

Dictamen nº: **243/12**
Consulta: **Alcaldesa de Madrid**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **18.04.12**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad en su sesión de 18 de abril de 2012, sobre consulta formulada por el Vicealcalde de Madrid (por delegación de la Alcaldesa mediante Decreto de 26 de enero de 2012), a través del Vicepresidente, Consejero de Cultura y Deporte y Portavoz del Gobierno, al amparo del artículo 13.1.f).4.º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, sobre resolución del contrato de concesión de obra pública denominado *“Redacción de proyecto, construcción y explotación de un centro tecnológico-científico destinado a la realización de actividades de I+D+i en Las Tablas”*.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Mediante Decreto del Delegado del Área de Gobierno de Hacienda y Administración Pública de 9 de diciembre de 2011, notificado a la contratista el 15 de diciembre, se acordó iniciar el expediente de resolución del contrato de concesión de obra pública denominado *“Redacción de proyecto, construcción y explotación de un centro tecnológico-científico destinado a la realización de actividades de I+D+i en Las Tablas”*, adjudicado por el Ayuntamiento de Madrid a la mercantil A, y formalizada con la empresa B, en adelante *“la contratista”*, por renuncia unilateral del contratista.

Tramitado el procedimiento y otorgada la preceptiva audiencia al contratista y avalista, el primero de ellos ha formulado oposición parcial a la resolución planteada por la Administración, lo que hace necesario el informe previo de este Consejo Consultivo.

En relación con el contenido de la consulta, los hechos deducidos del expediente administrativo son los siguientes:

El 21 de julio de 2008, la empresa A, propuso al Ayuntamiento de Madrid la construcción de un Parque Tecnológico en la parcela M-1, propiedad de aquél.

El 31 de julio de 2008, el Delegado del Área de Gobierno de Hacienda y Administración Pública comunicaba a la empresa A el inicio de las actuaciones preparatorias del contrato de concesión de obra pública *“Construcción y explotación de un parque científico y tecnológico, destinado a la realización de actividades I+D+i e implantación de empresas de alto contenido tecnológico en la Parcela aaa”*.

Por Decreto de 4 de agosto de 2008, del Delegado del Área de Gobierno de Hacienda y Administración Pública, se aprobó el estudio de viabilidad económico-financiera de la concesión de obra pública para la redacción de proyecto, construcción y explotación de un Centro Tecnológico-Científico destinado a la realización de actividades I+D+i en Las Tablas, y se acordó la redacción del anteproyecto de construcción y explotación.

Mediante Resolución de 7 de agosto de 2008, de la Secretaría General Técnica de Hacienda y Administración Pública, se sometió a información pública el anteproyecto de construcción y explotación de la obra del expediente de concesión de obra pública para la redacción de proyecto, construcción y explotación de un Centro Tecnológico-Científico, destinado a la realización de actividades I+D+i en Las Tablas.

En agosto de 2008, el proyecto fue objeto de información previa en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el perfil de contratante del Ayuntamiento de Madrid, así como de información pública en los Boletines Oficiales del Estado, de la Comunidad de Madrid y del Ayuntamiento de Madrid.

Por Decreto del Delegado del Área de Gobierno de Hacienda y Administración Pública de 2 de octubre de 2008 se aprobó el anteproyecto de construcción y explotación del contrato de concesión de obra pública denominado *“Redacción del proyecto, construcción y explotación de un Centro Tecnológico-Científico destinado a la realización de actividades de I+D+i en Las Tablas”* y se acordó, con la misma fecha, el inicio del expediente de contratación de la concesión de obra pública.

El 16 de octubre de 2008, la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid adoptó el acuerdo de autorización del contrato de concesión de obra pública. En la misma fecha, el Delegado del Área de Gobierno de Hacienda y Administración Pública aprobó el expediente de contratación y los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas del contrato y acordó la apertura de procedimiento abierto para su adjudicación. En la misma fecha, mediante Resolución de la Secretaría General Técnica del Área de Gobierno de constante referencia, se hizo pública la convocatoria de la licitación.

La licitación fue anunciada en el perfil de contratante del Ayuntamiento de Madrid, en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el Boletín Oficial del Estado, antes de finalizar el mes de octubre de 2008.

El Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid interpuso recurso especial en materia de contratación contra los pliegos que habían de regir el contrato; la impugnación resultó desestimada en virtud de Decreto de 10

de noviembre de 2008, del Delegado del Área de Gobierno de Hacienda y Administración Pública.

El 27 de noviembre de 2008, la Mesa de Contratación elevó la propuesta de adjudicación del contrato, que fue adjudicado provisionalmente en la misma fecha por el Delegado del Área de Gobierno de Hacienda y Administración Pública a la empresa A.

