

Dictamen nº: **81/17**

Consulta: **Alcaldesa de Madrid**

Asunto: **Contratación Administrativa**

Aprobación: **23.02.17**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 23 de febrero de 2017, emitido ante la consulta formulada por la alcaldesa de Madrid, cursada a través del consejero de Medio Ambiente, Administración Local y Ordenación del Territorio al amparo del artículo 5.3.f) d. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en relación con el expediente sobre resolución de la concesión demanial para la ampliación, explotación y conservación del quiosco permanente de bebidas y comidas sito en los jardines de Pablo Sorozábal para la actividad de restauración.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 20 de febrero de 2017 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen preceptivo procedente del Ayuntamiento de Madrid.

A dicho expediente se le asignó el número 66/17, comenzando el día señalado 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 ha correspondido, por reparto de asuntos, a la letrada vocal Dña. Ana Sofía Sánchez San Millán, quien formuló y firmó la propuesta de dictamen, que fue deliberada y aprobada por el Pleno de la Comisión Jurídica Asesora, en sesión celebrada el día 23 de febrero de 2017.

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

1-. Por Decreto de 29 de noviembre de 2011 del concejal presidente del Distrito de Chamartín se aprobaron los pliegos de condiciones administrativas y de prescripciones técnicas que habían de regir la concesión administrativa para la ampliación, explotación y conservación del quiosco permanente de bebidas y comidas situado en los Jardines Pablo Sorozábal para la actividad de restauración.

Conforme se indica en los pliegos, el quiosco permanente objeto de licitación resultaría de la ampliación del quiosco actualmente existente, con una superficie construida sobre rasante 50 m², hasta alcanzar un total de 100 m² construidos sobre rasante, para incorporar una terraza de veladores. Según se recoge en la memoria explicativa del proyecto se trataba de la ampliación sobre rasante de la construcción existente y su posterior conservación, “*pasando de la actividad de bebidas a bebidas y comidas en el más puro sentido hostelero*”.

En el pliego de prescripciones técnicas se establece que el adjudicatario debía presentar en el plazo máximo de un mes y medio, contado a partir del día siguiente a la notificación del acuerdo de adjudicación, un proyecto de ejecución de obras visado por los Colegios Oficiales de Arquitectos y Aparejadores/Arquitectos Técnicos de Madrid, en el que se desarrollara el programa de necesidades de prescripciones técnicas y el anteproyecto presentado a concurso, teniendo en cuenta los datos precisos para un correcto replanteo. Asimismo debía presentar en el

plazo indicado las hojas de Dirección Facultativa de las Obras, de arquitecto y aparejador/arquitecto técnico del proyecto y el Plan o Estudio de Seguridad e Higiene en obra.

En el apartado de ejecución de la obra, el Pliego de Prescripciones Técnicas establece que para comenzar las obras será preciso formalizar el acta de replanteo, en el plazo de 15 días desde la aprobación por los servicios técnicos municipales del proyecto de ejecución, a la que asistirán el concesionario, la dirección facultativa y el técnico municipal de la sección de vías públicas y espacios urbanos de la Junta Municipal de Chamartín, conforme al artículo 6-2 de la Ordenanza sobre mobiliario urbano.

El plazo máximo para la realización de las obras era de cuatro meses contado a partir de la fecha del acta de replanteo.

2.- Celebrada la licitación, por Decreto de 30 de marzo de 2012, del concejal presidente del Distrito Chamartín (por delegación de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid de 26 de enero de 2012), se adjudicó la concesión a la entidad RÍO DUCARZA, S.A, lo que le fue notificado el día 2 abril 2012.

3.- La formalización de la contratación tuvo lugar el 2 de abril de 2012, estableciéndose una duración de la concesión de veinticinco años contados desde el día siguiente a la formalización, con una posible prórroga de cinco años. Para responder del cumplimiento del contrato el adjudicatario constituyó una garantía definitiva por importe de 68.969,80 euros en la Tesorería Municipal.

4.- El 26 de junio de 2012 el concesionario presentó un escrito en el Registro del Distrito de Chamartín del Ayuntamiento de Madrid por el que solicitaba la concesión de una prórroga para la presentación del proyecto de ejecución a desarrollar y el posterior comienzo de las obras necesarias.

La entidad adjudicataria alegaba que había existido un error en la confección del proyecto básico de ejecución de obras, al existir una sustancial diferencia en metros cuadrados a construir entre lo aprobado en el pliego de prescripciones técnicas y el proyecto presentado. Asimismo indicaba que había sido adjudicada la concesión administrativa en el mes de abril y el periodo comprendido entre los meses de abril y octubre era cuando el establecimiento recaudaba la totalidad de su facturación anual.

