

Dictamen n<sup>o</sup>:           **408/09**  
Consulta:               **Alcalde de Madrid**  
Asunto:                 **Contratación Administrativa**  
Aprobación:           **22.07.09**

**DICTAMEN** de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 22 de julio de 2009, sobre consulta formulada por el Vicealcalde de Madrid (por delegación del Alcalde mediante Decreto de 1 de septiembre de 2008), a través del Consejero de Presidencia, Justicia e Interior, al amparo del artículo 13.1.f) de su Ley reguladora, 6/2007, de 21 de diciembre, sobre resolución del contrato de concesión de obra pública para la construcción, explotación y uso del aparcamiento robotizado para residentes de concesión municipal A, adjudicado a la empresa B

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Mediante Decreto de 2 de abril de 2009 de la Delegada del Área de Gobierno de Obras y Espacios Públicos del Ayuntamiento de Madrid, se acordó iniciar el expediente para la resolución del contrato de concesión de obra pública, denominado “construcción, explotación y uso del aparcamiento robotizado para residentes A, suscrito con la empresa B, en adelante *“la Empresa”*, por paralización efectiva de la obra por un plazo superior a 30 días naturales por lo que concurre la causa de caducidad de la concesión, (folio 594 del expediente administrativo).

**SEGUNDO.-** Los hechos deducidos del expediente administrativo son los siguientes:

1.- Con fecha 24 de mayo de 2005, se autoriza por el Concejal de Gobierno de Seguridad y Servicios a la Comunidad del Ayuntamiento de Madrid, la iniciación del expediente de contratación para la construcción, explotación y uso del aparcamiento robotizado para residentes de concesión municipal A, constando mediante escrito de 24 de mayo de 2005, obrante al folio 159 del expediente administrativo, que por la Dirección General de Movilidad se inicia el correspondiente expediente de contratación.

El Concejal de Gobierno de Seguridad y Servicios a la Comunidad por delegación de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid, aprobó con fecha 5 de septiembre de 2005, los Pliegos de Prescripciones Técnicas, y de Cláusulas Administrativas Particulares, (folio 235 del expediente administrativo), siendo autorizada por la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid en fecha de 8 de septiembre de 2005, la celebración del contrato, con un presupuesto de licitación de 4.187.689,99.- €, mediante el procedimiento abierto y forma de concurso, así como el gasto correspondiente por importe de 1.800.000.- euros.

El objeto del contrato consiste en la construcción, explotación y uso del aparcamiento, de tipo robotizado, en régimen exclusivo de parking para residentes, que abonarán el precio que se oferte por el derecho de uso de las plazas, siendo subvencionado el precio final de las plazas por el Ayuntamiento de Madrid en la cantidad de 1.800.000.- euros.

Con la misma fecha se aprueba el anteproyecto de construcción y se convoca el concurso mediante sendos Decretos del Concejal de Gobierno de Seguridad y Servicios a la Comunidad, (folios 238 y 239 del expediente administrativo).

2.- A la licitación así convocada se presentaron la empresa B, y la empresa C, según certificado de la Jefa del Departamento de Contratación, (folio 248 del expediente administrativo).

3.- Efectuada la licitación, mediante Decreto dictado por delegación en virtud de acuerdo de la Junta de Gobierno de 24 de junio de 2004, el Concejal Delegado de Seguridad y Servicios a la Comunidad, adjudicó el contrato a la empresa B por tratarse de la oferta más ventajosa para la Administración, según la valoración efectuada por la mesa de contratación, en aplicación de los criterios de adjudicación recogidos en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

Aportada en plazo por la empresa adjudicataria la documentación requerida con carácter previo a la firma del contrato, el mismo se formalizó con fecha 28 de diciembre de 2005, previo el depósito de la garantía definitiva y abono de los correspondientes anuncios.

Para responder del cumplimiento de dicho contrato, la adjudicataria constituyó garantía definitiva, mediante diversos seguros de caución.

4.- Con fecha 28 de febrero de 2006, se presenta por la empresa adjudicataria el proyecto de Diseño funcional de Aparcamiento Robotizado A, aprobado con fecha 7 de junio de 2006, por Decreto del Concejal de Gobierno y Seguridad el 7 de junio de 2006. En dicho proyecto se prevé una capacidad del parking de 171 plazas en 9 plantas con un plazo de ejecución de las obras en nueve meses.

Asimismo, se presenta para aprobación el correspondiente proyecto de construcción el 20 de octubre de 2006, proponiéndose la aprobación parcial del mismo y autorizando a efectos de facilitar el comienzo de las obras, la realización de la pantalla perimetral y los pilares-contrafuertes, con un plazo de ejecución de 10 meses desde el acta de comprobación del replanteo de las mismas, (folio 526 del expediente administrativo).

El acta de comprobación del replanteo se suscribe por las partes contratantes con fecha 11 de febrero de 2008, (folios 528 y 529 del expediente administrativo).

Mediante Decreto de 6 de octubre de 2008, de la Delegada del Área de Obras y Espacios Públicos, se aprueba el proyecto de construcción correspondiente al contrato de concesión de obra pública objeto del presente dictamen, (folio 550 del expediente administrativo), suscribiéndose la correspondiente acta de replanteo de las obras con fecha 16 de noviembre de 2008. En dicha acta se hace constar que con anterioridad ya se había suscrito el acta de comprobación del replanteo con aprobación parcial del proyecto de construcción y autorización parcial para el inicio de las obras, por lo que la adjudicataria firma que queda enterada que el plazo de ejecución comenzó el 11 de febrero de 2008, fecha del acta de comprobación del replanteo, (folio 551 del expediente administrativo).