Tras, entre otros aspectos, formalizarse la garantía definitiva, por Decreto de 23 de diciembre de 2008, del Delegado del Área de Gobierno de Hacienda y Administración Pública, se adjudicó definitivamente el contrato, con un plazo de ejecución de la obra de 33 meses y una duración de la concesión de 40 años.

El objeto del contrato residía en la construcción y explotación de un centro tecnológico-científico, concebido como espacio destinado a la realización de actividades de I+D+i e implantación de empresas productivas de los sectores a los que iba a estar destinado el Parque.

El canon inicial ascendía a 66.000.000 euros a pagar por el concesionario, según el siguiente calendario:

- El 50% del importe en los 7 días siguientes a la formalización del contrato.
- El 40% del importe en los 7 días siguientes a la concesión de las correspondientes licencias urbanísticas necesarias para la realización de la obra.
- El 10% del importe en los 7 días siguientes a la concesión de la licencia de primera ocupación y funcionamiento.

El 19 de diciembre de 2008, la empresa C y la contratista dicen haber suscrito un contrato de compromiso y arrendamiento de cosa futura sobre

una parte de las edificaciones que debían construirse en la parcela de titularidad municipal objeto de la concesión.

El 29 de diciembre de 2008 la adjudicataria del contrato, la empresa A, hizo entrega de las escrituras de creación de la sociedad a la empresa B, que, conforme a las cláusulas sexta del pliego de cláusulas administrativas particulares y vigésimo tercera del pliego de prescripciones técnicas, había de ser titular de la concesión.

El 12 de enero de 2009, se formalizó el contrato de concesión de obra pública entre el Ayuntamiento de Madrid y la empresa B y el adjudicatario procedió a la firma de los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas.

Con fecha 24 de febrero de 2009, la contratista solicitó licencia urbanística. Su tramitación fue interrumpida mediante Resolución del Director General de Ejecución y Control de la Edificación, de 19 de octubre de 2009, por resultar indispensable para su tramitación la previa aprobación de un Plan Especial de Control Urbanístico Ambiental de Usos.

El 25 de febrero de 2009 se concede licencia a la contratista para el vallado de la parcela.

El Plan Especial de Control Urbanístico Ambiental de Usos es aprobado con fecha 20 de octubre de 2010, permitiendo la concesión de la licencia urbanística el 28 de diciembre siguiente mediante resolución notificada a la contratista el 10 de enero de 2011. El otorgamiento preveía que la licencia debía ser retirada en la Unidad Técnica del Impuesto de Construcciones, Instalaciones y Obras, en el plazo de un mes a partir de la recepción de la notificación, no constando la retirada de la misma.

El 10 de febrero de 2011 se requiere a la contratista el pago del 40% del canon inicial que debía haberse efectuado en los 7 días siguientes a la concesión de la licencia de obras.

El 14 de febrero de 2011, la contratista presenta escrito renunciando a la licencia de obras de edificación.

Por Decreto de 16 de febrero de 2011, del Delegado del Área de Gobierno de Hacienda y Administración Pública, se acordó el inicio de expediente de imposición de penalidades, imponiéndose por Decreto de la misma autoridad, de 13 de mayo del mismo año, una penalidad de 1.000.000 euros de conformidad con el apartado 20 del Anexo I del pliego de cláusulas administrativas particulares, que contemplaba como incumplimiento muy grave el impago del canon.

La contratista formuló recurso de reposición frente a la imposición de la penalidad, que fue desestimado mediante Decreto de 4 de julio de 2011. En su escrito de recurso, la contratista puso de manifiesto la imposibilidad de garantizar por sí sola el cumplimiento de las obligaciones inherentes a la concesión debido a que, a su vez, la empresa C no estaba dispuesta a cumplir el compromiso sobre cosa futura de 19 de diciembre de 2008.

Mediante Resolución del Director General de Ejecución y Control de la Edificación de 19 de septiembre de 2011, se deniega la renuncia a la licencia de obras de edificación.

Por Decreto de 3 de octubre de 2011, del mismo Delegado de constante referencia, se formuló requerimiento a la empresa B con vistas a la ejecución del contrato.

El 10 de octubre de 2011, la empresa B presentó el proyecto de obras del contrato de concesión de obra pública, que fue aprobado por Decreto de

la misma fecha, del Delegado del Área de Gobierno de Hacienda y Administración Pública.

Mediante Decreto del Delegado del Área de Gobierno de Hacienda y Administración Pública, de 3 de octubre de 2011, se requiere a la contratista aclaración sobre si el escrito de renuncia a la licencia de obras implica su voluntad de renunciar unilateralmente a la ejecución del contrato.