No consta en el expediente que este escrito de la concesionaria recibiera contestación por parte del Ayuntamiento de Madrid.

5.- El 20 de julio de 2012 el concejal presidente del Distrito de Chamartín acordó resolver la concesión administrativa por demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista, al amparo del artículo 206.d) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP). Se fundamentaba en que realizada la notificación de la adjudicación el 2 de abril de 2012, el plazo de mes y medio establecido en los pliegos para la presentación del proyecto de ejecución de obras concluyó el 21 de mayo de 2012, sin que el adjudicatario hubiera cumplido.

Igualmente mediante el Decreto de 20 de julio de 2012 se acordó incoar procedimiento sancionador al amparo de la Cláusula 11.5 apartado a) del pliego de condiciones administrativas, según la cual “*se considerarán infracciones muy graves: el incumplimiento de los plazos previstos en los Pliegos de Condiciones Técnicas, cuando el perjuicio de este retraso sea muy relevante para el interés público. Se considerarán muy relevantes para el interés público el incumplimiento del plazo para la presentación del proyecto de ejecución de las obras de construcción, ampliación y reforma del quiosco*”.

6.- El 21 de agosto de 2012 se registró de entrada en el Ayuntamiento de Madrid el recurso de reposición interpuesto por la entidad adjudicataria

contra la resolución de 20 de julio de 2012. La mercantil interesada se oponía a la existencia del incumplimiento alegado, pues alegaba que había solicitado la prórroga del plazo de presentación del proyecto de obras lo que, según manifestaba, se había aceptado verbalmente por el Ayuntamiento. De otro lado exponía que se había obviado el procedimiento legalmente establecido para la resolución de la concesión, al haberse omitido el trámite de audiencia y el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma.

7.- Mediante Resolución de 31 de agosto de 2012 del concejal presidente del Distrito de Chamartín se estimó parcialmente el recurso de reposición formulado por la adjudicataria y se acordó retrotraer el procedimiento para conferir trámite de audiencia a la entidad interesada.

8.- Dentro del plazo para alegaciones la mercantil adjudicataria presentó un escrito el 13 de septiembre de 2012 en el que se oponía a la resolución al no ser cierto el incumplimiento alegado por el Ayuntamiento, pues insistía en que siguiendo las instrucciones recibidas había presentado un escrito solicitando la prórroga del plazo para la presentación del proyecto de obras, que habría sido aceptada verbalmente por la Administración. Por otro lado alegaba que no podía resolverse la concesión en base a una norma derogada, la LCSP, al haber sido sustituida por el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP). Consideraba que optar por la resolución contractual era una medida desproporcionada, habida cuenta de la posibilidad de prórroga según “*las numerosas reuniones explicativas que han tenido lugar para proceder a entregar la documentación requerida fuera del plazo concedido al efecto y que tácitamente fue aceptada por la Administración al no responder a la solicitud de prórroga presentada, así como expresamente en las conversaciones mantenidas*”.

9.- Por Resolución de 22 de octubre de 2012 del concejal presidente del Distrito de Chamartín, se acordó desestimar las alegaciones formuladas por la mercantil adjudicataria y resolver el contrato por incumplimiento del plazo para la presentación del proyecto de ejecución de obras al amparo del artículo 206.d) de la LCSP. Asimismo se acordó incoar procedimiento sancionador al amparo de la Cláusula 11.5 apartado a) del Pliego de Condiciones Administrativas.

10.- Consta en el expediente que el 6 de diciembre de 2012 se notificó a la sociedad concesionaria la solicitud de pago del canon de la concesión correspondiente al periodo de 1 de julio a 31 de diciembre de 2012, concediendo un plazo de 1 a 15 de enero de 2013 para abonarlo.

Contra el anterior requerimiento la mercantil adjudicataria interpuso recurso de reposición el 2 de enero de 2013, solicitando la improcedencia del pago del canon por haber sido resuelto el contrato y al mismo tiempo interesando la suspensión de la ejecución de la liquidación del canon.

Mediante Resolución de 15 de enero de 2013 se resolvió el recurso de reposición y se anuló la liquidación del canon correspondiente al periodo 1 de junio a 31 de diciembre de 2013 así como se aprobó la liquidación del canon por el periodo de 1 de julio a 22 de octubre de 2013. Al mismo tiempo se aprobó la liquidación de la Tasa por utilización privativa y aprovechamiento especial de dominio público local, al haberse comprobado mediante visita de inspección de 27 de noviembre de 2012 (folio 343) que el quiosco se encontraba abierto y en servicio, con una terraza exterior de veladores formada por 8 mesas, 32 sillas y toldos.

