

Dictamen nº: **139/10**
Consulta: **Alcalde de Madrid**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **26.05.10**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por ocho votos a favor y el voto en contra de la Consejera, Excmo. Sra. Laina, que formula un voto particular al mismo, en su sesión de 26 de mayo de 2010, sobre consulta formulada por el Alcalde de Madrid, cursada a través del Consejero de Presidencia, Justicia e Interior, al amparo del artículo 13.1.f) 1º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, Reguladora del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, en relación con expediente sobre resolución del contrato de concesión de obra pública denominado «*Construcción, explotación y uso del aparcamiento de concesión municipal para vehículos automóviles en el municipio de Madrid, denominado “Nuestra Señora de la Candelaria”*», suscrito con la “UTE C”.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 16 de abril de 2010 tuvo entrada en el registro del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen preceptivo, cursada a través del Consejero de Presidencia, Justicia e Interior, acerca de la petición procedente del Ayuntamiento de Madrid, firmada por su Vicealcalde (en virtud del Decreto del Alcalde de 1 de septiembre de 2008), sobre expediente de resolución del contrato de

construcción, explotación y uso del aparcamiento subterráneo, suscrito con las empresas referenciadas.

Admitida a trámite con esa misma fecha se procedió a dar entrada en el registro de expedientes con el número 107/10, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal como dispone el artículo 34 apartado 1 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por el Decreto 26/2008, de 10 de abril y correspondiendo su ponencia a la Sección IV, presidida por el Excmo. Sra. Dña. Cristina Alberdi Alonso.

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

Mediante Decreto de 15 de junio de 2007 el Concejal Delegado de Seguridad y Servicios a la Comunidad del Ayuntamiento de Madrid adjudicó el Contrato de Concesión de Obra Pública denominado «*Construcción, explotación y uso del aparcamiento de concesión municipal para vehículos automóviles en el municipio de Madrid, denominado “Nuestra Señora de la Candelaria”*», a la Unión Temporal de Empresas integrada por la “UTE C”, formalizándose el contrato por ambas partes el 24 de septiembre de 2007.

El 18 de marzo de 2008 la “UTE C” presenta en el Ayuntamiento de Madrid el proyecto de diseño funcional del aparcamiento “*Nuestra Señora de la Candelaria*” con el fin de ser aprobado por el órgano de contratación en los términos establecidos en los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas Particulares.

Sin haber aprobado la Administración municipal el Proyecto de Diseño Funcional, diez meses después de la presentación de dicho documento, el 3 de febrero de 2009 la Delegada del Área de Gobierno de Obras y Espacios

Públicos requirió a la “UTE C” para que, a la vista de las noticias surgidas en los medios de comunicación relativas a la situación económica de la empresa “D”, informara si la empresa estaba incursa en un procedimiento concursal y, si así lo fuera, remitiera copia del Auto de declaración del concurso (folio 1050). Con fecha 6 de febrero de 2009 la empresa “D” contesta al anterior requerimiento manifestando que con fecha 23 de enero de 2009 la mercantil “D” solicitó ante los Juzgados de lo Mercantil de Madrid la declaración de concurso voluntario de acreedores con motivo de la complicada situación económica de la empresa, sin que hasta esa fecha (6 de febrero de 2009) hubiese recaído resolución judicial (folio 1057).

Diecinueve meses después de la presentación del Proyecto de Diseño Funcional, sin respuesta de la Administración sobre la aprobación del mismo, el 22 de octubre de 2009 se registra en Correos escrito de la “UTE C” en el que solicita al Ayuntamiento de Madrid la resolución del contrato de concesión de obra pública por desistimiento de la Administración al amparo de lo prevenido en el artículo 264. f) del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio y, en consecuencia, proceda a la devolución de los avales y garantías aportadas y una indemnización, por los daños y perjuicios causados, de 1.017.099,37 euros. El citado escrito tiene entrada en el Área de Gobierno de Obras y Espacios Públicos el día 26 de octubre de 2010 (folios 1 a 8 del expediente administrativo).

Con fecha 27 de octubre de 2009, cinco días después del escrito de solicitud de resolución, el Subdirector General de Construcción de Infraestructuras Singulares remite escrito a la Jefa del Servicio de Contratación del Área de Gobierno de Obras y Espacios Públicos en el que se concluye: *“En consecuencia, se propone la aprobación del Proyecto Funcional pero indicando que, el Proyecto de Construcción debe*

desarrollarse con un sistema de admisión de aire mediante rejillas repartidas a lo largo del contorno del aparcamiento”. No consta en el expediente la aprobación del proyecto de diseño funcional y su notificación a la empresa contratista.

El 26 de noviembre de 2009 se redacta propuesta de resolución firmada por el Subdirector General de Gestión del Área de Gobierno de Obras y Espacios Públicos en la que se propone «*desestimar la solicitud de resolución del contrato de concesión de obra pública denominado “Construcción, explotación y uso del aparcamiento de concesión municipal para vehículos automóviles en el municipio de Madrid, denominado Nuestra Señora de la Candelaria”, por los motivos descritos en el informe propuesta».*

La citada propuesta es informada por la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento de Madrid el 7 de enero de 2010 (folios 1198 a 1209).

Con fecha 28 de enero de 2010, la Delegada del Área de Gobierno de Obras y Espacios Públicos acuerda iniciar el procedimiento de resolución del contrato con la “UTE C” y se dicta por la Secretaría General Técnica, con esa misma fecha, propuesta de resolución en la que se refiere que una vez que fue supervisado el Proyecto de Diseño Funcional presentado por la contratista el 27 de mayo de 2008 por la Dirección General de Evaluación Urbana, surgió una incidencia en torno a la solución de cubierta planteada en el anteproyecto, la oferta de la UTE adjudicataria y el Proyecto de Diseño Funcional. *“Esta incidencia, que ha impedido hasta ahora la aprobación del proyecto de diseño funcional, consiste en la adecuación de la cubierta, en la que, en el Anteproyecto, se preveía la instalación de una pista polideportiva con la oferta del adjudicatario, que no recogía la construcción de dicha pista y la posterior solución aportada en el proyecto de diseño funcional. Esta solución, consistente en la preparación de la*

cubierta para una posible construcción a futuro de la pista deportiva, ha supuesto, aun supervisado el proyecto, se haya tenido que llevar a cabo un análisis funcional del mismo para constatar su adecuación y compatibilidad". La propuesta de resolución considera que la Administración ha optado por realizar un análisis del diseño funcional con carácter previo a su aprobación para determinar su adecuación y compatibilidad con las necesidades del Ayuntamiento e iniciar los plazos para la presentación del proyecto de construcción con la totalidad de las incidencias resueltas. Además, manifiesta el interés del Ayuntamiento en la continuación del contrato "una vez compatibilizadas las soluciones propuestas con las necesidades del Ayuntamiento. Por otra parte, la UTE adjudicataria durante el período de tiempo que ha mediado entre la presentación del proyecto de diseño funcional y el momento actual no ha solicitado la continuación de la ejecución del contrato y sólo recientemente ha actuado al presentar el escrito solicitando la resolución y una indemnización por un importe a todas luces exagerado" y propone "acordar el archivo del procedimiento de resolución contractual iniciado mediante Decreto de 28 de enero de 2010, con el objeto de continuar la ejecución del contrato de concesión de obra pública..." (folios 1211 a 1213).