En respuesta al anterior requerimiento, la contratista presenta escrito con fecha 10 de octubre de 2011, en el que se limita a reproducir las alegaciones planteadas en el expediente de imposición de penalidades y reitera su voluntad de cumplir *“con todas las obligaciones derivadas del contrato de concesión de obra pública suscrito con el Ayuntamiento de Madrid”*, si bien manifiesta que, en el momento actual, no puede atender las mismas debido a circunstancias sobrevenidas que no le resultan imputables, en particular la falta de cumplimiento por parte de la compañía C del contrato privado entre ambas mercantiles de 19 de diciembre de 2008.

El 24 de octubre de 2011 se cita a la contratista para la comprobación del replanteo, se fija como fecha para su práctica el 8 de noviembre de 2011 y se requiere a la contratista para que, en el plazo legalmente establecido, presente el Plan de Seguridad y Salud debidamente informado.

La contratista manifiesta mediante burofax remitido al Ayuntamiento de Madrid el 4 de noviembre de 2011, haber puesto en conocimiento de la compañía C el requerimiento hecho para la comprobación del replanteo y solicitado de la compañía de telecomunicaciones una manifestación expresa y formal *“sobre su voluntad de continuar el proyecto.”* A decir de la contratista, la compañía C le habría confirmado su decisión de no continuar con la colaboración pactada en diciembre de 2008. Por ello, la contratista

maniesta a la Administración, “*en aras a no dilatar innecesariamente el procedimiento administrativo*”, su voluntad de no continuar con la ejecución del contrato.

El 8 de noviembre de 2011 se levanta acta de comprobación de replanteo por los técnicos del Ayuntamiento de Madrid, en que se recoge la ausencia de representantes de la contratista.

Por Decreto del Delegado del Área de Gobierno de Hacienda y Administración Pública, de 9 de diciembre de 2011, notificado a la contratista el 15 de diciembre siguiente, y de conformidad con el informe técnico de la Dirección General de Patrimonio, de 5 de diciembre, se acordó iniciar el expediente de resolución del contrato de concesión de obra pública denominado “*Redacción de proyecto, construcción y explotación de un centro tecnológico-científico destinado a la realización de actividades de I+D+i en Las Tablas*”, por razón de renuncia unilateral del contrato.

La compañía C, tras tener conocimiento de la incoación del procedimiento para la resolución del contrato, presenta escrito el 22 de diciembre de 2011 en que solicita su personación en el expediente.

La contratista, con fecha 26 de diciembre de 2011, presenta escrito de alegaciones en el que admite la procedencia de causa de resolución del contrato al indicar que “*si bien es cierto que concurren circunstancias para el acuerdo de iniciación del expediente de resolución al haberse incumplido ciertas obligaciones contractuales por parte del contratista, no lo es menos, como se ha venido repitiendo, que la empresa B se ha visto obligada a ello como consecuencias sobrevenidas no imputables a ella y no previstas en el momento de la celebración del contrato*”. No obstante, solicita que se declare la inexistencia de mala fe y dilación en el cumplimiento del contrato por su parte.

Mediante nuevo escrito presentado el 27 de diciembre de 2011, la compañía C solicita el archivo del procedimiento de resolución de contrato y, subsidiariamente, la suspensión del mismo en tanto se sustancien las negociaciones con la contratista.

Constan escritos posteriores, tanto de la contratista como de la compañía C, sobre las negociaciones mantenidas entre ambas con el fin de evitar la resolución del contrato.

Mediante Decreto de la Delegada del Área de Gobierno de Hacienda y Administración Pública, de 14 de febrero de 2012, notificado el 20 de febrero siguiente, y previos informes de la Dirección General de Patrimonio y de la Asesoría Jurídica, se desestima la solicitud de personación formulada por la compañía C.

Mediante escrito presentado el 28 de febrero de 2012, la compañía C interpone recurso de reposición contra el anterior Decreto.

Por la Dirección General de Patrimonio se emite informe-propuesta el 6 de febrero de 2012; tras ser informado por la Asesoría Jurídica el 15 de febrero, se eleva nueva propuesta el 20 de febrero, en que se incluyen las observaciones hechas por aquélla.

El 21 de febrero de 2012, la Secretaría General Técnica emite propuesta de acuerdo por el que se autorice, previos informes de la Intervención y del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, la resolución del contrato.

El 29 de febrero de 2012, la Directora General de Patrimonio dicta propuesta de resolución del contrato, informada favorablemente por Intervención General el 1 de marzo de 2012.