11.- El 2 de enero de 2013 la mercantil interesada interpuso recurso contencioso-administrativo contra el Decreto de 22 de octubre de 2012 por el que se resolvió la concesión. Alegaba que no le fue imputable el incumplimiento del plazo que se le había otorgado por la complejidad del proyecto y su necesario visado. Afirma también que la Administración

resolvió el contrato de concesión sin cumplir previamente los trámites preceptivos de informe de la Asesoría Jurídica e Intervención, así como el dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

Tramitada pieza separada de suspensión, por Auto 15/2013, de 25 de febrero del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 25 de Madrid, se dispuso no haber lugar a la medida cautelar de suspensión solicitada por la entidad adjudicataria.

Consta en el expediente que notificado el Auto, la mercantil interesada presentó un escrito en el Ayuntamiento el 13 de marzo de 2013 solicitando le permitiera continuar desarrollando la actividad en el quiosco hasta que recayera sentencia abonando la Tasa por aprovechamiento especial del dominio público. Alegaba que dejar de explotar el negocio conllevaría la desaparición de la empresa y no poder hacer frente a los costes de sus trabajadores.

La petición fue denegada el 9 de abril de 2013 y se fijó fecha para la entrega de llaves, que tuvo lugar el 16 de abril de 2013, según figura en el acta de inspección que obra en los folios 460 a 479 del expediente.

12.- Mediante Sentencia de 2 de junio de 2015 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 25 de Madrid se anuló por no ser ajustado a derecho el Decreto de 22 de octubre de 2012 por el que se resolvió la concesión, ordenando que se retrotrajeran las actuaciones para que se cumplimentara el trámite de dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid. En los fundamentos de derecho de la citada sentencia se combate la alegación de la defensa del Ayuntamiento de Madrid relativa a que al tratarse de una concesión administrativa no resulta preceptivo el dictamen del Consejo Consultivo, en los siguientes términos:

“Tal alegación no puede estimarse porque el hecho de que se trate de una concesión de dominio público no es óbice para que se haya adjudicado mediante la correspondiente licitación, adjudicación y firma del correspondiente contrato, sujeto a la Ley de Contratos del Sector Público (...).

Respecto a la omisión del trámite relativo a la emisión del dictamen por parte del Consejo Consultivo, en el presente supuesto, no es cuestión controvertida que existía firmado un contrato administrativo y que en la audiencia al contratista este se opuso a la resolución del contrato.

El dictamen del Consejo Consultivo, como señala el Tribunal Supremo en sentencia de fecha de 6 de abril de 2006, constituye un trámite esencial del procedimiento del que no se puede prescindir y que ha de llevar a la anulación del decreto de resolución impugnado, sin entrar a enjuiciar el fondo de la misma, exclusivamente por la omisión de dicho informe o dictamen, que deberá recabarse en su caso...”.

13.- Interpuesto recurso de apelación contra la anterior sentencia por el Ayuntamiento de Madrid, fue desestimado por Sentencia de 1 de junio de 2016 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que confirmó la Sentencia de 2 de junio de 2015 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo. Frente al argumento del Ayuntamiento de Madrid que negaba que el dictamen del Consejo Consultivo fuera esencial en el procedimiento pues la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, no lo prevé y además que no había habido oposición propiamente dicha a la causa de extinción de la concesión, la sentencia recoge lo siguiente:

“Las alegaciones de la parte apelante deben ser rechazadas por carecer de todo fundamento jurídico válido, como seguidamente expondremos. La resolución impugnada acuerda la resolución del contrato administrativo para la concesión administrativa a que estos

autos se contraen, de modo que es ya la propia resolución la que afirma que nos hallamos ante un contrato. Es más, su fundamentación jurídica se basa en la causa de resolución contractual del art. 206.d) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, por lo que pretender afirmar ahora que no es de aplicación al procedimiento administrativo tramitado para adjudicar la concesión demanial objeto de esta litis la normativa sobre contratación administrativa, no puede ser admitido.

Además, como el procedimiento de adjudicación de la concesión demanial se hizo en régimen de concurrencia (art. 96.1 de la Ley 33/2003 de Patrimonio de las Administraciones Públicas), en el pliego de condiciones administrativas ya se indica que su régimen jurídico estaría sometido, entre otras normas, a la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público (folio 77 del expediente administrativo), así como que el procedimiento y forma de adjudicación se regiría, en lo no previsto en el pliego, conforme a lo establecido para los procedimientos abiertos en la normativa sobre contratación administrativa (folio 78). Es por ello por lo que la resolución administrativa impugnada se basa precisamente en una causa de resolución de los contratos de la LCSP para resolver el que aquí nos ocupa. Y finalmente indicar que fue el propio Ayuntamiento el que estimó en parte el recurso de reposición deducido por el interesado contra el acto que acordó la resolución contractual sin darle previa audiencia (folio 321 y siguientes del expediente) por aplicación de lo previsto a este respecto en el art. 197.1 de la LCSP, que ahora sin embargo niega que resulte de aplicación”.