5.- Mediante escrito dirigido a la Subdirección General de Construcción de Infraestructuras singulares, con fecha 4 de noviembre de 2008, la empresa solicita ampliación del plazo de finalización de la obra, en doce meses y 4 días hasta el 15 de diciembre de 2009, al encontrar en la fase de ejecución de la pantalla perimetral elementos enterrados de saneamiento cimentaciones y otros no contemplados en el proyecto, por la necesidad de realizar un estudio de las pantallas y ciertas modificaciones en los cálculos al haberse iniciado obras de construcción en el solar contiguo; y debido a la crisis financiera dado que el modelo de equipo robotizado se fabrica en Alemania se ha retrasado el inicio de dicha construcción, a pesar de haber presentado los avales necesarios a la empresa Gestora del Robot, y se ha retrasado asimismo la realización de las pantallas por la empresa encargada de la ejecución de tales trabajos, (folio 552 del expediente administrativo).

Mediante Decreto de 17 de noviembre de 2008, de la Delegada del Área de Obras y Espacios Públicos se concede dicho aplazamiento, (folio 554 del expediente administrativo).

6.- Consta en el expediente un escrito de la Delegada del Área de Obras y Espacios Públicos de fecha 3 de febrero de 2009, requiriendo a la

empresa para que informe si la misma está incurso en algún procedimiento regulado en la Ley Concursal, ante las noticias aparecidas en medios de comunicación, (folio 556 del expediente administrativo), siendo atendido mediante escrito de fecha 6 de febrero, en el que se pone en conocimiento del Ayuntamiento que con fecha 23 de enero de 2009 la empresa solicitó ante los Juzgados de lo Mercantil de Madrid la declaración de concurso voluntario de acreedores, no habiéndose producido dicha declaración en dicho momento, (folio 559 del expediente administrativo).

7.- Asimismo, se requiere a la empresa para que informe en relación con la póliza de afianzamiento colectivo y las pólizas individuales emitidas a favor de los cesionarios de las plazas de garaje, emitidas por D (folio 566 del expediente administrativo), siendo atendido dicho requerimiento con fecha 31 de marzo de 2009 (folio 590 del expediente administrativo), aportándose certificado por dicha entidad relativo al estado de las pólizas en el que se señala que *“cada póliza individual tendrá vigencia hasta que se terminen las vigentes obras, se obtenga licencia de primera ocupación o cédula de habitabilidad”* (folio 629 del expediente administrativo).

8.- Ante estas circunstancias, mediante Decreto de 2 de abril de 2009, de la Delegada del Área de Obras y Espacios Públicos, se inicia el expediente de resolución del contrato, motivado en la paralización efectiva de la ejecución de la obra por un plazo superior a 30 días naturales, por lo que concurre causa de caducidad de la concesión, de acuerdo con el artículo 264. j) del TRLCAP (folio 594 del expediente administrativo).

9.- El 3 de abril de 2009, se notificó el trámite de audiencia al representante de la empresa, y a la entidad avalista, comunicando el inicio del expediente de resolución del contrato suscrito, y proponiendo la incautación de la garantía definitiva depositada en su día para responder de la correcta ejecución del contrato (folios 595 a 603 del expediente administrativo). También se notifica esta circunstancia a los vecinos

afectados por parte del Ayuntamiento de Madrid (folio 630 del expediente administrativo).

El 21 de abril de 2009 la empresa formula escrito de oposición a la resolución del contrato, alegando que las obras no se encuentran paralizadas al tener personal destacado en las mismas, y la finalización de un puente grúa fabricado a medida para la obra en cuestión. Asimismo, alega que el retraso en el inicio de las obras no es imputable a la empresa, considerando que la empresa se encuentra todavía dentro del plazo de ejecución de las obras.

En contestación a dichas alegaciones, el 27 de abril de 2009, se emite informe por el Subdirector General de Infraestructuras, en el que se concluye que las obras están paralizadas desde el 23 de enero y que es imposible el cumplimiento de los plazos establecidos en la última prórroga de 17 de enero de 2009 (folio 642 del expediente administrativo).

Consta que se han evacuado alegaciones por E, D, y F

10.- Con fecha 2 de junio de 2009, se emite informe por la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento de Madrid en el que se concluye que procede la resolución del contrato por la causa prevista en el artículo 264 i) del TRLCAP, en relación con la cláusula 59 del pliego de cláusulas Administrativas Particulares, por paralización de la obra durante un plazo superior a 30 días; por incumplimiento del plazo total previsto para la realización de las obras objeto del contrato; y por incumplimiento de la obligación contractual prevista en la cláusula 31 del pliego de cláusulas Administrativas Particulares, esto es, la suscripción de una póliza de aseguramiento de las cantidades entregadas por los concesionarios de la plazas de garaje.

11. Con fecha 16 de junio de 2009, se emite informe por la Intervención del Ayuntamiento de Madrid, exigido el artículo 214.2.a) del

Texto Refundido de Haciendas Locales, aprobado por real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, en relación al artículo 23 de la Ley de Madrid.