De la citada propuesta de resolución se dio traslado a la UTE adjudicataria, y a las tres entidades avalistas (folios 1214 a 1231).

Con fecha 12 de febrero de 2010 se presenta en la Oficina de Correos, por la UTE adjudicataria escrito de alegaciones en el que, en síntesis, manifiesta que ambas partes están obligadas al cumplimiento de lo establecido en el contrato de 24 de septiembre de 2007 y en los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y Técnicas que rigen la concesión; que la UTE presentó el Proyecto de Diseño Funcional en plazo (18 de marzo de 2008) y sin embargo, la Administración incumplió su obligación de aprobar el mismo habiendo quedado paralizado el contrato durante un

plazo de 19 meses y 23 días, por causas completamente ajenas a la UTE adjudicataria, poniendo de manifiesto que resulta acreditado del expediente que desde que se presentó el Proyecto de Diseño Funcional para su aprobación por el Ayuntamiento, «*éste no ha llevado a cabo ninguna actuación tendente a la revisión y/o aprobación del mismo curiosamente hasta el día 27 de octubre de 2009, día siguiente al de presentación por parte de la “UTE C” del escrito de solicitud de resolución contractual. En tal fecha, el Subdirector General de Construcción de Infraestructuras Singulares remite a la Jefa de Servicio de Contratación un informe en el que pretende justificarse el retraso incurrido en la aprobación del tan citado Proyecto de Diseño Funcional, para concluir indicando la necesidad de introducir una serie de modificaciones en el Proyecto. Modificaciones que, por otra parte y en cualquier caso no le han sido transmitidas en ningún momento a mi representada y que en su caso debieran ser tramitadas a través del correspondiente expediente de modificación contractual*». El escrito de la UTE adjudicataria concluye señalando que la Administración ha incurrido en las causas de resolución de los artículos 111.g), 264.f) y 149.b), apreciándose una inactividad de la Administración porque, aunque en los pliegos no constara el plazo de aprobación del Proyecto de Diseño Funcional «*es obvio y básico que ese plazo no pueda quedar “sine die” y completamente al arbitrio de la Administración contratante*» (folios 1232 a 1239).

Con fecha 18 de febrero de 2010 se dicta nueva propuesta de resolución, a la vista de alegaciones formuladas por la contratista en la que se propone «*acordar el archivo del procedimiento de resolución contractual iniciado mediante Decreto de 28 de enero de 2010, con objeto de continuar la ejecución del contrato...*»(folios 1253 a 1256).

El 17 de marzo de 2010 se emite informe técnico por la Subdirección General de Construcción de Infraestructuras Singulares, de la Dirección

General de Infraestructuras, en el que, en relación con las alegaciones presentadas por la empresa contratista, se ratifica en su informe de 27 de octubre de 2009 y aporta datos complementarios sobre las incidencias surgidas con la presentación del Proyecto de Diseño Funcional y justifica la modificación introducida en que *“la solución aportada por el adjudicatario generaba una compartimentación de la parcela municipal y hacia inviable la utilización íntegra de ésta para usos deportivos más intensivos acorde con el uso deportivo que el Plan General de Ordenación Urbana establece para esta parcela. La solución municipal que se detalla en este informe ha exigido un recálculo, tanto de los parámetros de superficie necesaria a efectos de cumplimiento de normativa específica de ventilación, como el análisis estructural y recálculo de pilotajes necesarios para materialización del nuevo sistema de admisión de aire. En conclusión, todos los estudios que han realizado los servicios técnicos municipales a partir del diseño funcional presentado por el adjudicatario del contrato, tienen como colofón esta solución que se presenta y que debe adoptarse en el proyecto que se redacte. Desde un punto de vista técnico es perfectamente viable y no supone cambio significativo en las condiciones de la adjudicación, permitiendo además que el funcionamiento del aparcamiento no condicione el uso integral de la parcela al uso deportivo establecido en el Plan General de Ordenación Urbana”* (folios 1258 a 1260).

Nuevamente, la Asesoría Jurídica informa la nueva propuesta de resolución el 18 de marzo de 2010, emitiendo informe en el que se concluye que *«concurren tanto los requisitos de orden formal como material para no proceder a la resolución del contrato, por lo que se informa favorablemente la propuesta de resolución sobre el contrato de concesión de obra pública para la construcción, explotación y uso del*

aparcamiento de concesión municipal para vehículos denominado “Nuestra Señora de Candelaria”» (folios 1262 a 1274).

Con fecha 6 de abril de 2010 se emite informe por la Intervención General del Ayuntamiento de Madrid concluyendo que *“informa favorablemente la desestimación de la solicitud de resolución del contrato y la propuesta de continuación con la ejecución del mismo, toda vez que las causas de resolución alegadas por el concesionario resultan improcedentes y no soportadas por los artículos invocados por éste Real Decreto 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”*.

Finalmente, el 8 de abril de 2010, la Delegada del Área de Gobierno de Obras y Espacios Pùblicos acuerda, de conformidad con lo previsto en el artículo 42.5.c) LRJ-PAC, suspender el plazo máximo legal para finalizar el procedimiento iniciado a instancia del contratista para la resolución del contrato suscrito con la UTE desde la fecha de petición del informe al Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, hasta la recepción del mismo.

El día 9 de abril de 2010, se solicita por el Vicealcalde de Madrid, por Delegación mediante Decreto del Alcalde de 1 de septiembre de 2008, informe a este Consejo Consultivo.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES EN DERECHO

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo, al amparo del artículo 13.1.f).4º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, de la

Comunidad de Madrid, conforme al cual: “*1. El Consejo Consultivo deberá ser consultado por la Comunidad de Madrid en los siguientes asuntos: (...) f) Expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid, las entidades locales y las universidades públicas sobre: (...) 4.^º 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*”.