En cuanto a que la entidad adjudicataria no formuló oposición la sentencia recoge que “al dársele al apelado el preceptivo trámite de audiencia se opuso a la resolución contractual mediante escrito presentado el 13 de septiembre de 2012 (folio 330 y siguientes del expediente administrativo) afirmando que se oponía por razones de forma del

procedimiento y por razones de fondo, negando haber incumplido el plazo de mes y medio con que contaba para la aportación de la documentación que procedía”.

Consta en el expediente que la notificación de la sentencia tuvo entrada en el Departamento Jurídico del Distrito de Chamartín el 10 de junio de 2016.

14.- Mediante Decreto de 24 de agosto de 2016 del concejal presidente del Distrito Chamartín (por delegación de la Junta de Gobierno de 29 de octubre de 2015) se acordó acatar la Sentencia de 1 de junio de 2016 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y retrotraer las actuaciones a fin de cumplimentar el trámite de solicitud de dictamen al Consejo Consultivo.

El 7 de septiembre de 2016 se registró de entrada en la Comunidad de Madrid el escrito de solicitud de dictamen de la Comisión Jurídica Asesora, que fue recibido en este órgano consultivo el 20 de septiembre de 2016.

15.- La Comisión Jurídica Asesora emitió el Dictamen 440/16, de 6 de octubre en el que señaló que cuando la solicitud de dictamen había tenido entrada en este órgano consultivo el procedimiento de resolución contractual había caducado, por lo que procedía que por la Administración se declarase la caducidad del procedimiento, con el archivo de las actuaciones y que se notificase a la mercantil interesada. De igual modo se indicó que la caducidad del procedimiento no impedía que el órgano de contratación, si lo estimaba oportuno, pudiera proceder a la incoación de un nuevo expediente de resolución contractual.

TERCERA.- 1.- Por Decreto de 1 de diciembre de 2016 del concejal presidente del Distrito de Chamartín, por delegación de la Junta de Gobierno Local, se acordó declarar la caducidad del procedimiento de resolución contractual e iniciar un nuevo procedimiento en base al

incumplimiento de los plazos por el contratista al amparo del artículo 223.d) del TRLCSP. Asimismo se acordaba conceder al contratista un plazo de diez días para que pudiera formular alegaciones y presentar los documentos y justificaciones que tuviera por pertinentes en defensa de sus derechos.

2.- El día 5 de diciembre de 2016 se notificó a la empresa contratista el Decreto de 1 de diciembre de 2016. Consta en el expediente (folios 602 a 615) que la adjudicataria formuló alegaciones el día 15 de diciembre de 2016 en las que señala, en síntesis, que la causa de resolución alegada por la Administración no está contemplada ni en los pliegos ni en el contrato e incide en la prórroga de los plazos concedida por el Ayuntamiento, así como en que la resolución contractual resulta una medida desproporcionada y de que con ella se vulneran los principios de buena fe y confianza legítima.

3.- El 29 de diciembre de 2016 emite informe el Departamento de Servicios Técnicos en relación con las alegaciones formuladas por la empresa contratista. En dicho informe se indica que el retraso en la presentación del proyecto de ejecución por la empresa contratista se debió a que la adjudicataria presentó un anteproyecto “*del cual se quería redactar un proyecto de ejecución, que nada tenía que ver con el aprobado y sacado a concurso... difería sustancialmente en las características del objeto arquitectónico, de manera que la propuesta excedía en 5,21 metros de longitud de fachada y ocupación de vuelos y se mantenía en su anchura. Esta situación de indudable desconcierto no era entendible desde la Administración ya que el único proyecto sacado a concurso establecía un tipo de edificio, nada contradictorio, claro y conciso*”.

Por ello subraya que no puede afirmarse que se presentase ningún proyecto de ejecución. Además en relación con la alegación de que verbalmente se hubiera concedido al contratista una prórroga del plazo de presentación, el informe señala que “*se manifestó la improcedencia de aceptar la situación de*

concursar aceptando las normas y pliegos de licitación y presentar un objeto totalmente distinto”.

4.- Consta en el expediente que el 25 de enero de 2017 emitió informe la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento de Madrid favorable a la resolución contractual.