Finalmente, mediante Decreto de 2 de marzo de 2012, de la Delegada del Área de Gobierno de Hacienda y Administración Pública, se suspende

el plazo máximo legal para resolver el procedimiento de resolución del contrato hasta la emisión de dictamen por este Consejo Consultivo.

SEGUNDO.- El 1 de marzo de 2012, el Vicealcalde de Madrid, a través del Vicepresidente, Consejero de Cultura y Deporte y Portavoz del Gobierno, acuerda remitir al Consejo Consultivo el expediente para la emisión de dictamen al amparo del artículo 16.2 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, reguladora del Consejo Consultivo, habiendo tenido entrada en este Consejo Consultivo el 14 de marzo siguiente, por trámite de urgencia.

El estudio de la ponencia ha correspondido, por reparto de asuntos a la Sección VIII, presidida por el Excmo. Sr. D. Andrés de la Oliva Santos que formula y firma la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada por unanimidad en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 18 de abril de 2012.

La solicitud de dictamen fue acompañada de la documentación que, numerada y foliada, se consideró suficiente, y de la que se ha dado cuenta en lo esencial en el antecedente de hecho anterior.

A la vista de los hechos anteriores cabe hacer las siguientes

CONSIDERACIONES EN DERECHO

PRIMERA.- La petición de dictamen se realiza al amparo de lo dispuesto en el artículo 13.1.f), apartado cuarto, de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre; a su tenor, el Consejo Consultivo deberá ser consultado en los expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid relativos, entre

otros aspectos relativos a la contratación del sector público, a la resolución de los contratos administrativos.

Asimismo, el artículo 195.3.a) de la LCSP, aplicable como en seguida se dirá al contrato, se refiere a la necesidad de dictamen del Consejo de Estado u órgano equivalente de las Comunidades Autónomas, en los supuestos de interpretación, nulidad y resolución, cuando se formule oposición por el contratista.

Por razones de seguridad jurídica y respeto del principio de irrenunciabilidad de la propia competencia (art. 12.1 de la LRJAP), la necesidad de dictamen de este órgano consultivo resulta extensible a los supuestos, como el planteado, en que la oposición del contratista a la resolución es solo parcial. Así se asegura, por otra parte, la finalidad de garantía de respeto a la legalidad que persigue la previsión del trámite preceptivo.

SEGUNDA.- Atendiendo a la disposición transitoria primera de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, la normativa aplicable al contrato será la vigente en el momento de iniciarse el expediente de contratación, momento que, a dichos efectos y no tratándose de un procedimiento negociado, coincide con la fecha de publicación de la convocatoria para la adjudicación del contrato.

En este punto, hay que tener en cuenta que mediante Resolución de la Secretaría General Técnica del Área de Gobierno de Hacienda y Administración Pública, de 16 de octubre de 2008, se hizo pública la convocatoria de la licitación del contrato de concesión de obra pública de constante referencia. El anuncio de licitación fue objeto de publicación en el perfil de contratante del Ayuntamiento de Madrid, en el Boletín Oficial del Estado y en el Diario Oficial de la Unión Europea, en fechas 16, 18 y 21 de octubre del mismo año, respectivamente.

Ello conduce a considerar como normativa aplicable a la resolución la contenida en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en su redacción original; su disposición adicional segunda, relativa a las *“normas específicas de contratación en las Entidades Locales”*, no contiene particularidad en lo concerniente a la resolución de los contratos regulados en la ley.

Por el contrario, en materia de procedimiento, la normativa aplicable será la vigente en el momento de incoarse el expediente de resolución contractual. El artículo 224.1 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), dispone 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 apartado cuarto del mismo precepto, en su primer inciso, contiene otra norma relativa al procedimiento, en particular en lo relativo al acuerdo de resolución, que *“contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que, en su caso, hubiese sido constituida”*.

Cuando se trate de contratos administrativos, como es el caso, ha de seguirse el procedimiento establecido en el artículo 211 del TRLCSP, cuya regulación procede de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, que introduce un matiz novedoso dentro del régimen de la modificación, pero no altera el relativo a la resolución. El apartado tercero, párrafo a) de dicho artículo, relativo al procedimiento de ejercicio de las *prerrogativas de la Administración Pública en los contratos administrativos*, 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*.

En cuanto a la regulación reglamentaria del procedimiento a que se remite el artículo 224.1 TRLCSP, viene establecida en la actualidad en 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), precepto a que se remite la cláusula 16 del pliego de cláusulas administrativas particulares.

