicios técnicos, que se concretaban en las siguientes:

- La falta de un servicio de inspección y vigilancia con presencia permanente que abarcará un horario efectivo de 24 horas, incluidos

laborables y festivos, salvo que el Ayuntamiento autorice otro régimen de inspección y vigilancia (circunstancia que nunca se produjo).

- La negligencia en las labores de mantenimiento del sistema robotizado con constantes averías que dificultan, retrasan e impiden el estacionamiento y recuperación de los vehículos estacionados, con periodos de respuesta largos (en la gran mayoría entre 60 y 120 minutos hasta la resolución de la incidencia).

**TERCERO.-** El 20 de julio de 2017 la delegada del Área de Gobierno de Medio Ambiente y Movilidad ordenó el inicio del expediente de resolución del contrato, lo que se notificó al contratista y al avalista del contrato al efecto de que pudiesen presentar alegaciones.

En sus alegaciones la empresa no discutió las continuas averías que producían la parada de las instalaciones, si bien consideraba que no se trataba de un defecto de construcción y/o mantenimiento del aparcamiento sino que las achacaba a un defecto de diseño del sistema robotizado del aparcamiento por el proyecto constructivo aprobado por el Ayuntamiento, que no fue el ofertado por la empresa sino el presentado por la anterior empresa que había sido adjudicataria del contrato en primer lugar. Señalaba el contratista que ese sistema había resultado inidóneo ya que adolecía de vicios ocultos en su funcionamiento, sin que pudieran imputársele los defectos de diseño del Proyecto. Señalaba que la administración no podía *“ponerse de lado y no asumir ninguna responsabilidad”* puesto que el artículo 97 de TRLAP le obligaba a responder por los vicios del proyecto elaborado.

Concluía afirmando que debía resolverse el contrato pero no por las causas alegadas por el Ayuntamiento, sin que procediese la incautación de la fianza cuando los defectos de diseño solo eran imputables al Ayuntamiento, y menos la que garantizaba la fase de construcción pues lo que alegaba el Ayuntamiento para resolver el

contrato eran incidencias en la explotación del contrato. Además, el acta de comprobación del replanteo se firmó el 24 de enero de 2011 y en ella se señaló que los defectos que pudieran existir eran de escasa entidad y no impedían la puesta en servicio en condiciones de seguridad para los usuarios, y ya había concluido (el 24 de enero de 2013) el plazo de garantía de dos años señalado en el PCAP.

El 4 de septiembre de 2017 se formuló una propuesta de resolución del contrato para ser sometida a informe del Servicio Jurídico y de la Intervención General y en la que, a la inicial propuesta, añadían las alegaciones del contratista y las rebatían con los siguientes argumentos:

- De conformidad con el artículo 90 del TRLCAP, antes de aceptar el contrato el contratista tuvo acceso a toda la documentación objeto del contrato.

- Cuando aceptó el contrato, el proyecto solo se había ejecutado en un 25 %, por lo que podría haber defendido un cambio de sistema robotizado, pero lo asumió y mantuvo incluso la misma dirección facultativa del proyecto.

- Existían elementos ajenos al sistema robotizado que incidían en su mal funcionamiento: la falta de dotación o remanente de reposición de piezas que suponía la no renovación con la frecuencia necesaria de los elementos que sufrían mayor desgaste y que provocaba que las averías fueran más frecuentes.

- -En cuanto a la devolución de las fianzas, el artículo 24 del PCAP no establecía el momento en que debían devolverse las fianzas. Y dado que los artículos 241 y 262.2 del TRLCAP diferenciaban entre el acta de comprobación de las obras (cuando se hubieran terminado) y el acta de recepción formal de las obras (cuando finalizaba la concesión), haciendo uso de su facultad de interpretación del contrato, consideraba

que las fianzas (incluida la constituida para la ejecución de las obras) habrían de devolverse al finalizar la concesión.

Mediante Decreto de 26 de septiembre de 2017 se ordenó suspender el procedimiento de resolución del contrato para solicitar informe a la Asesoría Jurídica, lo que se notificó al contratista el 18 de octubre.

El informe se emitió el 18 de octubre de 2017 y en él se daba cuenta de que también el contratista había solicitado la resolución del contrato sin que constara en el expediente remitido dicha solicitud ni el estado en que se encontraba el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la inactividad del Ayuntamiento. Advertía que, en el caso de concurrencia de varias causas de resolución del contrato, para resolver el contrato habría que atender a la primera causa que se hubiera producido. Y en el caso consultado, al ignorar las circunstancias alegadas por el contratista al instar la resolución del contrato, no podían pronunciarse sobre los incumplimientos aducidos por la Administración municipal. No consta que se haya notificado el informe.