La solicitud de dictamen por el Vicealcalde de Madrid se ha hecho llegar al Consejo Consultivo a través del Consejero de Presidencia, Justicia e Interior, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 14.3 de la Ley 6/2007 (“*Las solicitudes de dictamen de las entidades locales se efectuarán por los Presidentes de las mismas, y se cursarán a través del Consejero competente en relaciones con la Administración local*”), y del artículo 32.3 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

En relación con los expedientes de resolución de contratos administrativos, el artículo 59.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 26 de junio) –en adelante, TRLCAP– dispone que: “*(...) será preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de: a) Interpretación, nulidad y resolución, cuando se formule oposición por parte del contratista*”.

En parecidos términos, se pronuncia hoy el artículo 195.3 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), si bien, el contrato que nos ocupa se encuentra sometido al régimen jurídico del TRLCAP, por aplicación de la Disposición

Transitoria Primera de la LCSP, según la cual: “*2. Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior*”.

Es necesario examinar, en primer lugar, la competencia del Consejo Consultivo para la emisión del dictamen solicitado, pues se trata de un procedimiento de resolución de contrato iniciado a instancia del contratista y es, precisamente, el Ayuntamiento de Madrid el que se opone a la resolución y propone “*acordar el archivo del procedimiento de resolución contractual iniciado mediante Decreto de 28 de enero de 2010, con objeto de continuar la ejecución del contrato...*”.

El Tribunal Supremo en Sentencias de 12 de febrero de 1987 (RJ 1987,541), 29 de abril de 1996 (RJ 1996,3383) y 22 de noviembre de 2001 (2001\9729) declara, a propósito de la omisión del trámite del previo dictamen del Consejo de Estado o del órgano equivalente, la necesidad expresa de oposición del contratista, y señala: “*se subordina el carácter preceptivo del dictamen a que se formulara oposición por parte del contratista*”, de manera que, en el caso en que existiera conformidad de las partes en la resolución del contrato, no sería necesario la emisión del Dictamen del Consejo de Estado u Órgano Consultivo de la Comunidad Autónoma (salvo en aquellos supuestos en los que la ley, por razón de la cuantía del contrato, así lo exija). Ello supone que, tanto si la resolución se inicia de oficio por la Administración por causa de resolución imputable al contratista, como si se inicia a instancia de parte por concurrir una causa de resolución imputable a la Administración, si no existe oposición del contratista a la propuesta de la Administración, no es preceptivo el dictamen del órgano consultivo.

Sin embargo, en cuanto se plantea oposición del contratista, no sólo a la causa de resolución, sino también, estando conforme con la concurrencia de dicha causa, con los efectos de la resolución, por ejemplo, la liquidación del contrato, resulta preceptivo el dictamen del órgano consultivo.

En el presente caso, frente a la solicitud de resolución de la empresa contratista, la Administración propone el archivo del procedimiento de resolución del contrato y la continuación de la ejecución del contrato, manifestando la UTE adjudicataria del contrato su oposición a la citada resolución.

De acuerdo con una interpretación literal del precepto, debería concluirse que, al no haber oposición del contratista a la resolución, sino que, por el contrario, es él el que la insta, no procedería la emisión de dictamen por este Órgano Consultivo. Sin embargo, de conformidad con el artículo 3.1 C.c., *“las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas”*.

La intervención del Consejo de Estado u Órgano Consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma en materia de contratación tiene una función de garantía para los particulares, en este caso, los contratistas, y el carácter preceptivo del dictamen —del Consejo o de su homólogo autonómico— tiene carácter básico.

El artículo 195.3 LCSP (antiguo artículo 59.3 TRLCAP) se encuentra ubicado dentro de las denominadas *“Prerrogativas de la Administración”*, enumeradas en el artículo 194 LCSP que dispone:

“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, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, acordar su resolución y determinar los efectos de ésta”.

La prerrogativa de la Administración de resolución de los contratos significa que el órgano de contratación tiene la potestad de acordar en vía administrativa la resolución de los contratos, así como los efectos de la misma, a diferencia de lo que sucede en el ámbito de la contratación civil, en el que, de acuerdo con el artículo 1124 C.c., *es preciso el acuerdo de ambas partes o que el sujeto cumplidor ejercite la acción y se declare en sentencia [Sentencia de 11 diciembre 1993 (RJ 1993, 9605) y Sentencia de 8 de febrero de 2010 (RJ 2010,395)].*

Ello supone que la Administración, en caso de incumplimiento del contratista puede acordar la resolución del contrato y que, por el contrario, en caso de incumplimiento imputable a la Administración, el contratista no puede declararlo resuelto, ni tampoco instar su resolución ante los tribunales, sino que deberá solicitar la iniciación del procedimiento de resolución a la otra parte contratante –el órgano de contratación– que podrá o no acordarlo, si estima que concurre o no la causa de resolución alegada. La facultad de no acordar la resolución del contrato cuando se alega un incumplimiento culpable de la Administración es también, sin duda alguna, una prerrogativa de la Administración, pues el contratista que insta la resolución no está facultado para paralizar la ejecución del mismo y tiene que esperar hasta que se acuerde por la Administración la resolución, no pudiendo hasta ese momento abandonar la ejecución del contrato. Por el contrario, si el órgano de contratación entendiere que no concurre la causa de resolución invocada, deberá continuar la ejecución del contrato.

En este sentido, el Consejo Consultivo de Andalucía en su Dictamen 045/2004 señala: “*Sobre este aspecto, el artículo 113 de la Ley de*

Contratos de las Administraciones Pùblicas (Ley 13/1995) establece que la resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación de oficio o a instancia del contratista, en su caso. Por tanto, siendo, en este caso, el Pleno del Ayuntamiento de Bailén el órgano de contratación, a dicho órgano corresponde igualmente acordar la resolución y, sensu contrario, denegar la resolución pretendida. Siendo esto así, no puede el contratista pretender, como hace, dar por resuelto el contrato. Ni la Ley de 8 de abril de 1965, ni la de 1995 ni el Texto Refundido de 2000 posibilitan que el contratista resuelva por sí mismo un contrato administrativo. Le parezca razonable o no al adjudicatario, es radicalmente inadmisible tal idea, y no es preciso ser un experto para reparar en ello. El contratista no puede resolver un contrato administrativo ni abandonar, en su caso, el servicio. No hay un solo precepto que autorice tal interpretación, sino todo lo contrario, pues admitir esa posibilidad contraría flagrantemente la legislación de contratos administrativos y el sistema de su resolución. Es, pues, la Administración contratante la que tiene la potestad de acordar la resolución.”