12.- Con fecha 13 de mayo de 2009, se realiza propuesta de resolución del contrato de obras suscrito con la Empresa al amparo de lo dispuesto en el artículo 111 e), g) y h) y 243 y 263 del TRLCAP y la incautación de las garantías constituidas, con base a lo preceptuado en el artículo 113, y 266.4 del TRLCAP, (folio 700 a 702 del expediente administrativo).

**TERCERO.-** Del expediente administrativo conviene destacar, además de los reseñados en el anterior antecedente, los siguientes hechos relevantes:

El artículo 24 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares cifra la garantía definitiva en un 4% del presupuesto de ejecución por contrata (incluido IVA), esto es 169.344,67.-€, más 90.000.-€ en cuanto a la concesión del servicio.

El artículo 31 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares establece que antes de formalizar cualquier contratación de cesión de derechos de uso de las plazas de residentes, el concesionario deberá concertar un seguro que garantice las cantidades entregadas a cuenta por los adquirentes del derecho de uso de las plazas, debiendo facilitarse a los cesionarios certificados individuales, sin coste alguno, en lo que se especifiquen las formas de pago y cantidades reales entregadas.

El artículo 59.1.3 del Pliego señala como causa de caducidad de la concesión la interrupción de las obras, durante un plazo superior a 30 días naturales, sin causa justificada.

**CUARTO.-** En fecha 24 de junio de 2009, el Consejero de Presidencia, Justicia e Interior acuerda remitir al presente Consejo Consultivo el expediente para la emisión de dictamen al amparo del artículo 13.1 f) apartado cuarto, de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, reguladora del

Consejo Consultivo, habiendo tenido entrada en este Consejo Consultivo el 26 de junio de 2009, por trámite ordinario, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, a la Sección II, presidida por la Excm. Sra. Dña. Rosario Laina Valenciano, que firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 22 de julio de 2009.

El escrito solicitando el dictamen fue acompañado de la documentación que, numerada y foliada, se consideró suficiente, y de la que se ha dado cuenta en lo esencial en el antecedente de hecho anterior.

A la vista de los hechos anteriores cabe hacer las siguientes

## CONSIDERACIONES EN DERECHO

**PRIMERA.-** La petición de dictamen se realiza al amparo de lo dispuesto en el artículo 13.1f) apartado cuarto de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, a cuyo tenor el Consejo Consultivo deberá ser consultado 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”*. El artículo 59.3 del *TRLCAP*, a la sazón vigente, se refiere a la necesidad de dictamen del Consejo de Estado u órgano equivalente de las Comunidades Autónomas cuando, en los supuestos manifestados, se formule oposición por el contratista.

El dictamen ha sido evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 16.1 LRCC.

**SEGUNDA.-** En materia de procedimiento, la resolución de contratos administrativos exige atenerse a lo previsto en los artículos 59.1 del TRLCAP a cuyo tenor *“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 ésta. En el correspondiente expediente se dará audiencia al contratista”*. El apartado tercero de dicho artículo dispone que será 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.

Por su parte el artículo 112 del TRLCAP dispone en su apartado primero que *“la resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, en su caso, mediante el procedimiento en la forma que reglamentariamente se determine”*.

El artículo 67.1 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, dispone que *“los efectos de la declaración del concurso sobre los contratos administrativos celebrados por el deudor con las Administraciones Públicas se regirán por lo establecido en su legislación especial”*. El artículo 109 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGCAP), regula el procedimiento, estableciendo:

*“La resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, previa autorización, en el caso previsto en el último párrafo del artículo 12.2 de la Ley, del Consejo de Ministros, y cumplimiento de los requisitos siguientes:*

*a) Audiencia del contratista por plazo de diez días naturales, en el caso de propuesta de oficio.*

*b) Audiencia, en el mismo plazo anterior, del avalista o asegurador si se propone la incautación de la garantía.*

*c) Informe del Servicio Jurídico, salvo en los casos previstos en los artículos 41 y 96 de la Ley.*

*d) Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, cuando se formule oposición por parte del contratista”.*

De la meritada normativa resulta, aparte de la necesidad de emisión de dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, la ineludible necesidad de dar audiencia al contratista (cfr. artículos 59.1 del TRLCAP y 114.2 del RGCAP) y al avalista si, como en este caso, se propone la incautación de la garantía (artículo 109.1.b) del RGCAP). En nuestro caso, se ha observado dicho trámite, al haberse concedido trámite de audiencia a la Empresa contratista mediante comunicación de fecha 3 de abril de 2009, y formulando ésta sus alegaciones el día 17 del mismo mes. Asimismo, se ha cumplimentado el referido trámite en relación a las entidades avalistas, D, E y F, mediante escritos de 3 de abril de 2009, habiéndose emitido alegaciones por su parte, con fechas de entrada en el registro correspondiente de 28 de abril, 13 de mayo, y 30 de abril, respectivamente.