El 30 de octubre de 2017 el Servicio de Gestión y régimen Jurídico dio respuesta al informe del Servicio Jurídico y puntualizó que en los dos expedientes relativos a la resolución del contrato –el instado por el contratista y el iniciado de oficio por la Administración- había una única causa de resolución del contrato: el mal funcionamiento del sistema robotizado por constantes averías y deficiencias que retrasaban e impedían el estacionamiento y recuperación de los vehículos estacionados, y que, al no darse varias causas de resolución, no era necesario la elección de su prevalencia por la especialidad de su contenido para su resolución.

Por Decreto de 2 de noviembre de 2017 se acordó nuevamente la suspensión temporal del procedimiento para que la Intervención General emitiera su dictamen, lo que se notificó al contratista el 8 de noviembre.

La Intervención General informó favorablemente la resolución del contrato por incumplimiento de las obligaciones esenciales y propuso la incautación de la fianza que respondía de la fase de construcción del contrato y de la fase de la explotación del mismo. Además, añadía que la propuesta de resolución también habría de manifestarse sobre la fianza constituida con motivo de la subvención concedida. No consta la notificación del informe al contratista y al avalista.

En una nueva propuesta de resolución se añadió la observación de la Intervención General relativa a la incautación de la fianza relativa a la subvención, y se señalaba que, de los 1.800.000 € correspondientes a la subvención, únicamente se incautaría la parte no ejecutada del aval, que afectaba a 42 plazas de aparcamiento sin comercializar y que ascendía a 442.092 €. En lo demás la propuesta era idéntica a la informada por el Servicio Jurídico y la Intervención General.

Por Decreto de 29 de noviembre de 2017 se ordenó la suspensión del procedimiento en tanto se emitiese dictamen por la Comisión Jurídica Asesora, si bien dicho decreto y el expediente de resolución del contrato tuvieron entrada en la Comunidad de Madrid el 12 de diciembre de 2017, acompañado de un oficio fechado el día anterior. No consta la notificación de la suspensión del procedimiento al contratista ni al avalista.

La petición de dictamen tuvo entrada finalmente en la Comisión el 19 de diciembre de 2017.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

## CONSIDERACIONES DE DERECHO

**PRIMERA.** La petición de dictamen se ha de entender realizada al amparo de lo dispuesto en el artículo 5.3.f) d. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, a cuyo tenor la Comisión Jurídica Asesora deberá ser consultada en los expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid en los supuestos de “*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*”, y ha sido formulada por órgano competente para ello en virtud de lo dispuesto en el artículo 18.3.c) del ROFCJA.

El presente dictamen ha sido evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 23.1 del ROFCJA.

**SEGUNDA.** Respecto al procedimiento a seguir para la resolución del contrato hay que determinar primero cuál es la legislación aplicable.

El contrato fue adjudicado al primer contratista bajo la vigencia del TRLCAP y, tras la resolución de aquel primer contrato, de acuerdo con el artículo 84.2 del TRLCAP, mediante Decreto de 17 de diciembre de 2009 se adjudicó al contratista que ha venido ejecutando el contrato hasta ahora. Pero, aunque en 2009 ya estaba en vigor la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en virtud de su disposición transitoria primera, se aplica a este contrato la normativa anterior a las cuestiones materiales, esto es, el TRLCAP, mientras que las cuestiones formales y de procedimiento se regirán por la norma actualmente vigente: el texto refundido de la Ley de Contratos del

Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP).

Además, en este último aspecto habrá que tener en cuenta también lo dispuesto en el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley de Contratos del Sector Público y, además, ante la falta de desarrollo reglamentario en el aspecto objeto de estudio de las disposiciones vigentes en materia de contratación del sector público, debe considerarse lo dispuesto en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), y concretamente en su artículo 109, dedicado al *“procedimiento para la resolución de los contratos”*.

De forma subsidiaria se aplicara, conforme la disposición final 3ª del TRLCSP la legislación de procedimiento administrativo, esto es, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC). En el mismo sentido se pronunciaba la disposición adicional séptima del TRLCAP pero con remisión a la anterior normativa del procedimiento administrativo.

En cuanto a la competencia para acordar la resolución de los contratos administrativos, el artículo 59 del TRLCAP (en los mismos términos se pronuncia el 210 del TRLCSP) dispone que *“dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, (...) acordar su resolución y determinar los efectos de esta”*.