Por tanto, parece lógico que, ante la prerrogativa del órgano de contratación de no acordar la resolución del contrato, instada por la contratista, a causa de un incumplimiento imputable a la Administración, sea preceptivo del Dictamen de este Consejo Consultivo.

Así lo entendió el citado informe del Consejo Consultivo de Andalucía que declara: “...existe, pues, una controversia entre las partes contratantes, que se focaliza precisamente sobre la procedencia de resolver el contrato o de denegar la resolución del mismo -lo que exigiría, previamente, apreciar si concurre o no una de las causas de resolución contractual previstas en la Ley-. Pues bien, es precisamente la existencia de las posiciones divergentes que mantienen la Administración y la sociedad concesionaria de la gestión del servicio la razón que justifica la

intervención del Consejo, al que su Ley de creación (art. 1) encomienda, en el ejercicio de su superior función consultiva, velar por la observancia del ordenamiento jurídico. En consecuencia, el carácter preceptivo del dictamen solicitado a este Órgano Consultivo viene dado por la normativa estatal sobre contratos de las Administraciones Públicas, que lo exige siempre que exista oposición del contratista a la resolución, según resulta de los artículos 59.3.a) del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y 109.1.d) del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, mandato legal que hace operar la previsión del artículo 16.8.c) de la Ley 8/1993, de 19 de octubre, de creación de este Órgano Consultivo”.

SEGUNDA.- En materia de procedimiento, la resolución de contratos administrativos exige atenerse a lo previsto en los artículos 59 y 112 del TRLCAP, 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) y, tratándose de entidades locales, el artículo 114 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril (TRLCAP).

De la meritada normativa resulta, aparte de la necesidad de emisión de dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, que debe ser recabado con anterioridad a la adopción del acuerdo de resolución del contrato, la ineludible necesidad de dar audiencia al contratista (*cfr.* artículos 59.1 del TRLCAP y 114.2 del TRRL) y al avalista si se propusiera la incautación de la garantía (artículo 109.1.b) del RGCP). En nuestro caso, se ha observado dicho trámite, al haberse concedido trámite de audiencia a la empresa contratista notificado el 2 de febrero de 2010, y formulando ésta sus alegaciones el día 12 del mismo mes. Asimismo, se ha cumplimentado el referido trámite en relación a las entidades avalistas, si

bien en el presente caso, resulta innecesario, toda vez que no se propone la incautación de garantías.

En el ámbito local, se preceptúan como necesarios, asimismo, para la resolución del contrato los informes de la Secretaría y de la Intervención de la Corporación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 114.3 del TRRL. Para el Ayuntamiento de Madrid, sin embargo, dicho informe corresponderá a la Asesoría Jurídica, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional 8^a de la Ley de Bases de Régimen Local 7/1985, de 2 de abril.

En el caso examinado, figuran incorporados sendos informes de la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento de Madrid, de fecha 7 de enero de 2010 y 18 de marzo de 2010, el informe de la Intervención General del Ayuntamiento de Madrid, de 8 de abril de 2010 y otro informe técnico, emitido el 17 de marzo de 2010, por la Dirección General de Infraestructuras.

El trámite de audiencia es esencial en cualquier procedimiento, y como tal es destacado por la propia Constitución en el art. 105. c) que alude a la regulación legal del procedimiento “garantizando cuando proceda la audiencia del interesado”. Si bien, 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. Por ello, este trámite tiene lugar una vez instruido el procedimiento e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución (art. 84.1 LRJ-PAC). La Administración está obligada pues, a poner en conocimiento del interesado el expediente íntegro, salvo, como se sabe, las comúnmente denominadas materias clasificadas del art. 37.5 de la Ley 30/1992.

En el presente caso, se observa que tras el trámite de audiencia se han incorporado al expediente un nuevo informe técnico, otro nuevo informe de la Asesoría Jurídica y el informe de la Intervención General, que son, además, posteriores a la propuesta de resolución objeto del presente informe.

Sin embargo, el contenido de los citados informes no introduce ninguna cuestión nueva en el expediente que pudiera causar indefensión a la empresa contratista, limitándose el informe técnico de la Dirección General de Infraestructuras a justificar la causa de retraso en la aprobación del Proyecto de Diseño Funcional presentado, y los de la Asesoría Jurídica e Intervención General a señalar a que no concurren las causas de resolución alegadas por la empresa contratista.

TERCERA.- Es preciso analizar si concurren las causas de resolución invocadas por la UTE adjudicataria de la concesión de obra pública. Ésta, en su escrito inicial alegaba como causa de resolución, la prevista en el artículo 264 f) TRLCAP. Este precepto regula las causas específicas de resolución del contrato de concesión de obras públicas y en el apartado f) se recoge: *“La demora superior a seis meses por parte del órgano de contratación en la entrega al concesionario de la contraprestación, de los terrenos o de los medios auxiliares a que se obligó según el contrato”*.

En su ulterior escrito de alegaciones, la empresa contratista añade a la anterior causa, la prevista en el artículo 111.g) TRLCAP, que, dentro de las causas generales de resolución de los contratos administrativos prevé: *“El incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales”*.

Se pretende, pues, la resolución del contrato por un incumplimiento imputable a la Administración, debiendo tener en cuenta que, con carácter general, el incumplimiento por parte de la Administración determinará para aquélla el pago de los daños y perjuicios que por tal causa se irroguen

al contratista y que sólo cuando el incumplimiento de la Administración sea específicamente considerado como causa de resolución en el contrato o en los pliegos, cabrá que el contratista inste la resolución del contrato. Así, el artículo 112.10 TRLCAP dispone que *“El incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato por parte de la Administración originará la resolución de aquél sólo en los casos previstos en esta Ley”*. En este sentido, el Tribunal Supremo en Sentencia de 5 de junio de 1991 (RJ 1991\4862) declara que *“acreditado en las actuaciones la existencia de incumplimiento de sus obligaciones por parte de la Administración al retrasar la entrega de los terrenos en cuestión, lo que motivó una dilación de más de diez meses en la iniciación de las obras, dicho incumplimiento genera en favor de la parte recurrente el derecho a ser indemnizada por los daños y perjuicios padecidos”*.