5.- El 1 de febrero de 2017 emite informe la Interventora General del Ayuntamiento de Madrid en el que considera procedente que se declare la extinción de la concesión administrativa “*conforme a la Cláusula 9 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares*”.

6.- Finalmente se ha formulado propuesta de resolución en base al artículo 223.d) del TRLCSP por demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La Comisión Jurídica Asesora emite su dictamen preceptivo, al amparo del artículo 5.3.f) e. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, conforme al cual: “3. En especial, la Comisión Jurídica Asesora deberá ser consultada en los siguientes asuntos: (...) f) Expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid, las entidades locales y las universidades públicas sobre: (...) e. Interpretación, nulidad y extinción de concesiones administrativas cuando se formule oposición por parte del concesionario”.

La solicitud de dictamen de la alcaldesa de Madrid se ha hecho llegar a la Comisión Jurídica Asesora a través del consejero de Medio Ambiente,

Administración Local y Ordenación del Territorio en aplicación de lo dispuesto en el artículo 18.3.c) del ROFCJA (“*Las solicitudes de dictamen de las Entidades Locales se efectuarán por los Alcaldes-Presidentes de las mismas, y se cursarán a través del Consejero competente en relaciones con la Administración Local*”).

SEGUNDA.- En cuanto al procedimiento a seguir, la normativa de patrimonio de las administraciones públicas no establece un procedimiento general más allá de las particularidades que pueden recogerse en las normas sobre propiedades especiales.

El pliego de condiciones administrativas que rige la concesión establece que la misma tiene carácter administrativo y que independientemente de lo establecido en los pliegos se rige, en especial, entre otras disposiciones normativas, por la Ley 22/2006, de 4 de julio, de Capitalidad y de Régimen Especial de Madrid, por la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LBRL), por el Texto Refundido de las disposiciones vigentes en materia de régimen local aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril (TRRL), por el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio (RBCL), por la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Pùblicas (LPAP) y la LCSP.

Con base en esa remisión de los pliegos a la LCSP, parece lógico seguir el procedimiento que para la resolución de los contratos establece la normativa de contratación administrativa, lo que garantiza una mejor defensa de los derechos del interesado. En este sentido se manifestó el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid (así en sus dictámenes 86/14, de 26 de febrero y 307/14, de 9 de julio). Es también el criterio seguido por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en la Sentencia de 1 de junio de 2016, que hemos citado en los antecedentes de este

dictamen, en el que se recoge la plena aplicación de la normativa de contratación administrativa al procedimiento de resolución que nos ocupa y los trámites en ella previstos, incluido el preceptivo dictamen del órgano consultivo autonómico.

La normativa que ha de regir el procedimiento de resolución contractual es la vigente en el momento de su iniciación, lo que supone la aplicación del TRLCSP. 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 artículo 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), referido específicamente al “*procedimiento para la resolución de los contratos*”.

En esta materia de procedimiento de resolución de contratos administrativos, el artículo 211 TRLCSP exige que en el correspondiente expediente se dé audiencia al contratista. Además debe tenerse en cuenta el artículo 109 del RGCAP, que exige la audiencia al avalista o asegurador “*si se propone la incautación de la garantía*”. Además, 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*”.

Además, de acuerdo con lo previsto en el artículo 114.3 del TRRL son necesarios los informes de Secretaría e Intervención municipales. La referencia al informe de la Secretaría debe entenderse realizada, para el Ayuntamiento de Madrid como municipio de gran población, al informe de la Asesoría Jurídica.

Por otra parte el artículo 224.1 TRLCSP, 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, siguiendo el procedimiento que en las normas de desarrollo de esta Ley se establezca”.

El presente procedimiento se ha iniciado por el concejal presidente del Distrito de Chamartín, por delegación de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento, que es el órgano competente para acordar la resolución del contrato, por aplicación de la disposición adicional segunda del TRLCSP, al tratarse de un municipio de gran población.

Por otro lado resulta que se ha dado audiencia a la empresa contratista que ha manifestado su oposición a la resolución contractual, lo que hace preceptivo el dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora. Precisamente nuestro dictamen se emite en cumplimiento de la citada Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 1 de junio de 2016, que confirma la Sentencia de 2 de junio de 2015 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 25, de Madrid, que ordenó al Ayuntamiento de Madrid que se retrotrajeran las actuaciones del procedimiento a fin de que se recabase el informe del órgano consultivo autonómico, al considerar que la omisión del mencionado trámite viciaba de nulidad de pleno derecho el procedimiento de resolución contractual tramitado.