Por su parte, el artículo 112 de la TRLCAP (actual artículo 224 del TRLCSP) regula la aplicación de las causas de resolución y señala que *“la resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, en su caso, siguiendo el procedimiento que en las normas de desarrollo de esta Ley se establezca”*.

En este caso, la competencia para resolver el expediente corresponde a la delegada del Área de Gobierno de Medio Ambiente y Movilidad, por Acuerdo de 29 de octubre de 2015 de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid de organización y competencias del Área de Gobierno de Medio Ambiente y Movilidad (BOCM 10/11/2015), según consta en el expediente.

El artículo 211.1 del TRLCSP requiere que en el correspondiente expediente de resolución del contrato se otorgue audiencia al contratista. Además debe tenerse en cuenta que el artículo 109 del RGCAP, vigente a falta de una disposición reglamentaria que desarrolle estos procedimientos, exige la audiencia al avalista o asegurador “*si se propone la incautación de la garantía*”, así como un informe del Servicio Jurídico. Por otro lado, el apartado tercero del precitado artículo 211.3.a) del TRLCSP dispone que es preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, en los casos de interpretación, nulidad y resolución, cuando se formule oposición por parte del contratista.

En este caso, el contratista, en sus alegaciones, mostraba su conformidad a la resolución del contrato, pero se oponía y discrepaba con las causas esgrimidas por la Administración Municipal para resolverlo. Constando en este sentido la oposición del contratista, corresponde emitir dictamen por esta Comisión.

Además, de acuerdo con lo previsto en el artículo 114.3 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), son necesarios los informes de la Secretaría e Intervención municipales.

Conforme a la normativa expuesta, resulta que, en nuestro caso, se ha dado audiencia a la empresa contratista, que ha formulado

alegaciones tras la notificación del acuerdo de inicio al que se acompañaba la primera propuesta de resolución del contrato. Al proponerse incautación de la garantía, también se ha dado audiencia a la entidad avalista que, sin embargo, no se ha pronunciado.

Asimismo, se ha emitido informe tanto por la Asesoría Jurídica como por la Intervención General municipales. De estos informes no se ha dado traslado ni al avalista ni al contratista.

El trámite de audiencia, de acuerdo con el artículo 82 LPAC, establece que *“instruidos los procedimientos, e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución, se pondrán de manifiesto a los interesados o, en su caso, a sus representantes, para lo que se tendrán en cuenta las limitaciones previstas en su caso en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre”*.

En relación con los mencionados informes, se observa que se han incorporado al expediente una vez cumplimentado el trámite de audiencia. Esta circunstancia puede o no ser relevante en función del contenido de los informes. Así, si dichos informes no introdujeran ningún hecho nuevo sino que incidieran en las mismas causas de resolución y efectos consignados en el acuerdo de incoación del expediente de resolución del contrato, habría de considerarse que no se causaba indefensión a la empresa adjudicataria y al avalista, de acuerdo con la doctrina reiterada por esta Comisión en varios dictámenes, como el 516/16, de 17 de noviembre, el 315/17, de 27 de julio, o el 399/17, de 5 de octubre, entre otros, teniendo en cuenta además que el artículo 82.1 de la LPAC admite que la audiencia sea previa al informe del órgano competente para el asesoramiento jurídico. Por el contrario, si se introdujeran elementos nuevos sobre los que los interesados no hubieran podido pronunciarse, procedería la retroacción del expediente para darles audiencia, como así se señaló en nuestro Dictamen 457/17 de 8 de noviembre.

El trámite de audiencia tiene la finalidad de que los interesados puedan realizar alegaciones o aportar nuevos documentos o justificaciones al expediente, y que esa actuación de parte sea potencialmente efectiva, esto es, tenga virtualidad suficiente para influir en el ánimo del órgano competente para resolver. Si bien como hemos venido señalando, lo esencial, no es tanto que el particular deba ser oído, cuanto que tenga la posibilidad de conocer todas las actuaciones administrativas para poder, después, alegar lo que estime pertinente en defensa de su derecho.

Como recuerda la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2017 (recurso 3652/2014) con cita de otra anterior de 15 de marzo de 2012, *“la omisión del trámite de audiencia en procedimientos no sancionadores no constituye en sí misma o por sí sola ninguna de las dos causas de nulidad de pleno derecho previstas en las letras a) y e) del número 1 del artículo 62 de la Ley 30/1992, sino que queda regida por la previsión del número 2 del artículo 63 de la misma Ley, de suerte que sólo determinará la anulabilidad del acto dictado en el procedimiento en que se omitió si dio lugar a una indefensión real y efectiva del interesado”*.