En él, se dispone lo siguiente:

“La resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, previa autorización, en el caso previsto en el último párrafo del artículo 12.2 de la Ley, del Consejo de Ministros, y cumplimiento de los requisitos siguientes: a) Audiencia del contratista por plazo de diez días naturales, en el caso de propuesta de oficio. b) Audiencia, en el mismo plazo anterior, del avalista o asegurador si se propone la incautación de la garantía. c) Informe del Servicio Jurídico, salvo en los casos previstos en los artículos 41 y 96 de la Ley. d) Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, cuando se formule oposición por parte del contratista”.

Con carácter supletorio, a tenor de la disposición final tercera, apartado 1, del TRLCSP, se aplicarán los preceptos de la Ley 30/1992 (LRJAP) y normas complementarias.

El complejo normativo a que hemos hecho referencia se aplica a los contratos de concesión de obra pública, según advierte el artículo 270.1 del TRLCSP, al prevenir que *“la resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del concesionario, mediante*

el procedimiento que resulte de aplicación de acuerdo con la legislación de contratos”.

De los diversos aspectos a que se refiere el precepto, se ha de comprobar, con carácter preferente, si el procedimiento de resolución contractual en que se enmarca la petición de dictamen ha sido tramitado en plazo.

Al respecto, debe partirse de la doctrina manifestada en la sentencia del Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2007, cuyo criterio es confirmado por otras posteriores de 17 de diciembre de 2008 (RC 2864/2005) y de 9 de septiembre de 2009 (RC 327/2008, para la unificación de doctrina). Según esa doctrina, los procedimientos de contratación pertenecen a la categoría de los iniciados de oficio, de forma que, cuando se trata del procedimiento de resolución contractual, al ser susceptible de producir efectos desfavorables para el interesado, el transcurso del plazo sin dictar resolución llevará consigo la caducidad del procedimiento (art. 44.2 LRJAP). El rigor de la referida doctrina del Tribunal Supremo debe ser matizado de acuerdo con lo dispuesto en la disposición final tercera del TRLCSP (disposición final octava de la LCSP), que, para los procedimientos tendentes al ejercicio de prerrogativas que se hayan iniciado a instancia de parte cuya resolución no sea notificada en plazo, prevé simplemente que la solicitud sea considerada desestimatoria, pero no es éste el caso de la resolución contractual que nos ocupa, iniciada por decisión del órgano de contratación.

Partiendo de lo anterior, en punto al cómputo del plazo del procedimiento en que se enmarca la actual petición de dictamen, hay que tener en cuenta que el procedimiento de resolución contractual se inició por Decreto del Delegado del Área de Gobierno de Hacienda y Administración Pública de 9 de diciembre de 2011, notificado a contratista y avalista el 15 de diciembre. No obstante, el plazo para la resolución del procedimiento se ha suspendido en virtud de Decreto de 2

de marzo de 2012, de la Delegada del Área de Gobierno de Hacienda y Administración Pública, con vistas a la emisión de informe por este Consejo Consultivo.

Teniendo en cuenta que el plazo para el dictado y notificación de la resolución es de tres meses *ex* artículo 42.3 LRJAP, el procedimiento no está caducado a la fecha de ser dictaminado por el Consejo Consultivo, si bien debe encarecerse al órgano peticionario la máxima celeridad una vez le sea comunicado nuestro dictamen, fecha en que se alzará la suspensión del plazo, ya que la tramitación, resolución y notificación en plazo de los procedimientos no sólo responde a un inexcusable deber administrativo (arts. 41 a 44 y 47 LRJAP), sino que constituye también un derecho de los interesados (en este caso, de la contratista, cuyas expectativas se hallan en entredicho a consecuencia del procedimiento de resolución contractual).

Por lo demás, se ha respetado el trámite de audiencia del contratista, así como del avalista, empresa D, a pesar de no haber sido cumplimentado por su parte.

TERCERA.- Previamente al análisis de la posible concurrencia de la causa de resolución del contrato invocada por la Administración, resulta necesario detenerse en dos particularidades procedimentales presentes en la el caso objeto del dictamen.

La primera de esas cuestiones tiene que ver con la peculiar posición de un tercero, la compañía C, que, mediante escrito de 22 de diciembre de 2011 y al amparo del artículo 31.1.c) LRJAP, ha pretendido personarse como interesado en el procedimiento de resolución contractual. Se basaba para pretender tal personación en el contrato de compromiso y arrendamiento de cosa futura sobre una parte de las edificaciones que habían de construirse en la parcela sobre la que se iba a desenvolver la concesión administrativa, contrato suscrito con la empresa A el 19 de

diciembre de 2008, y en el anuncio por parte de la compañía adjudicataria del contrato de la intención de ejercer acciones civiles contra la compañía C por los perjuicios que hayan de derivarse para sí de la resolución del contrato. A juicio de la compañía C, estos factores eran determinantes de la existencia de un interés legítimo en su posición.