Del expediente examinado resulta que no se propone la incautación de la garantía, por lo que no resulta preceptiva la audiencia al avalista.

Por otro lado consta en el expediente el informe de la Asesoría Jurídica y de la Intervención municipal. Dichos informes así como el emitido por el Departamento de Servicios Técnicos han sido formulados con posterioridad al trámite de audiencia conferido a la empresa contratista, si bien no podemos considerar que con esta forma de proceder se le haya causado indefensión a la mercantil interesada, toda vez que los mencionados informes no incorporan hechos nuevos que pudieran resultar relevantes para la resolución.

En relación con el plazo para resolver, en los procedimientos de resolución de contratos iniciados de oficio, el incumplimiento del plazo máximo de tres meses para resolver el procedimiento determina la caducidad del procedimiento (art. 21.3 y 25.1b) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC) de aplicación a este procedimiento en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria tercera de esta ley).

No obstante, el rigor temporal que supone la necesidad de tramitar estos procedimientos en el plazo de tres meses, puede verse atemperado por la suspensión del procedimiento para la solicitud de informes preceptivos y determinantes del contenido de la resolución, tal y como establece el artículo 22.1.d) de la LPAC, que en dicho sentido sigue la pauta ya establecida en el artículo 42.5.c) de la LRJ-PAC al señalar que el plazo máximo legal para resolver y notificar un procedimiento podrá suspenderse, entre otras circunstancias, en la siguiente:

“...Cuando se soliciten 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 caso de no recibirse el informe en el plazo indicado, proseguirá el procedimiento”.

En este caso el procedimiento se inició mediante Decreto de 1 de diciembre de 2016 por lo que su fecha de vencimiento será el próximo 1 de marzo. Resulta del expediente que la solicitud de informe a la Asesoría Jurídica y a la Intervención General del Ayuntamiento de Madrid se hizo invocando los efectos interruptivos del artículo 22 de la LPAC, si bien no consta que la suspensión se notificara a la empresa contratista, como exige el precepto citado, por lo que sin dicho trámite la citada suspensión no sería válida y eficaz. No consta tampoco que se haya suspendido el

procedimiento para solicitar el dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora, como se advirtió en nuestro anterior dictamen con el objeto de evitar la caducidad del procedimiento. Debe hacerse notar la celeridad en la emisión del dictamen por este órgano consultivo, pues en caso de haber agotado el plazo ordinario del que dispone para su emisión (con vencimiento el 4 de abril de 2017) el procedimiento de resolución contractual habría caducado de nuevo. Por último debemos advertir de la brevedad del plazo que le resta al Ayuntamiento para dictar la resolución que ponga fin al procedimiento una vez que haya recibido el dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora.

TERCERA.- Analizados ya los aspectos procedimentales, procede examinar a continuación la posible concurrencia de la causa de resolución a que se refiere la consulta.

La Administración municipal considera que procede la resolución por incumplimiento por parte del contratista de los plazos establecidos en los pliegos, al amparo de lo dispuesto en el artículo 223 del TRLCSP. En concreto se señala que la sociedad concesionaria “*no presentó en el plazo establecido en el Pliego de Prescripciones Técnicas, el proyecto de ejecución de obras visados por los colegios oficiales de Arquitectos Técnicos de Madrid, que desarrollaba el programa de necesidades del Pliego de Prescripciones Técnicas y el anteproyecto presentado a concurso. Asimismo debería haber presentado, en dicho plazo, las hojas de Dirección Facultativa de las Obras, de Arquitecto y Aparejador/Arquitecto Técnico de dicho proyecto y el Plan o estudio de Seguridad e Higiene en obra, de conformidad con el Pliego de Prescripciones Técnicas que rige la Concesión*”.

El plazo que se considera incumplido es el previsto en el PPT cuando dispone que la documentación anteriormente señalada deberá presentarse en el plazo máximo de un mes y medio, contado a partir del día siguiente a la notificación del acuerdo de adjudicación.

El contratista se opone a la resolución contractual señalando, en primer lugar, que la causa de resolución invocada por el Ayuntamiento no aparece recogida en los pliegos que rigen la licitación, si bien dicha alegación no puede sostenerse por los argumentos que pasamos a exponer a continuación.

En primer lugar, no resulta discutible que a la concesión administrativa que nos ocupa le resulta de aplicación la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, y en particular, según la fecha de adjudicación, el TRLCSP. Así lo recogen con toda claridad las sentencias citadas en los antecedentes de hecho y de cuyas consideraciones en relación con la aplicación de la legislación contractual nos hemos hecho eco anteriormente al hablar del procedimiento. Particularmente debe destacarse que la Cláusula 13 del PCAP establece el sometimiento de la concesión a la normativa de contratación del sector público, lo que supone la aplicación de las causas de resolución previstas legalmente, y en particular las del artículo 223 del TRLCSP, sin necesidad de que se consignen expresamente ni en el pliego ni en el contrato.