Por lo que se refiere al plazo para resolver el expediente de resolución de contrato, ni el TRLCAP ni el RGCAP establecen nada al respecto. Tanto el Consejo de Estado (dictámenes nº 1255/2006 y 692/2006) como la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, (informe 16/2000, de 16 de abril), consideran que no ha lugar a aplicar supletoriamente la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), por ser un procedimiento especial en materia de contratación en donde no se ejercitan potestades administrativas ni de intervención como

de forma expresa se recoge en el artículo 44.2 de la LRJ-PAC. Ello, no obstante, el Tribunal Supremo, en sentencias de 2 de octubre de 2007 (RJ 2007/7035) y de 13 de marzo de 2008 (RJ 2008/1379) ha declarado la aplicación supletoria de la LRJ-PAC de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional Séptima del TRLCAP, de forma que si no se resuelve en un plazo de tres meses habiéndose iniciado de oficio, se entiende caducado ex artículo 44.2 de la LRJ-PAC.

En estos términos se ha pronunciado este Consejo Consultivo en dictámenes 400/09, y 403/09.

Aplicando la doctrina jurisprudencial citada, el expediente de resolución estaría caducado, ya que el inicio del mismo tuvo lugar mediante Decreto de 2 de abril de 2009 y ha sido remitido al Consejo Consultivo el 26 de junio de 2009, sin que conste haberse notificado al contratista el envío del expediente al Consejo Consultivo, a los efectos de que operase la suspensión del plazo para resolver en los términos del artículo 42.c) de la LRJ-PAC.

No obstante, en función del principio de máxima validez de los actos administrativos sentado en los artículos 65 a 67 de la Ley 30/1992, en la medida que no se produce indefensión alguna, ya que se cumplen todos los requisitos procedimentales establecidos en el artículo 207 LCSP y 109 RCAP, puede mantenerse el procedimiento conservando los actos dictados en el mismo, salvo, el trámite de audiencia y la propuesta de resolución.

Por otro lado, con carácter general los requisitos del procedimiento son: audiencia del contratista por plazo de 10 días, y en igual plazo de avalista o asegurador si se propusiese la incautación de la garantía, informe del Servicio Jurídico y del máximo Órgano Consultivo si se formulase oposición.

El informe del Servicio Jurídico lo remite el artículo 114 del texto Refundido de las disposiciones vigentes en materia de Régimen Local, Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril (TRRL) al informe del Secretario, en cuanto éste asume las funciones de asesoramiento legal según su artículo 162.1.a), pero que en Madrid corresponderá a la Asesoría Jurídica, de conformidad con el artículo 28 de la Ley de Madrid y 129 de la de Bases de Régimen Local 7/1985, de 2 de abril.

A los anteriores trámites hay que añadir el informe de la Intervención General según el artículo, antes citado, 314 TRRL y el 214.2.a) del Texto Refundido de Haciendas Locales, aprobado por real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, en relación al artículo 23 de la Ley de Madrid.

**TERCERA.-** Una vez analizado el procedimiento que debe seguirse para acordar la resolución del contrato, debemos estudiar si procede o no la resolución del contrato en los términos manifestados en la propuesta de resolución remitida para informe del presente Consejo Consultivo. A tal efecto, el contrato formalizado el 28 de diciembre de 2005, declara su carácter administrativo y su sometimiento a las disposiciones del contrato y a los pliegos del contrato y supletoriamente, al TRLCAP, en concreto al tratarse de una concesión administrativa, al 221 y siguientes de dicho texto refundido.

A tenor de lo dispuesto en el artículo 264, del TRLCAP, “*Son causas de resolución del contrato de concesión de obras públicas las siguientes:*

*b) La declaración de quiebra, de suspensión de pagos, de concurso de acreedores o de insolvente fallido en cualquier procedimiento o el acuerdo de quita y espera.*

*j) El abandono, la renuncia unilateral, así como el incumplimiento por el concesionario de sus obligaciones contractuales esenciales.*

*k) Cualesquiera otras causas expresamente contempladas en esta u otra Ley o en el contrato.”*

Es preciso pues analizar al caso concreto la concurrencia de las distintas causas de resolución del contrato invocadas por la Administración y las alegaciones de los avalistas:

I.- Interrupción de la obra por plazo superior a 30 días: El artículo 59.1.3 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares señala como causa de caducidad de la concesión la interrupción de las obras, durante un plazo superior a 30 días naturales, sin causa justificada. Siendo esta causa específica del contrato, en cuanto consta en el Pliego, -en concreto señalando su artículo 36 que el incumplimiento por el contratista de cualquier cláusula contenida en el mismo autoriza a la Administración para exigir su estricto cumplimiento o bien acordar la resolución del contrato;- que es parte del contrato según su dictado y el artículo 49.5 TRLCAP, cuando señala que *“Los contratos se ajustarán al contenido de los pliegos particulares, cuyas cláusulas se consideran parte integrante de los respectivos contratos”*.