En el presente caso, es necesario analizar si la falta de aprobación del Proyecto de Diseño Funcional en un determinado plazo está previsto como causa de resolución en el contrato o en los pliegos. Se alega por la UTE adjudicataria que el incumplimiento de la Administración encajaría en la causa de resolución del artículo 264 f) TRLCAPL, por haber incurrido en una demora superior a seis meses en la entrega al concesionario de la contraprestación, de los terrenos o de los medios auxiliares a que se obligó según el contrato.

Sin embargo, ninguno de los tres supuestos concurren en el presente caso, pues lo que realmente ha sucedido es que, condicionado -según el pliego de prescripciones técnicas- el inicio de las obras a la aprobación por la Administración de un Proyecto de Diseño Funcional y, posterior aprobación de un Proyecto de Construcción, la Administración municipal no procedió a la aprobación del citado Proyecto de Diseño Funcional, habiendo transcurrido más de diecinueve meses desde su presentación.

El artículo 59 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares prevé entre las causas de caducidad de la concesión la de “*no presentar en el plazo y forma establecidos, el Proyecto de Diseño Funcional o Proyecto de Construcción del aparcamiento*”. Sin embargo, no prevé un plazo para la aprobación de los citados proyectos por la Administración ni, como causa de resolución, la falta de aprobación de los mismos en el citado plazo.

Aunque el contrato firmado entre la empresa y la Administración el 24 de septiembre de 2007 establece en su cláusula tercera como plazo total de ejecución de las obras el de 14 meses desde la firma del Acta de Replanteo, “*que se llevará a cabo en el plazo máximo de un mes desde la fecha de formalización de este contrato*”, la cláusula primera del contrato dispone que “*Tienen carácter contractual los siguientes documentos integrantes del proyecto: el pliego de prescripciones técnicas, el presupuesto, los cuadros de precios unitarios y descompuestos, los planos y la memoria en lo referente a la descripción de los materiales básicos o elementos que forman parte de las unidades de obra*”.

Igualmente, el artículo 28 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares dispone que “*Las obras del presente contrato se ejecutarán de conformidad con lo estipulado en el expediente, significando que revisten carácter contractual junto a los Proyectos de Diseño Funcional y de Construcción, el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y el Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares. El contenido, tramitación y características de los Proyectos de Diseño Funcional y de Construcción se especifican en el Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares*”.

Pues bien, aunque el contrato hiciera referencia a que el Acta de Replanteo se firmaría en el plazo de un mes desde la firma del mismo, el Pliego de Prescripciones Técnicas del contrato en su artículo 3 establece que “*El concesionario presentará dentro del plazo de 6 meses a contar*

desde la fecha de formalización de la adjudicación un Proyecto de Diseño Funcional del aparcamiento para su aprobación.

(...)

Una vez aprobado definitivamente el Proyecto de Diseño Funcional, será visado por el Colegio Profesional correspondiente. (...)".

El artículo 4 del Pliego de Prescripciones Técnicas regula el Proyecto de Construcción y dispone que “*Posteriormente a la aprobación del Diseño Funcional, el concesionario deberá presentar el proyecto de construcción del aparcamiento, suscrito por técnico titulado superior competente, en el plazo máximo de dos meses, contados a partir de la fecha de recepción por el concesionario del acuerdo de aprobación del Diseño Funcional. (...)"*.

Igualmente, el artículo 14 del Pliego de Prescripciones Técnicas prevé que “*Una vez aprobado el diseño funcional del aparcamiento por el Ayuntamiento, el concesionario iniciará los desvíos de servicios de las compañías y presentará documentación suficiente que determine el estado de los servicios de titularidad municipal en el terreno, tales como: arbolado, instalaciones, mobiliario urbano, etc., en el plazo de quince días desde el recibo de la comunicación de dicha aprobación.*

(...)

En el plazo máximo de 15 días, contados a partir de la fecha en que el concesionario haya recibido la comunicación de la aprobación del proyecto de construcción, presentará la siguiente documentación: (...)

Con la documentación anterior, se procederá a la comprobación del replanteo de la obra, que ha efectuado el concesionario y a la firma por triplicado del acta.

Si el concesionario no cumpliera los plazos antes fijados, a partir de la aprobación del diseño funcional, el exceso se descontaría del concedido para la ejecución de la obra, sin perjuicio de las sanciones a que hubiere lugar”.

El artículo 15 de los pliegos, relativo al plazo de construcción, establece que “*el plazo máximo de ejecución de las obras será de dieciséis meses contados a partir de la fecha de formalización del acta de comprobación del replanteo por los Servicios Técnicos Municipales y los directores facultativos de las obras*”.

Por su parte, el artículo 16 que regula la iniciación y ejecución de las obras dispone que “*en ningún caso se podrá iniciar la obra, si el proyecto no ha sido previamente aprobado y en ningún caso se podrá iniciar la ejecución de una unidad de obra, cuyo proyecto parcial no haya sido previamente aprobado por los Servicios Técnicos Municipales correspondientes, debiendo cumplirse los siguientes supuestos:*

- *Las obras deberán comenzar dentro del plazo de treinta días naturales contados a partir del día siguiente del de la firma del acta de comprobación del replanteo por los Servicios Técnicos Municipales. (...)*”.

De lo expuesto, se desprende que no está prevista en el contrato como causa de resolución el incumplimiento por la Administración de la aprobación del Proyecto de Diseño Funcional, debiendo tener en cuenta, además, que al no estar previsto, ni en el contrato, ni en los pliegos de prescripciones técnicas, ni de cláusulas administrativas particulares, plazo para la aprobación del Proyecto de Diseño Funcional, no ha habido tal incumplimiento, sino retraso en la aprobación del mismo como consecuencia de la demanda por la Junta Municipal de San Blas de la instalación sobre la cubierta del aparcamiento de una pista de fútbol 7, por lo que se tuvo que realizar un análisis de la Propuesta de Diseño Funcional de forma que “*esa implantación fuera totalmente compatible con la losa de*

cubierta del aparcamiento. En efecto, se ha podido determinar que hay que modificar en la redacción del Proyecto de Construcción, el sistema de admisión de aire previsto de forma continua por otro con aperturas localizadas a lo largo del aparcamiento y con las rejillas en la calzada”.