La solicitud de personación de la compañía C fue denegada mediante Decreto de 14 de febrero de 2012, de la Delegada del Área de Gobierno de Hacienda y Administración Pública (págs. 1644 y ss.), previo informe de las Direcciones Generales de Patrimonio y de Asesoría Jurídica.

La fundamentación utilizada por la Administración municipal a la hora de desestimar la petición de participación en el procedimiento de la compañía C se puede resumir en los siguientes términos:

- a) La solicitud de la compañía C se ampara en el artículo 31. 1.c) de la LRJAP, que permite considerar interesados en el procedimiento administrativo a aquellos que se personen en él antes de recaer resolución definitiva, siempre que encarnen un interés legítimo, individual o colectivo, que pueda resultar afectado por la resolución. Dicho precepto no resulta aplicable al procedimiento de resolución del contrato administrativo, ya que se trata, en palabras de la Sala Tercera del Tribunal Supremo en el recurso de casación para la unificación de doctrina 327/2008, de un procedimiento autónomo, con sustantividad propia y regulación específica en el art. 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Este último precepto contempla exclusivamente la audiencia de contratista y avalista y resulta aplicable preferentemente de conformidad con la disposición final octava de la LCSP.
- b) Con independencia de lo anterior, ni tan siquiera puede reconocerse en la posición de la compañía C un interés legítimo en cuanto a la posible

resolución del contrato en los términos en que viene siendo configurado dicho interés por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, pues requeriría un efecto directo, efectivo, acreditado y automático de la resolución sobre los derechos e intereses de quien pretendiese personarse en el procedimiento de resolución contractual. Y ésta sólo proyectaría una eficacia semejante sobre la posición del contratista y del avalista.

c) El perjuicio que a la compañía C, en su caso, le pueda suponer la resolución del contrato, sólo se pondría de manifiesto, si así fuera, cuando se le condenara en el ámbito jurisdiccional civil a responder frente a la empresa B por los perjuicios causados.

Para situar adecuadamente la cuestión, conviene partir del concepto de interés legítimo, definido por reiterada jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, cuya cita resulta ociosa, como una relación unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto impugnado), que comporta el que su anulación produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto, y presupone, por tanto, que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien alega su legitimación, y, en todo caso, ha de ser cierto y concreto, sin que baste, por tanto, su mera invocación abstracta y general o la mera posibilidad de su acaecimiento.

En materia de legitimación no puede desconocerse la conveniencia de que la Administración adopte una posición flexible, favoreciendo la participación en el procedimiento de posibles interesados en los casos que se presenten como dudosos. No en vano, ha de valorarse que la consideración sobre si en cierto supuesto concurre interés legítimo de un determinado sujeto debe ser apreciada de un modo casuístico (SSTS de 20 de julio de 2005 y de 20 de junio de 2007), lo que obliga a atender a

máticas puntuales, en ocasiones difíciles de aprehender, como demuestra la doble sentencia del Tribunal Constitucional en relación con un mismo recurrente y procedimiento de contratación de servicios de apoyo técnico a la Tesorería General de la Seguridad Social, en función del acto puntual impugnado (SSTC 112/2004 y 183/2009).

Debe evitarse, por tanto, que una posición en exceso formalista por parte de la Administración pueda dar al traste con el esfuerzo de tramitación de un procedimiento administrativo, ante el riesgo -si el caso es de discutible apreciación- de posible anulación en vía judicial. Ahora bien, la interpretación no estricta del interés legítimo no convierte el procedimiento administrativo en campo abierto a intereses ajenos a su finalidad y a la tramitación o, en otras palabras, no debe conducir a instrumentalizar el procedimiento administrativo en aras de conflictos privados, que han de discutirse y resolverse en otra sede.

Tiene razón el Ayuntamiento de Madrid, a juicio de este Consejo, al considerar que la compañía C, en el caso de este dictamen, no encarna un verdadero interés legítimo en relación con la posible resolución del contrato, en cuanto que la afección que ésta pudiera representar a sus derechos e intereses aparece como una mera hipótesis ligada, más que a la resolución del contrato, al ejercicio por parte de la contratista de una potencial acción administrativa, cuya causa vendría identificada en el incumplimiento de un pacto previo entre ambas, que resulta ajeno al procedimiento de resolución contractual.

Las mismas alegaciones de la compañía C en los diversos escritos presentados durante el procedimiento de resolución, son ilustrativas de que sus expectativas e intereses son ajenos al procedimiento de resolución del contrato.