En efecto, en palabras del mismo Tribunal Supremo, *“(…) los vicios de forma adquieren relevancia cuando su existencia ha supuesto una disminución efectiva y real de garantías. La indefensión es así un concepto material, que no surge de la misma omisión de cualquier trámite. De la omisión procedimental ha de derivarse para el interesado una indefensión real y efectiva, es decir, una limitación de los medios de alegación, de prueba y, en suma, de defensa de los propios derechos e intereses”* (STS de 11 de noviembre de 2003).

Como ya se ha expuesto, en este caso, se puso en conocimiento del contratista y del avalista el inicio del expediente de resolución del contrato y las causas en las que se fundamentaba, si bien no se ha

dado traslado de los posteriores informes incorporados al expediente, y, concretamente, del informe de la Intervención General que ha supuesto que se incluya en la propuesta de resolución la incautación de la fianza constituida con motivo de la subvención concedida (1.800.000 €) y sobre lo que no han tenido posibilidad de defensa al respecto.

Es por ello, que procedería la retroacción del procedimiento para subsanar tal defecto, retroacción que no se llevará a efecto por lo que luego se expondrá en relación al plazo de resolución y notificación.

**TERCERA.** Para concluir con el examen del procedimiento a seguir, hemos de referirnos al plazo para resolver el expediente de resolución del contrato. Ni el TRLCSP ni el RGCAP establecen nada al respecto.

Ello no obstante, el Tribunal Supremo en sentencias de 13 de marzo de 2008 (recurso 1366/2005), 9 de septiembre de 2009 (recurso de casación para la unificación de doctrina 327/2008) y de 28 de junio de 2011 (recurso 3003/2009), por citar algunas, ya declaró la aplicación supletoria de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en la actualidad, la LPAC) de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional séptima del TRLCAP (hoy, referido a la disposición final tercera del TRLCSP), de forma que si no se resuelve en un plazo de tres meses habiéndose iniciado de oficio, debe entenderse caducado, por el juego conjunto de los artículos 21.3,a) y 25.1,b) de la LPAC.

Pese a la brevedad de este plazo -tres meses-, puede suspenderse al recabarse dictamen del órgano consultivo, según el artículo 22.1.d) de la LPAC que establece que:

*“El transcurso del plazo máximo legal para resolver un procedimiento y notificar la resolución se podrá suspender (...) d)*

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

En el caso sometido a dictamen, iniciado el procedimiento el 20 de julio de 2017, el plazo se suspendió en tres ocasiones:

- El 26 de septiembre se acordó la suspensión para informe del Servicio Jurídico, que se emitió el 18 de octubre y se ignora cuándo se recibió. La suspensión del plazo se notificó al contratista (no al avalista) el 18 de octubre pero no consta ni el momento de su recepción ni que se notificara la emisión del informe.

- El 2 de noviembre se acordó la suspensión para solicitar informe a la Intervención General, se notificó al contratista (no al avalista) el 8 de noviembre, y el informe se emitió el 24 de noviembre, sin que se conozca su fecha de recepción y sin que conste que se comunicase a los interesados su emisión.

- La última suspensión se produjo el 29 de noviembre de 2017 para solicitar el dictamen de esta Comisión, que no consta comunicada a los interesados. No aparece registrada la fecha de salida de la solicitud del dictamen a esta Comisión pero sí la entrada en la Comunidad de Madrid el día 12 de diciembre de 2017 del oficio del Ayuntamiento, fechado el día 11 de diciembre, en el que lo solicitaba. La solicitud se recibió en la Comisión el 19 de diciembre.

En cuanto a la suspensión del procedimiento, se plantean dos cuestiones que inciden en su eficacia.

En primer lugar, la necesidad de notificar a los interesados la solicitud y la recepción de los informes que tienen la virtualidad de suspender el procedimiento.