Por otro lado cabe añadir que la Cláusula 9 del PCAP al referirse a la facultad del Ayuntamiento para resolver la concesión se remite al artículo 100 de la LPAP, precepto que establece como causa de extinción de las concesiones demaniales en su apartado f): “*Falta de pago del canon o cualquier otro incumplimiento grave de las obligaciones del titular de la concesión, declarados por el órgano que otorgó la concesión o autorización*”. Este precepto debe ponerse en relación con la Cláusula 11 del PCAP que califica como muy grave “*el incumplimiento de los plazos previstos en los pliegos de condiciones técnicas cuando el perjuicio de este retraso sea muy relevante para el interés público*” y añade que se considerará muy relevante para el interés público “*el incumplimiento del plazo para la presentación del Proyecto de Ejecución de las obras de construcción/ampliación/reforma del quiosco*”.

No resulta controvertido en el procedimiento que la mercantil adjudicataria no cumplió con los plazos de entrega del Proyecto de Ejecución de las obras previstos en los pliegos, si bien la contratista alega que esa falta de entrega en plazo no le es imputable y que además se concedió una prórroga del plazo, primero verbalmente y después de manera tácita, al no contestar el Ayuntamiento de manera expresa a su solicitud formulada el día 26 de junio de 2012.

Como es sabido el artículo 213.2 del TRLCSP admite la prórroga de los plazos de ejecución del contrato, en los casos de demora del contratista, en los siguientes términos:

“Si el retraso fuese producido por motivos no imputables al contratista y este ofreciera cumplir sus compromisos dándole prórroga del tiempo que se le había señalado, se concederá por la Administración un plazo que será, por lo menos, igual al tiempo perdido, a no ser que el contratista pidiese otro menor”.

El desarrollo reglamentario de este precepto se encuentra en el artículo 100 del RGLCAP que dispone lo siguiente:

“1. La petición de prórroga por parte del contratista deberá tener lugar en un plazo máximo de quince días desde aquel en que se produzca la causa originaria del retraso, alegando las razones por las que estime no le es imputable y señalando el tiempo probable de su duración, a los efectos de que la Administración pueda oportunamente, y siempre antes de la terminación del plazo de ejecución del contrato, resolver sobre la prórroga del mismo, sin perjuicio de que una vez desaparecida la causa se reajuste el plazo prorrogado al tiempo realmente perdido.

Si la petición del contratista se formulara en el último mes de ejecución del contrato, la Administración deberá resolver sobre dicha petición antes de los quince días siguientes a la terminación del mismo. Durante

este plazo de quince días, no podrá continuar la ejecución del contrato, el cual se considerará extinguido el día en que expiraba el plazo previsto si la Administración denegara la prórroga solicitada, o no resolviera sobre ella.

2. En el caso de que el contratista no solicitase prórroga en el plazo anteriormente señalado, se entenderá que renuncia a su derecho, quedando facultada la Administración para conceder, dentro del mes último del plazo de ejecución, la prórroga que juzgue conveniente, con imposición, si procede, de las penalidades que establece el artículo 95.3 de la Ley o, en su caso, las que se señalen en el pliego de cláusulas administrativas particulares, salvo que considere más aconsejable esperar a la terminación del plazo para proceder a la resolución del contrato”.

De los preceptos transcritos pueden extraerse las siguientes consecuencias:

- El plazo de ejecución puede prorrogarse a instancia del contratista, siempre que el retraso no se haya producido por motivos imputables al propio contratista.
- Se hace precisa una solicitud del contratista, alegando las razones por las que estime que el retraso no le es imputable y ofreciendo cumplir sus compromisos.
- En todo caso, la prórroga del plazo de ejecución sólo puede acordarse mientras está vigente el propio plazo.

De lo que acabamos de decir puede extraerse como conclusión que no puede admitirse la prórroga verbal que aduce la empresa adjudicataria pues, como hemos expresado, se requiere una solicitud formal, como no puede ser de otra manera en un procedimiento esencialmente formalista en garantía de los principios que rigen la contratación pública. Además, en

cualquier caso, la alegación de la empresa adjudicataria en relación con la prórroga verbal concedida no encuentra fundamento en el expediente y resulta desmentida por los informes que obran en el procedimiento.