Para darse cuenta de lo anterior, basta hacer una breve reseña de esos escritos. Tras el primero solicitando se le tuviera por parte en el procedimiento, en posterior escrito de 27 de diciembre de 2012 la compañía del sector de las telecomunicaciones solicitaba que, por parte del Ayuntamiento de Madrid, se diera trámite de audiencia a la empresa B en relación con una misiva dirigida por la compañía C en la que, en términos genéricos, le ofrecía llegar a un acuerdo transaccional consistente en seguir adelante con el contrato de compromiso y arrendamiento de cosa futura, de 19 de diciembre de 2008, a expensas de definir la participación de cada una de las dos partes en el presupuesto de ejecución de la obra en una futura reunión.

La contratista presentó contestación a ese escrito con fecha 29 de diciembre de 2011, manifestando su disposición a agotar la última posibilidad de llegar a un acuerdo, si bien supeditándolo a la intervención en el mismo del Ayuntamiento de Madrid (pág. 1571). Misiva a la que a su vez respondió la compañía C con fecha 30 de diciembre de 2011 (pág. 1584) afirmando también la necesidad de que concurriese al acuerdo el Ayuntamiento de Madrid.

En nuevo escrito de 9 de febrero, la compañía C hacía llegar al Ayuntamiento de Madrid la “*oferta de acuerdo transaccional*” remitida a la empresa B, expresando a la Corporación Municipal el criterio de que, a su juicio, los intereses municipales quedarían mejor satisfechos si se continuara la ejecución de la concesión administrativa.

En dichos escritos, que traslucen la continuación de una situación de discrepancia de fondo entre ambas mercantiles, no se reflejan más que genéricas intenciones a expensas de ser cumplimentadas en un acuerdo posterior, de cuya definitiva concreción y términos podía dudar razonablemente el Ayuntamiento de Madrid, atendidas las circunstancias de falta de acuerdo entre ambas compañías. Se trataba de escritos sin otra

repercusión sobre el procedimiento administrativo que producir su retraso, pues en modo alguno quedaba de manifiesto en ellos una verdadera voluntad de llevar adelante el contrato.

Así, con anterioridad al inicio del procedimiento de resolución, el 28 de noviembre y el 1 de diciembre de 2011, las dos empresas intercambiaron correspondencia (de que se da cuenta en el documento denominado “*Oferta transaccional de la compañía C a la empresa B*”, págs. 1592 a 1597) en que, más que atender a la intención de ajustar sus respectivas posiciones con vistas al buen curso del contrato de concesión de obra pública, intercambian mutuos reproches en torno a la responsabilidad en el incumplimiento de su compromiso precontractual con vistas a eximirse cada una de ellas, e imputar a su vez al contrario, la indemnización de los perjuicios dimanantes de la ruptura e incluso la empresa B advertía de que la propuesta de la compañía C exigía la modificación del proyecto, de la concesión y del contrato. La falta de acuerdo en torno a ese pretendido acuerdo transaccional es manifiesta a la vista del escrito dirigido por el despacho E a la firma de abogados F con fecha 21 de febrero de 2012, presentado ante el Ayuntamiento de Madrid el día 14 (págs. 1726 y 1727).

No encontramos, por tanto, que la decisión del Ayuntamiento de Madrid de no reconocer legitimación a la compañía C haya de interferir en la conformidad a derecho del acuerdo de resolución del contrato que, en su caso, dicte.

La segunda particularidad procedural cuya incidencia habíamos anticipado al inicio de esta consideración jurídica se refiere a la pendencia de un recurso administrativo deducido precisamente por la compañía C, que no había sido resuelto (cuando menos, no figura incorporado al expediente administrativo) en el momento de remitirse la propuesta de resolución contractual para su dictamen por este órgano consultivo. Dicho

recurso se había dirigido contra el acuerdo de iniciación del procedimiento de resolución. Sin embargo, la pendencia del recurso administrativo no impide la tramitación del procedimiento de resolución contractual en función de lo previsto con carácter general en el artículo 111 de la Ley 30/1992 (LRJAP) en el sentido de que la interposición de un recurso administrativo, *“excepto en los casos en que una disposición establezca lo contrario”*, no suspende la ejecución del acto impugnado.

Sin perjuicio de la regulación específica de las medidas provisionales en el recurso especial en materia de contratación (art. 313 de la LCSP, actual art. 43 del TRLCSP), no existe regla que matice o restrinja la general prevista en el artículo 111 LRJAP para el caso de los recursos administrativos interpuestos en los procedimientos a que da lugar la dinámica del contrato administrativo. Resulta ilustrativo al respecto el artículo 310.5 de la LCSP (actual art. 40.5), cuando prevé que los actos dictados en los procedimientos de adjudicación de contratos administrativos que no reúnan los requisitos del apartado 1, podrán ser objeto de recurso de conformidad con lo dispuesto en la LRJAP. Dicho esto por el legislador con respecto a los actos de adjudicación, no cabe dudar de la aplicación de una regla semejante a la impugnación de otros actos distintos, que no sean objeto del recurso especial en materia de contratación.