No figura en el expediente remitido que las sucesivas suspensiones se hayan notificado al avalista, con las consecuencias que de esa falta de comunicación se derivan, ni tampoco la notificación al contratista de la última suspensión del procedimiento (la referida a la solicitud del dictamen a esta Comisión). La falta de notificación del acuerdo de suspensión al contratista o al avalista, redundaría en la falta de eficacia interruptiva del mismo, tal y como viene manifestando la jurisprudencia. Así la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2011 (recurso 6049/2009):

*“Lo que la Sala sentenciadora rechaza es que opere la suspensión en el caso examinado al no haberse notificado al interesado ni la petición del informe ni la recepción de los mismos incumpliendo el artículo citado [el actual artículo 22.1, d) de la LPAC] y con la consecuencia que declara, que consideramos ajustada a Derecho. (...). A tenor del precepto invocado por la recurrente y sus alegaciones así como de lo declarado por la sentencia impugnada, se llega a la conclusión de que el precepto fue correctamente aplicado en su literalidad por la Sala de instancia, al negar la eficacia interruptiva de la petición de informes, por la falta de notificación al interesado tanto de la solicitud como de la recepción de los informes, desconociendo éste la suspensión de la tramitación del expediente de revocación de su licencia de armas”.*

En el mismo sentido el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, recuerda en su sentencia de 26 junio de 2008 (recurso 478/2005):

*“Y es que no puede olvidarse que la suspensión del plazo para resolver tiene carácter excepcional y debe, por tanto, ser objeto de interpretación restrictiva; la norma aplicable ha condicionado dicha*

*suspensión al cumplimiento ineludible de los requisitos mencionados (la comunicación a los interesados tanto de la petición de informe como de su recepción) en términos que no dejan lugar a dudas, al utilizar la forma verbal imperativa hasta en dos ocasiones (deberá)”.*

En segundo lugar, hay que tener en cuenta también el momento en que se produce la suspensión del procedimiento. 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 21.3.a)* de la LPAC.

En cuanto al momento en que opera la suspensión del plazo para resolver, era doctrina del Consejo Consultivo que la fecha de efectividad de la suspensión es la de la petición de dictamen al órgano que ha de emitirlo (dictámenes 115/13 de 3 abril y 188/13 de 8 de mayo). Este criterio ha sido acogido por la Comisión Jurídica Asesora en nuestros dictámenes 528/16, de 24 de noviembre, 125/17, de 23 de marzo, el 162/17, de 20 de abril, el 272/17, de 29 de junio, el 399/17, de 5 de octubre, y 457/17, de 8 de noviembre, entre otros.

En iguales términos se han pronunciado otros consejos consultivos, por ejemplo el Consejo Consultivo de Murcia en su Dictamen 181/09, que señala que la fecha de efectividad de la suspensión no puede ser la del acto en que se acuerda “*dadas las dificultades para un efectivo control y verificación de tal fecha por parte del interesado, extremo que sin duda afecta a sus intereses*”.

En ese dictamen se considera que “*parece razonable referir la efectiva suspensión del plazo en cuestión al momento en que la solicitud del dictamen adquiere una trascendencia externa al propio órgano solicitante, pues ello otorga mayores garantías de control, pudiendo centrarse tal momento en la fecha en que la solicitud de Dictamen es registrada de salida en el correspondiente registro público*”.

En este caso, la última suspensión del procedimiento se produjo el 29 de noviembre para requerir el dictamen de esta Comisión pero no consta el registro de salida de esa solicitud. La única fecha de la que se tiene constancia es la de la recepción de la petición de dictamen en la Comunidad de Madrid (el 12 de diciembre), por lo que, computados todos los periodos en los que el procedimiento ha estado suspendido, debe estimarse que ha caducado, sin perjuicio de que pueda iniciarse otro procedimiento de resolución del contrato, conservando aquellos actos que sea procedente conservar, en virtud de lo dispuesto en el artículo 51 de la LPAC.

En mérito cuanto antecede, esta Comisión Jurídica Asesora formula la siguiente

### **CONCLUSIÓN**

El procedimiento para la resolución del contrato de concesión de construcción, explotación y uso del aparcamiento robotizado denominado Alameda para uso exclusivo de residentes ha caducado. Ello, no obstante, no impide a la Administración consultante iniciar un nuevo expediente de resolución del contrato en cuya tramitación habrán de observarse las formalidades señaladas en nuestras consideraciones jurídicas en relación con la audiencia de los interesados y la forma de suspender el procedimiento cuando se soliciten informes preceptivos, para cuya emisión deberán remitir la documentación que forma parte del expediente y la que se cite a lo largo del mismo.

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 esta Comisión Jurídica Asesora de conformidad con lo establecido en el artículo 22.5 del ROFCJA.

Madrid, a 25 de enero de 2018

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 26/18

Excma. Sra. Alcaldesa de Madrid

C/ Montalbán, 1 – 28014 Madrid