En consecuencia, no sólo queda justificado el retraso en la aprobación del Proyecto de Diseño Funcional, sino que éste, no está previsto en el contrato como causa de resolución ni se incluye en la prevista en el artículo 246.f), por lo que, de acuerdo con la propuesta de resolución, no procede la resolución del contrato.

Además, tampoco está previsto, a diferencia de otros contratos como el de obras y el de suministros, el desistimiento de la Administración como causa de resolución del contrato de concesión de obra pública.

La UTE adjudicataria pretende, también, la resolución del contrato al amparo de la causa contemplada en el apartado g) del mencionado artículo 111, que dispone: “*Son causas de resolución del contrato (...): g) El incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales*”.

Para averiguar las obligaciones asumidas por el contratista en virtud del contrato, habrá que estar a lo dicho sobre el particular en los Pliegos y documento contractual, partiendo de la premisa indiscutible de que aquéllos constituyen, según conocida expresión jurisprudencial, la “*ley del contrato*”, como resulta del artículo 94 del TRLCAP.

De lo expuesto anteriormente resulta, con claridad, que, si bien se establece un plazo para el contratista para la presentación del Proyecto de Diseño Funcional y, ulterior, Proyecto de Construcción, cuyo incumplimiento determina la caducidad de la concesión, en los pliegos no está previsto un plazo para la aprobación de los citados proyectos por la

Administración de carácter esencial, por lo que no puede aplicarse la causa de resolución prevista en el artículo 111.g) TRLCAP.

Tampoco puede admitirse la causa de resolución del artículo 149 b) TRLCAP, alegada por la contratista, pues se trata de un precepto relativo al contrato de obras, sin que resulte de aplicación al presente contrato que, como se ha indicado, es un contrato de concesión de obra pública con causas específicas de resolución.

Por último, el retraso en la aprobación del Proyecto de Diseño Funcional no afecta al plazo de catorce meses fijado para la ejecución de las obras, toda vez que, de acuerdo con la cláusula 14 del Pliego de Prescripciones Técnicas, antes expuesta, “*si el concesionario no cumpliere los plazos antes fijados, a partir de la aprobación del diseño funcional, el exceso se descontaría del concedido para la ejecución de la obra, sin perjuicio de las sanciones a que hubiere lugar*”.

Sin embargo, este retraso de la Administración en la aprobación del proyecto, sí afecta al plazo de la concesión que es de cuarenta años a contar desde la firma del contrato (24 de septiembre de 2007), de manera que esta demora en más de diecinueve meses supone una reducción, de hecho, del plazo de la explotación, pues, lógicamente, ésta no comenzará, si se cumplieren todos los plazos, por lo menos, hasta julio de 2011. Este retraso, si la UTE adjudicataria acreditara que es imputable a la Administración y que no obedecía, como señalan los informes técnicos, a las numerosas gestiones que hubieron de realizar los diferentes Departamentos del Ayuntamiento tratando de posibilitar junto con la construcción del aparcamiento, la construcción de la pista de fútbol 7 o, al menos, dejar la cubierta en situación de posibilitar en el futuro su construcción, podría determinar el derecho de la contratista a una prórroga de la concesión, de acuerdo con lo previsto en el artículo 239 TRLCAP,

que dispone que “*Cuando el concesionario se retrasara en la ejecución de la obra, ya sea en el cumplimiento de los plazos parciales o del plazo total, y el retraso fuese debido a fuerza mayor o a causa imputable a la Administración concedente, aquél tendrá derecho a una prórroga en el plazo de ejecución de la obra y correlativa y acumulativamente en el plazo de concesión, la cual será, por lo menos, igual al retraso habido, a no ser que pidiera una menor*”.

En mérito a todo lo anterior, el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid formula la siguiente

CONCLUSIÓN

No procede la resolución del contrato por las causas 111.g), 246.f) y 149 b) TRLCAP, alegadas por la UTE adjudicataria del contrato.

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.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA AL PRESENTE DICTAMEN LA CONSEJERA, DÑA. ROSARIO LAINA VALENCIANO.

«Discrepando cordial y respetuosamente del parecer de la mayoría en el dictamen que emite este Consejo con fecha 26 de mayo de 2010 en

expediente 107/10, por el que se acuerda, en consonancia con la propuesta de resolución de la administración consultante, que no procede la resolución del contrato instada por la UTE concesionaria al no concurrir las causas de resolución alegadas con fundamento en los artículos 111.g) y 246.f) y 149.b) del TRLCAP, formuló al amparo del artículo 15. 3 de la Ley 6/2007 de 21 de diciembre Reguladora del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, Voto Particular, expresando mi parecer favorable a la resolución solicitada en tanto se evidencia un claro incumplimiento de las obligaciones asumidas por la administración contratante, ante el que el contratista puede oponer, como medio de defensa, la resolución, tal y como trataré de argumentar en las siguientes consideraciones.

1º.- Incumplimiento de la Administración.

Alega el contratista que la Administración ha incumplido una de las obligaciones contractuales en tanto ha paralizado el desarrollo del contrato, al haber tardado más de seis meses en aprobar el Proyecto de Diseño Funcional que le fue oportunamente presentado a tal fin, con fecha 18 de marzo de 2008. Estima que dicho incumplimiento le faculta para solicitar la resolución del contrato y la indemnización correspondiente a la luz de lo establecido en los artículos 111.g), 149.b), 264.f) y 265 del TRLCAP, y así se insta con fecha 22 de octubre de 2009.

La Administración ha justificado la tardanza en la aprobación del proyecto, una vez instada la resolución del contrato por el contratista, aduciendo que era preciso realizar un análisis del diseño funcional con carácter previo a su aprobación para determinar su adecuación y compatibilidad con las necesidades del Ayuntamiento, para así iniciar los plazos para la presentación del proyecto de construcción con la totalidad de las incidencias resueltas.

Hemos de recordar que desde el 18 de marzo de 2008, fecha en que se presentó el proyecto de diseño funcional para su aprobación por la administración, esta guarda silencio al respecto hasta el 27 de octubre de 2009, fecha en que por el Subdirector General de Construcción de Infraestructuras Singulares, propone la aprobación del Proyecto funcional.