En este caso, a pesar de las afirmaciones realizadas por el empresa en su escrito de alegaciones, aduciendo que las obras no se encontraban paralizadas, lo cierto es que el informe de la Dirección General de Infraestructuras, indica que *“Sin poder asegurar que se realizara en los primeros días de la paralización, el 23 de enero, alguna labor de retirada de materiales o alguna otra asociada al puente grúa, nos consta que la obra no se encuentra con sus trabajos ralentizados, sino “totalmente paralizados” como se ha constatado en visitas realizadas el 26/01/09, 10/02/09, 27/02/09, y 24/04/09, de hecho se ha abandonado la oficina de obra de que se disponía en la calle G, número aaa, y se han retirado las casetas preceptivas del personal”*

Consta, por tanto que la obra permaneció paralizada e inacabada desde enero de 2009 hasta, al menos, abril de 2009. En su escrito de alegaciones la empresa intenta justificar la que denomina ralentización de los trabajos, indicando que *“desde el punto de vista técnico en la actualidad no se están realizando los trabajos de estructura y movimiento de tierras al ritmo normal, debido a intereses de la propia obra, por cuanto resulta más interesante técnicamente realizarlo cuando se aproxime la fecha de la fabricación del robot”*

Sin embargo, esta afirmación resulta contradicha por la del propio informe de la Dirección General de Infraestructuras de 27 de abril de 2009, que incide en que no hay tal ralentización de los trabajos sino un auténtico abandono de los mismos, existiendo incluso pruebas físicas de tal abandono, como la retirada de las casetas del personal y el desalojo de la oficina de obra, elementos necesarios, aunque las obras estuvieran solamente *“ralentizadas”*.

Esta paralización de las obras supone razonablemente el abandono de la concesión y el incumplimiento por parte del concesionario de una de sus obligaciones contractuales esenciales, teniendo en cuenta que si bien la paralización se produce solo por el plazo de cuatro meses, lo cierto es que la situación financiera de la contratista, acreditada en el expediente, abona la conclusión de que razonablemente el abandono de la obra implicará de forma efectiva el de la concesión.

Por ello, este Consejo Consultivo entiende que concurre esta causa de resolución contractual al amparo del artículo 264.k) y 264 j)” *cualesquiera otras causas expresamente contempladas en esta u otra ley o en el contrato*”, y *“El abandono, la renuncia unilateral, así como el incumplimiento por el concesionario de sus obligaciones contractuales esenciales”* respectivamente y 111.h) TRLCAP.

II.- Declaración de concurso: Acerca de la concurrencia de esta causa, de resolución contractual, invocada en el escrito de alegaciones de una de las empresas avalistas, conviene recordar que el Consejo de Estado ha declarado que en caso de concurrencia de varias causas de resolución de un contrato administrativo debe aplicarse de manera preferente la causa que se hubiera producido antes desde un punto de vista cronológico.

En este sentido el Dictamen nº 144/2008, de 13 de marzo, que recoge la doctrina establecida en dictamen nº 712/1994, de 23 de junio, que para un supuesto similar dispuso:

*“Pues bien, debe resaltarse en relación con dicha cuestión que no es procedente pretender fundamentar la extinción de un contrato administrativo en dos causas de resolución, especialmente cuando tales causas tienen un alcance diverso en cuanto a su automatismo desde el punto de vista de la resolución del contrato, así como en relación con los efectos dimanantes de tal resolución. Así acontece en el presente caso, toda vez que la quiebra del contratista comporta necesariamente la resolución del contrato, mientras que el mutuo acuerdo exige con naturalidad la concurrencia del consentimiento de ambas partes contratantes. Los efectos económicos en uno y otro caso varían (o pueden variar) sustancialmente, habida cuenta que en el caso de la quiebra únicamente procederá la devolución de la fianza a la adjudicataria si fuera fortuita (no si se tratara de quiebra culpable o fraudulenta), pero en ningún caso gozaría la adjudicataria quebrada de derecho alguno a indemnización por daños y perjuicios (aparte de la liquidación por obra ejecutada). Cuando se trata de la resolución por mutuo acuerdo, el artículo 166 del Reglamento General de Contratación del Estado permite un amplio margen para que la Administración y el contratista puedan llegar a acuerdos también en lo que se refiere a posibles indemnizaciones”.*

En este caso, consta en la documentación aportada en el escrito de alegaciones de la aseguradora D que, con fecha 16 de marzo de 2009, el Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid había dictado auto declarando el concurso necesario de la empresa contratista.

Sin embargo, por aplicación de la doctrina antes expuesta, esta causa de resolución se habría producido con posterioridad a la caducidad de la concesión por la interrupción de las obras, durante un plazo superior a 30 días naturales, ya que dicha interrupción se habría producido desde el 23 de enero de 2009, habiéndose declarado el concurso en marzo, esto es una vez consumada dicha caducidad.

Por lo tanto, concurriendo ambas causas de resolución del contrato, en este caso, procede considerar de aplicación preferente la caducidad de la concesión, con exclusión del resto de causas.

**CUARTA.-** En cuanto a los efectos de la resolución del contrato, vienen determinados en los artículos 113 y 266 TRCAP, sin que sea de aplicación el artículo 59.2 del Pliego de Cláusulas Administrativas por ser contrario a tales preceptos en cuanto prevé la pérdida del derecho a indemnización por el contratista. Esta posibilidad se permite por la jurisprudencia, pudiendo citarse entre otras la Sentencia del Tribunal Supremo de de 10 diciembre 2004,- RJ 2005\36-, que señala que *“En concreto en el motivo cuarto se sostiene que la Sentencia ha vulnerado por aplicación indebida los artículos 100, apartados 4, 5 y 6, y el artículo 148 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo (RCL 1995, 1485, 1948), de Contratación de las Administraciones Publicas. Se está alegando en definitiva que la Sentencia ha interpretado erróneamente la cláusula tercera del Pliego de Condiciones, que establece de forma contraria a derecho la obligación de renuncia del contratista al cobro de intereses de demora. La tesis del Ayuntamiento recurrente es que el contenido de la cláusula en cuestión es razonable (...). Pero nada de ello desvirtúa que sea*