Por lo que se refiere a la solicitud de prórroga formulada el 26 de junio de 2012, resulta del expediente que no resultaba procedente por varias razones. En primer lugar, porque según resulta del procedimiento el retraso era imputable al contratista, toda vez que según informan los servicios técnicos el anteproyecto presentado por la empresa contratista no cumplía con las exigencias del pliego. Además el hecho de que los meses durante los cuales debía ejecutar las obras fueran los de mayor facturación, según las alegaciones de la adjudicataria, no constituyen una causa imputable a la Administración sino a la propia contratista que aceptó acudir a la licitación y presentar su oferta aun sabiendo que la actividad del quiosco debería suspenderse para la ejecución de las obras. Por último la solicitud se formuló cuando ya había transcurrido el plazo para la presentación del proyecto que expiró el 21 de mayo de 2012, por lo que no cabría la prórroga de un plazo que ya había concluido. En este punto cabe recordar que el artículo 32 de la LPAC, de aplicación supletoria, relativo a la ampliación de los plazos, señala que “*en ningún caso podrá ser objeto de ampliación un plazo ya vencido*”.

Por otro lado, sin perjuicio de la obligación que tenía la Administración de resolver expresamente sobre la solicitud de prórroga formulada, no solo por aplicación de la legislación contractual sino también por el deber general de dictar resolución expresa al amparo de lo dispuesto en el artículo 21 de la LPAC (en línea con lo establecido en el artículo 42 de la LRJ-PAC), no puede considerarse que la actuación posterior del Ayuntamiento sea de aquiescencia a la prórroga solicitada sino al contrario de denegación de la misma toda vez que su inmediata actuación fue iniciar la resolución contractual por incumplimiento de los plazos imputables al contratista.

Por último cabe considerar que aún en la hipótesis de que la prórroga se hubiera considerado concedida, el contratista no cumplió con sus compromisos pues no consta que entregara la documentación exigida por los pliegos, lo que corroboran los servicios técnicos municipales.

La ejecución de las obras en los plazos convenidos es una obligación capital del contrato. El Consejo Consultivo ya señaló en sus dictámenes, la importancia que tiene el plazo de ejecución en los contratos administrativos, haciendo eco de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que los ha calificado como “*negocios jurídicos a plazo fijo*”, debido al interés público. En este caso la relevancia de los plazos de ejecución resulta recogida en los pliegos que rigen la licitación en los que como hemos expuesto se señala que se considerará muy relevante para el interés público “*el incumplimiento del plazo para la presentación del Proyecto de Ejecución de las obras de construcción/ampliación/reforma del quiosco*”.

Así las cosas, habiéndose acreditado el incumplimiento de los plazos por causas imputables al contratista resulta procedente la resolución del contrato por la causa prevista en el artículo 223 d) del TRLCSP en relación con las cláusulas 9 y 11 del PCAP.

CUARTA.- Una vez apreciada la concurrencia de causa para la resolución del contrato, procedería determinar los efectos de la misma.

A los efectos de la resolución el artículo 225.3 del TRLCSP, establece lo siguiente:

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

Por otro lado conforme a lo establecido en el PCAP (Cláusula 10), al término de la concesión deben revertir al Ayuntamiento los bienes objeto de la misma y las instalaciones en debidas condiciones, incluido el mobiliario, las obras y construcciones que formen parte de la concesión, y el concesionario se obliga a abandonar y dejar libre y vacuos los bienes de utilización, entregando las instalaciones, en estado de conservación y funcionamiento adecuados.

En este caso se da la particularidad de que al emitirse nuestro dictamen en ejecución de una sentencia, los efectos de la resolución contractual se han producido anticipadamente pues consta que el 16 de abril de 2013 se realizó la entrega de llaves, sin que consta en el acta de inspección observaciones en relación con el estado de las instalaciones entregadas y de otro lado, que el 29 de septiembre de 2014 se procedió a la devolución de la garantía constituida de lo que cabe inferir que el Ayuntamiento no apreció la concurrencia de daños y perjuicios que debieran hacerse efectivos sobre la garantía constituida, lo que viene corroborado por la propuesta de resolución remitida que no contiene pronunciamiento sobre esta cuestión.

En merito a cuanto antecede, la Comisión Jurídica Asesora formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede la resolución de la concesión demanial para la ampliación, explotación y conservación del quiosco permanente de bebidas y comidas, sito en los jardines de Pablo Sorozábal para la actividad de restauración

por la causa prevista en el artículo 223 del TRLCSP, en relación con las cláusulas 9 y 11 del PCAP.

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 23 de febrero de 2017

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 81/17

Excma. Sra. Alcaldesa de Madrid

C/ Montalbán, 1 – 28014 Madrid