La relación contractual genera obligaciones a las partes vinculadas por la misma. En este sentido frente a la obligación del contratista de llevar a cabo las actuaciones objeto de contratación, la Administración se vincula a realizar las operaciones que sean precisas para que el contrato se desarrolle a un ritmo razonable. En el presente caso, queda claro que para que la concesionaria pudiera iniciar las obras, la Administración debía aprobar el Proyecto de Diseño Funcional presentado en plazo por la misma, constituyendo una obligación por parte de la Administración tal y como se estipulaba en el artículo 3 del Pliego de Prescripciones Técnicas, que aún sin término concreto señalado en el mismo, bien se entiende que no puede ser ilimitado, pues suponer lo contrario contravendría uno de los principios básicos de la relación contractual recogido en el artículo 1256 del Código Civil, según el cual la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes y sería contrario a la buena fe, que como principio general del derecho, ha de informar todo contrato según expresamente declara el artículo 1258 del Código Civil e interpreta el Tribunal Supremo en sentencia de 26 de octubre de 1995, RJ 1995/8349: “.....y ese carácter objetivo (de la buena fe), se encamina a comportamientos adecuados para dar al contrato cumplida efectividad en orden a la obtención de los fines propuestos (Sentencias de 3 de diciembre 1991-RJ 1991/8906 y 9 de octubre 1993-RJ 1993/8174- citadas en la de 8 de junio de 1994-RJ 1994/4905).....”.

El análisis de las circunstancias y la aplicación de las reglas de la sana crítica resultan determinantes para calificar fundadamente como

incumplimiento el pronunciamiento sobre la aprobación del Proyecto, diecinueve meses después de ser presentado.

La Administración aduce en su defensa que dicha dilación se halla justificada por cuanto tuvieron que solventarse incidencias en el Proyecto presentado con carácter previo a la presentación del posterior Proyecto de Construcción. Sin embargo, el estudio del expediente nos lleva a deducir, que dichas incidencias resultan insuficientes para justificar el dilatado retraso, sobre la base de los siguientes datos:

1º.- La ausencia absoluta dentro del expediente de actuación alguna tendente a la resolución de estas incidencias, sin que sirva a estos efectos la alegación de la Administración en el sentido de que dichas actuaciones por tener un carácter eminentemente técnico no tenían repercusión en el expediente de contratación, dado que, la meritada repercusión resulta clara si tenemos en cuenta que en la propuesta de aprobación del proyecto funcional del Subdirector General de Construcción de Infraestructuras Singulares se indicó que el Proyecto de Construcción (documento que reviste carácter contractual según el artículo 28 del PCAP y por tanto integrante del expediente de contratación), debía desarrollarse con un sistema de admisión de aire mediante rejillas repartidas a lo largo del contorno del aparcamiento, en lo que se suponía que constituía la resolución de las incidencias producidas.

2º- La inmediatez entre la solicitud de resolución instada por la contratista (22 de octubre de 2009) y la propuesta de aprobación del Proyecto de Diseño Funcional (27 de octubre de 2009), nos lleva a suponer que sólo el peligro de una resolución con efectos desfavorables para la Administración determinó la proposición de la aprobación del citado documento.

3º- La complicada situación económica de una de las mercantiles integrantes de la UTE concesionaria, motivó que se solicitara judicialmente la declaración de concurso voluntario de acreedores con fecha 23 de enero de 2009, situación ésta que fue puesta en conocimiento de la Administración el día 6 de febrero de 2009. Esta circunstancia pudo ser la causa para que la Administración retrasara la aprobación del Proyecto de Diseño Funcional, a la espera de su desenlace, como de forma expresa se manifiesta en el informe de la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento de Madrid (página 1271 del expediente administrativo). Efectivamente, después de concluir que la situación de insolvencia de una de las empresas de la UTE adjudicataria no permitía apreciar la concurrencia de causa de resolución contractual en base a la responsabilidad solidaria de las empresas integrantes de la misma, manifestaba: “*Por consiguiente, a la hora de valorar el incumplimiento o retraso que se imputa a la Administración debe considerarse, además de los motivos técnicos que generaron dicho retraso, la situación de incertidumbre que, sobre la continuidad del contrato ha supuesto la situación de insolvencia de una de las empresas integrantes de la UTE adjudicataria y la existencia de serias dudas no solo sobre la capacidad técnica y económica de la UTE adjudicataria para el cumplimiento del contrato, sino incluso sobre su voluntad de mantener la referida Unión Temporal Empresas (La situación de insolvencia se contempla como supuesto de extinción de la UTE en los artículos 18 y 19 de sus Estatutos)*”.

La Administración, con dicha actitud, y sin duda con la finalidad de buscar el interés general, hizo uso de una facultad para un fin diferente del que le correspondía, olvidando que el interés general solo puede materializarse dentro de la legalidad.

No es a mi juicio aceptable la alegación que con finalidad exculpatoria realiza la administración, aludiendo a la pasividad de la contratista ante su

silencio, por cuanto la actuación intimidatoria no sería exigible de contrario como así expresa el artículo 95.2 del TRLCAP: “*La constitución en mora del contratista no precisará intimación por parte de la Administración*”.

La dilación pues, a todas luces desmesurada en la aprobación del Proyecto de Diseño Funcional, nos lleva a concluir que en cuanto obedeció a causas ajena al propio Proyecto de Diseño Funcional, se configura como un auténtico incumplimiento, por constituir un retraso injustificado en la ejecución de una obligación asumida por la administración en el artículo 3 del Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares.

2º .-Incumplimiento injustificado como causa de resolución.

Se alega por parte de la contratista que el incumplimiento de dicho plazo constituye causa de resolución por resultar de aplicación los artículos 264 f), 111 g) y 149 b) del TRLCAP, a lo que se opone la Administración alegando que el artículo 264 f) prevé como causa de resolución la demora en seis meses por parte de la administración en la entrega al concesionario de la contraprestación, de los terrenos o de los medios auxiliares a que se obligó en el contrato, no constituyendo la obligación de aprobar el Proyecto de Diseño Funcional ninguno de dichos conceptos. Se opone asimismo a la aplicación del artículo 149 b), en tanto éste prevé la suspensión por más de seis meses en el desarrollo de las obras por causa imputable a la Administración aduciéndose de contrario que la fase de ejecución de obras no había comenzado por cuanto el inicio de las mismas acontece con la aprobación del proyecto de construcción que al momento de instar la resolución no se había producido.