*cierto, como afirma la Sentencia recurrida, que la cláusula imponía de forma expresa la renuncia de modo contrario a derecho, sin explicitar si se trataba de reclamación al Ayuntamiento o a la Comunidad Autónoma”.*

De acuerdo con el artículo 266.4.del TRLCAP “*Cuando el contrato se resuelva por causa imputable al concesionario, le será incautada la fianza y deberá, además, indemnizar al órgano de contratación de los daños y perjuicios ocasionados en lo que exceda del importe de la garantía incautada.*”

*Por su parte, el artículo 113.4 del TRLCAP, establece 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”*

Como ha puesto de manifiesto la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2006 (RJ 2006/2899), no es la resolución del contrato en sí, sino la concurrencia de culpa por parte del contratista, cualquiera que sea la causa de la resolución, la que ha de determinar la incautación de la fianza y la indemnización de daños y perjuicios en los términos establecidos por el TRLCAP. Por su interés transcribimos la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 2002 (RJ 2002/8052), en cuyo fundamento de derecho tercero dispone:

*“La sentencia impugnada considera probado que ha habido un incumplimiento por parte de la sociedad contratista, por lo que la cuestión controvertida queda centrada en determinar si ese incumplimiento objetivo fue o no culpable, dato éste de capital importancia por cuanto que a diferencia del régimen contractual del Código Civil, recogido en su artículo 1124, en el que la existencia o no de culpa no constituye un dato definitivo a la hora de acordar esa resolución, la Ley de Contratos del*

*Estado (LCE), en coherencia con las exigencias del interés público que presiden la institución contractual administrativa, sólo permite la resolución por incumplimiento del plazo por parte del contratista cuando concurre culpa en su actuación o, dicho sea de otro modo, cuando el retraso le es imputable (arts. 45, 52-1 y 53 LCE). Si el retraso en la ejecución se debe a motivos no imputables al contratista por encontrarse fuera de su ámbito de control o previsión, la Administración debe observar la regla del artículo 45, apartados 2º y 3º, LCE, concediendo una ampliación del plazo contractual, si el contratista lo solicita. Y, desde luego, esa idea de culpa cobra total relevancia en el momento de declarar la incautación de la fianza y la reparación de los daños causados a la Administración (art. 53 LCE), ya que según se desprende de dichos artículos y ha resaltado esta Sala en una consolidada jurisprudencia (por citar una de las últimas, en sentencia de 20 de abril de 1999 [RJ 1999, 4636]), no cabe identificar «el incumplimiento del contratista, como causa resolutoria, con la culpa del mismo, a efectos de ulterior sanción». La incautación de la fianza está reservada, en efecto, para los casos de resolución contractual por culpa del contratista, jugando en tales casos como indemnización previamente fijada (STS de 22 de julio de 1988 [RJ 1988, 5704]).*

*Incluso en los casos en que puede afirmarse esa imputación del retraso al contratista, hay que tener en cuenta que, como dice la sentencia de 19 de mayo de 1998 (RJ 1998, 385), «las consecuencias del incumplimiento deben ser fijadas conforme a los principios de equidad y de buena fe, que rige específicamente en materia de contratos (artículo 1258 del Código Civil), buscando un equilibrio de los intereses en presencia en la solución del debate (sentencias de 10 de junio [RJ 1987, 4859] y 11 de noviembre de 1987 [RJ 1987, 8787] o de 10 de julio de 1990 [RJ 1990, 6330])», por lo que si el incumplimiento es imputable al contratista, deviene causa de resolución del contrato (artículos*

*53-1 de la LCE y 159 del Reglamento), pero no se debe dar lugar ni a pérdida de fianza ni a indemnización de daños y perjuicios a la Administración, cuando la culpa de la empresa contratista queda compensada por la propia culpa de la Administración contratante.*

*En fin, la relación existente entre la incautación de la fianza y la exigencia de indemnización por daños y perjuicios ha sido resaltada en sentencias como la de 11 de julio de 1988 (RJ 1988, 5883), donde se resalta que en los supuestos de incumplimiento culpable del contratista la incautación de la fianza opera como indemnización de los perjuicios, sin duda existentes pero difíciles de precisar, que el retraso de la obra provoca en el terreno más general del interés público, pero si además puede concretarse y cuantificarse otro tipo de perjuicios, la Administración está habilitada para exigir su indemnización.*

*De este modo, la incautación de la fianza por culpa del contratista y la indemnización de daños y perjuicios (art. 53 LCE) están estrechamente unidas, hasta el punto de que la segunda presupone la primera. Como coinciden en alegar las dos partes enfrentadas en este recurso de casación – aunque en sentido divergente– no cabe excluir la incautación de la fianza por apreciarse ausencia de culpa, para decir a continuación que resulta procedente la indemnización de daños y perjuicios, que requiere asimismo, de forma inexcusable, esa culpa por parte del contratista.”*

Procede pues determinar si el abandono de las obras determinante de la caducidad de la concesión puede ser considerado como constitutivo de un incumplimiento culpable, a los efectos de incautar la garantía.