Guarda silencio la Administración en su propuesta de resolución con respecto de la causa de resolución alegada por la concesionaria con base en el artículo 111 g), y la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento de Madrid se pronuncia argumentando que la resolución por incumplimiento de las

restantes obligaciones esenciales recogida en el art. 111 g), no viene sino a reiterar lo previsto en el art. 264 f), en cuanto es en éste en donde se contemplan las de esta condición para el contrato de concesión de obra pública, olvidando que el mismo artículo 111 i) agregaba en cuanto a causas de resolución contractual las que se señalen específicamente para cada categoría de contrato en el articulado de esta Ley, evidenciando que no existe confusión de causas, sino que además de las específicas para cada figura contractual, cabe resolver cuando el incumplimiento afecte a una obligación esencial.

Determinar cuándo nos hallamos ante dicho tipo de incumplimiento nos obliga a analizar la jurisprudencia, y en este sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en sentencia de 1 de octubre de 1999 (RJ 2000/1393): “*Y sobre ello procede ya declarar que, a los efectos de apreciar un incumplimiento bastante para la resolución, lo determinante debe ser que afecte a la prestación principal del contrato y que se exteriorice a través de una inobservancia total o esencial de dicha prestación*”. En el presente caso, la falta de aprobación del Proyecto de Diseño Funcional, imposibilitó el inicio de las obras, prestación principal que incumbía al contratista, en tanto el artículo 16 del Pliego de Prescripciones Técnicas prevé que en ningún caso se podría iniciar la obra, si el proyecto no había sido previamente aprobado. Pero no sólo produjo un retraso en la ejecución de la citada prestación principal, sino que de dicho retraso se produjeron consecuencias especialmente gravosas para el contratista derivadas de la mala evolución de la situación económica de aquellos meses, que afectan a la viabilidad misma de la prestación principal, como lo demuestra el hecho de la oposición de la contrata a continuar con lo que constituye un objeto de negocio. La profunda crisis inmobiliaria que se inició en el año 2008 y las desfavorables circunstancias económicas sobrevenidas, frustraron las expectativas de negocio que existían con anterioridad, quebrando la

finalidad económica del contrato, pudiendo concluir por todo ello, que la solicitud de resolución instada por la concesionaria se hallaba plenamente justificada. La jurisprudencia estima que el incumplimiento fundamenta el ejercicio de la acción resolutoria cuando genera una insatisfacción de las expectativas económicas (STS 22-3-1985 RJ 1985/1196) o bien la frustración del fin del contrato (SSTS 23-2-1995 -RJ 1995/1106-, 10-5-2000 -RJ 2000/3107-, 25-2-2002 -RJ 2002/2319- y 11-3-2002 -RJ 2002/2053-, entre las más recientes), que a veces se expresa con otras fórmulas, como la frustración de las legítimas expectativas o aspiraciones o la quiebra de la finalidad económica o frustración del fin práctico (SSTS 19-11-1990 [RJ 1990, 8984] , 21-2-1991 [RJ 1991, 1518] , 15-6-1995 [RJ 1995, 4859] y 2-10-1995 (RJ 1995, 6978)).

Esta doctrina jurisprudencial elaborada en torno al artículo 1.124 del Código Civil es de perfecta aplicación al caso objeto de este voto particular, si tenemos en cuenta que las normas del Derecho Civil son de aplicación supletoria en los contratos administrativos (Sentencia del Tribunal Supremo de 2 junio 1999, RJ 1999\5749, de 8 julio 2009, RJ 2010\331, entre otras) y que en dicho sentido se manifiesta más concretamente el Tribunal Supremo en Sentencia de 17 de marzo de 1989 (RJ 1989/2234): “*...los contratos administrativos no son sino una figura especial, con modulaciones características impuestas por su vinculación al cumplimiento de los intereses públicos de la institución contractual, siéndoles de aplicación en definitiva, salvando esas peculiaridades y características, las normas y principios de la dogmática del negocio jurídico, entre los que se encuentra la figura de la resolución contractual para el caso de su incumplimiento en las obligaciones reciprocas (artículo 1.124 del Código Civil y preceptos concordantes) y la institución del resarcimiento de daños y perjuicios a favor del acreedor, que no es sino una manifestación del principio del Derecho de obligaciones*

de que el deudor debe reparar las consecuencias nocivas producidas por causa de su incumplimiento culpable (artículo 1.101 del Código Civil) [...]”.

3º.- Posible ejercicio de facultades exorbitantes.

Cabe por último analizar una cuestión que no se ha puesto de manifiesto ni en el dictamen al que me opongo, ni en la propuesta de resolución elaborada por la Administración consultante, en tanto en ambos casos se rechaza que nos encontremos ante un incumplimiento de la Administración justificativo de una resolución contractual. Sabido es que la contratación administrativa constituye una variedad cualificada del régimen de contratación privado presidida por la inalterabilidad del fin de interés público y que para atender dicha finalidad la Administración se halla investida de facultades exorbitantes en materia de interpretación, modificación y resolución contractual (artículo 59 TRLCAP), de tal forma que si bien el Código Civil contempla en su artículo 1.124 la resolución como respuesta al incumplimiento, la normativa administrativa amplia las facultades posibilitando la resolución sin que medie incumplimiento, sobre la base del interés general. Podría plantearse, si en ejercicio de esa facultad excepcional, y en aras de ese interés general concreto y no genérico, le cabría a la Administración oponerse a la resolución instada aún en presencia de incumplimiento, de la misma forma que puede declarar la resolución sin incumplimiento. Entiendo que en el presente caso tampoco ello es posible, pues el ejercicio de dicha facultad exorbitante, como todas las de tal clase, está limitada a la concurrencia de razones de interés público que así lo aconsejen, erigiéndose estas en fundamento y límite de dichas prerrogativas. El interés público de acometer la obra objeto de la concesión con celeridad, podría fundamentar el ejercicio de la facultad que impediría prosperar la resolución instada, interés que está claro que no concurre en el presente caso pues es la propia

Administración la que tarda más de diecinueve meses en pronunciarse sobre aprobación de un proyecto, en clara demostración de que la demora en la construcción del aparcamiento no tiene repercusión en el interés general. El deseo de mantener la relación contractual al margen del interés general específico del caso, puede obedecer a otras razones que en tanto alejadas de éste, deslegitimaría el uso de facultades exorbitantes y harían improcedente la importante quiebra del equilibrio contractual que supone que se imponga al contratista la obligación de actuar sin demora, no atribuyendo ninguna consecuencia a la inactividad de la administración.

Por lo anteriormente argumentado, y frente a la opinión de la mayoría, a mi juicio, procedería la resolución del contrato instada por la contratista con las consecuencias indemnizatorias que a la misma anuda la normativa aplicación».

Madrid, 26 de mayo de 2010