Para ello, deben tenerse en cuenta las siguientes circunstancias. Desde que se formalizó el contrato de concesión el 28 de diciembre de 2005, hasta que pudieron iniciarse las obras, con la firma del acta de replanteo el 11 de febrero de 2008, transcurrieron más de dos años, no siendo este retraso en

el inicio de las obras imputable a la empresa como se deduce del expediente administrativo.

Durante estos dos años se ha desencadenado una situación patente, de crisis financiera internacional, que dada la intervención en el contrato de elementos como el robot fabricado en Alemania, ha incidido decisivamente en la ejecución del mismo. Así, indica la contratista que la empresa fabricante del Robot le ha exigido garantías adicionales a las prestadas lo que ha supuesto un desplazamiento en el inicio de la fabricación y lo mismo ha sucedido con las empresas encargadas de la ejecución de las pantallas que paralizaron los trabajos por un plazo superior a un mes hasta que se le garantizaron los pagos. No obstante, dichas afirmaciones no están acreditadas en el expediente administrativo, si bien parece que el Ayuntamiento las da por buenas puesto que concede la ampliación solicitada. Esto, no obstante, según estas mismas afirmaciones la incidencia temporal de estas causas en el contrato sería aproximadamente de un mes.

También se aduce que en el solar contiguo se iniciaron unas obras de construcción, circunstancia que sí es constatable en el expediente, lo que conllevó un retraso en las obras por la necesidad de realizar nuevos cálculos de esfuerzos de las estructuras, y de coordinar ambas obras. Se desconoce cuál puede ser la incidencia temporal exacta de esta causa de ralentización de las obras, pero en todo caso debe tenerse en consideración que la propia empresa solicitó ampliación del plazo de ejecución, que le fue concedido por el Ayuntamiento excluyéndose así toda consideración de mala fe por parte de la Administración. Esta ampliación del plazo por otro lado determina que las causas alegadas de ralentización de las obras no puedan hacerse valer de nuevo para el incumplimiento de dichos plazos.

*De acuerdo con la sentencia del Tribunal Supremo de 9 abril 2008, RJ 2008\2421 “La conclusión acerca de la culpa se obtiene contraponiendo el comportamiento del contratista con un patrón de*

*diligencia común al estándar ordinario de las obligaciones impuestas en el contrato. Son, por tanto, esenciales las condiciones que han concurrido en el desarrollo del contrato a fin de valorar si hubo ausencia de previsión de acuerdo con la naturaleza de las obligaciones y las circunstancias concretas de tiempo y lugar.*

*Por ello, la administración que acuerda resolver un contrato debe probar la existencia de una situación objetiva de incumplimiento por parte del contratista. Por su parte el contratista deberá acreditar la existencia de una causa exoneradora de su responsabilidad.”*

Sentado lo anterior, en este caso el incumplimiento por parte de la contratista puede reputarse culpable en tanto en cuanto la situación financiera de la misma es una cuestión que entra dentro del concepto riesgo y ventura de la contratación administrativa, sin que se hayan acreditado por parte de la misma circunstancias distintas de las alegadas para la obtención de la ampliación del plazo, que justifiquen el abandono de la concesión lo que conlleva la incautación de la garantía, procediendo, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada, de acuerdo con lo establecido en el artículo 266.4 del TRLCAP.

Con respecto a la garantía a incautar, de acuerdo con el artículo 43 TRLCAP, es la constituida como garantía definitiva y complementaria.

En este caso, el informe de la intervención de fecha 16 de junio de 2009, que obra al folio 712 y siguientes del expediente administrativo, relativo a la resolución del contrato, señala como garantías a incautar:

- Aval constituido por F por importe de 1.000.000.- €, por H por importe de 640.000.- € y por I por importe de 160.000.-€, todos ellos para garantizar el importe de la subvención de 1.800.000.- €, otorgada por

el Ayuntamiento de Madrid mediante Decreto de la Junta de Gobierno de 5 de diciembre de 2005.

- Aval constituido por J por importe de 90.000.- € para garantizar la concesión del servicio.
- Seguro de Caucción constituido por D por importe de 169.344.- € para garantizar la construcción del aparcamiento.
- Seguro de Caucción constituido por E, por importe de 846.319,25.- €, para garantizar los movimientos de tierras y estructura interior, y por importe de 379.471.- € para garantizar las obras de instalaciones albañilería y acabados.
- Seguro de Caucción constituido por E, por importe de 2.095.611,37.- €, para responder de las obligaciones del sistema robotizado o mecanizado.
- Seguro de Caucción constituido por E, por importe de 93.871,34.-€, para responder de las obligaciones de urbanización de la cubierta.
- Seguro de Caucción constituido por E, por importe de 773.035,20.- €, para responder de las obligaciones de demoliciones del muro perimetral y elementos de sostenimiento.

Sin embargo no todas estas garantías reseñadas responden a concepto de garantía definitiva cuya incautación permite el TRLCAP. Únicamente tiene tal consideración el Seguro de Caucción constituido por D por importe de 169.344.- € para garantizar la construcción del aparcamiento, que responde al 4% del presupuesto de ejecución de contrata, y el aval constituido por J por importe de 90.000.- € para garantizar la concesión del servicio, en los términos del artículo 24 del pliego de cláusulas administrativa particulares.

El resto de garantías constituyen de acuerdo con el artículo 16 del pliego de cláusulas técnicas, una póliza de seguro de todo riesgo durante la

construcción, para cubrir los daños a la obra civil y las instalaciones, por lo tanto se trata de seguros de daños, que no tienen por objeto garantizar la adecuada ejecución de la obra y en su caso la gestión del servicio, sino los daños producidos en la propia obra durante su ejecución y durante dos años más una vez recepcionadas aquéllas, por lo tanto no puede aplicarse su incautación a responder de daños o de vicios en obras que no se han producido.

Respecto de la garantía constituida para responder del pago de la subvención de 1.800.000 € concedida por el Ayuntamiento, procede la incautación de la misma en los términos del artículo 51 del Reglamento de Subvenciones 2006 aprobado por Real Decreto 887/2006, de 21 julio.

En relación con las cantidades a cuenta entregadas por los cesionarios de las futuras plazas de garaje, consta en la información facilitada con fecha 16 de abril de 2009, a la Secretaría General Técnica de la Oficina del Área de Gobierno y Obras del Ayuntamiento de Madrid, que para la promoción del parking de la calle K, de 171 plazas, se realizó una póliza colectiva, existiendo 160 pólizas individuales, que tienen por objeto asegurar las cantidades entregadas por cada uno de los propietarios asegurados (folio 629 del expediente administrativo), añadiendo que cada póliza tendrá vigencia hasta que se acaben las obras y se obtenga la licencia de primera ocupación y cédula de habitabilidad, constando asimismo que habiendo sido solicitada por la contratista una emisión de suplementos de prórroga para cada una de estas pólizas, las mismas se han denegado debido a la situación financiera de la empresa.

A este respecto en escrito de fecha 31 de marzo de 2009 de la contratista, que obra al folio 589 del expediente administrativo, se sostiene que el derecho del asegurado, -en este caso directamente los concesionarios de las plazas,- a recibir la cobertura del asegurador se extiende más allá del

vencimiento de la póliza, siempre que concurren las circunstancias para que pueda entenderse producido el siniestro, como sucede en el presente caso.

En relación con esta cuestión, y dado que el asegurado no es la Administración, sino directamente los concesionarios de las plazas de garaje, y que estos seguros no pueden hacerse efectivos por la Administración, no procede ejecución o incautación de los mismos por el Ayuntamiento de Madrid.

Dada la dificultad de apreciación en cada caso, teniendo en cuenta la declaración de concurso y la litigiosidad de la póliza de seguro para garantizar las entregas a cuenta de los cesionarios, es recomendable la actuación con sometimiento previo a la decisión del Juez de lo Mercantil que conoce el concurso de acreedores.

Por otro lado, no obsta para que se pague a la Administración el importe de las garantías incautadas el que la contratista haya sido declarada en estado de concurso de acreedores, ya que el concurso no afecta a las relaciones entre Administración y avalista o fiador.

De conformidad con el artículo 266. 1 TRCAP deberá procederse a la liquidación del contrato, teniendo en cuenta que esta norma es prioritaria sobre las reguladoras del concurso de acreedores, de conformidad con el artículo 67.1 de la Ley 22/2003, de 9 de julio.

**ÚLTIMA.-** La competencia para resolver los procedimientos sobre resolución contractual corresponde al órgano de contratación de acuerdo con el artículo 40 LCSP y 109 del Reglamento de Contratos aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RCAP). Toda vez que aún no se ha dictado el Reglamento de la nueva Ley.

En el Ayuntamiento de Madrid, el órgano de contratación es la Junta de Gobierno Local, según la Disposición Adicional 2ª LCSP y artículo 17.1, apartados e) y n) de la Ley de Madrid 22/2006, de 4 de julio. Tales

competencias de contratación no aparecen delegadas ni desconcentradas por su Acuerdo de 18 de junio de 2.007 (ANM 2007/30) en el Área de Gobierno de Obras y Espacios Públicos que tiene atribuidas las competencias en materia de aparcamientos (artículos 4.2.7 y 7.1.a) del Acuerdo de organización citado, siendo tal resolución susceptible de recurso contencioso administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.1 a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la jurisdicción contenciosa administrativa.

En mérito a lo expuesto el Consejo Consultivo formula las siguientes

## CONCLUSIONES

El procedimiento de resolución del contrato administrativo se encuentra caducado ya que el inicio del mismo tuvo lugar mediante Decreto de 2 de abril de 2009 y ha sido remitido al Consejo Consultivo el 26 de junio de 2009, sin que conste haber sido notificada su remisión al interesado, teniendo en cuenta, por lo que a los efectos de la caducidad se refiere, lo indicado en la consideración de derecho segunda de este dictamen.

Procede la resolución del contrato por incumplimiento del contratista, consistente en el incumplimiento de las obligaciones esenciales del contrato, en concreto, por abandono de la concesión por más de 30 días y por el incumplimiento en el plazo de ejecución del contrato, en los términos del artículo 264 k) j) del TRLCAP.

Procede la incautación de la garantía definitiva, y en su caso, la exigencia de la correspondiente indemnización de daños y perjuicios con fundamento en lo dispuesto en el artículo 113.4 del TRLCAP.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a este Consejo de conformidad con lo establecido en el artículo 3.7 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

Madrid, 22 de julio de 2009