CUARTA.- Advertido lo anterior, procede entrar en el análisis de la posible concurrencia de la causa de resolución del contrato en que se fundamenta el procedimiento de que trae causa nuestro dictamen. Se trata de un contrato de concesión de obra pública, destinado a la construcción y explotación de un complejo tecnológico. Resulta concertado por una Administración Pública (el Ayuntamiento de Madrid), y tiene indiscutible carácter administrativo a tenor del artículo 19.1.a) en relación con el 3.2.a) de la LCSP.

En lo concerniente a la extinción de los contratos, el artículo 204 de la LCSP no reconoce un *tertium genus* distinto de la satisfacción del objetivo contractual o de la extinción del vínculo a consecuencia del fracaso en su consecución. De ahí que ese artículo 204 prevea la extinción, bien por cumplimiento, bien por resolución (en idéntico sentido, el art. 242, referido específicamente a la extinción del contrato de concesión de obra pública).

El desenlace de cumplimiento no viene al caso respecto del contrato sobre el que versa la petición de dictamen. No cabe duda, pues así lo reconoce el contratista en sus propios escritos de alegaciones presentados durante el procedimiento de resolución, de que, por su parte, no se ha dado cumplimiento a sus obligaciones contractuales, al punto de llegar a presentar la renuncia al mismo.

Entra así en juego la causa de extinción del contrato consistente en su resolución. En este punto, la ley distingue entre una serie de causas de resolución de carácter general, aplicables, en principio, a los distintos contratos regulados en ella, y algunas causas de resolución específicas para determinados tipos de contrato. Es el caso del contrato de concesión de obra pública, con respecto al que el artículo 245, apartado j), prevé como causa de resolución “*el abandono, la renuncia unilateral, así como el incumplimiento por el concesionario de sus obligaciones contractuales esenciales.*” La renuncia unilateral es precisamente la causa de resolución cuya aplicación pretende la Administración consultante. La cláusula 16 del pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato que nos ocupa recuerda la aplicabilidad a este de las causas de resolución previstas en el art. 245, sin perjuicio de otras específicas, que enumera, aplicables de un modo específico al contrato.

La aplicación de la causa de resolución, por otra parte, resulta posible toda vez que el contrato había nacido a la vida jurídica, y en el mismo sentido la contratista resultaba obligada a su cumplimiento, desde su

formalización por escrito (*“los contratos que celebren los poderes adjudicadores se perfeccionan con su formalización”*, dice el artículo 27.2 de la LCSP).

Como se ha advertido, la propuesta de resolución de 6 de febrero de 2012 (págs. 1683 a 1696 del expediente administrativo) centra la causa de resolución del contrato en la renuncia unilateral de la contratista, deducida en particular de su escrito de 4 de noviembre de 2011, en que, como respuesta al requerimiento de la Administración en orden a su asistencia al acto de comprobación del replanteo, la contratista manifestó:

- a) Primero, que habiendo trasladado a su vez a la empresa C el requerimiento del Ayuntamiento de Madrid en orden a la comprobación del replanteo y solicitándole una manifestación expresa y formal sobre su voluntad de *“continuar el proyecto”*, ésta le había confirmado su decisión de no llevarlo adelante.
- b) Segundo, que, en vista de lo anterior, *“en aras a no dilatar innecesariamente el procedimiento administrativo declara expresamente su voluntad de no continuar con la ejecución del proyecto correspondiente al contrato de concesión de obra pública...”*.

Si de la anterior manifestación se podía deducir una clara decisión de la contratista de originar la extinción del vínculo contractual que le ligaba con el Ayuntamiento de Madrid, los escritos posteriormente presentados en su nombre a lo largo del procedimiento de resolución contractual no han servido para reflejar una vuelta atrás en la determinación de la contratista, sino todo lo contrario.

De hecho, la mercantil contratista, en los escritos presentados a lo largo del procedimiento, no niega la existencia de motivos para proceder a la resolución. En este sentido, su escrito de 26 de diciembre de 2011, en que afirma *“que concurren circunstancias para el acuerdo de iniciación del*

expediente de resolución al haberse incumplido ciertas obligaciones contractuales por parte del contratista” (pág. 1525), sin perjuicio de solicitar, en el suplico de dicho escrito, la declaración por el Ayuntamiento de Madrid, al resolver el contrato, de la inexistencia de mala fe y de dilación por su parte en el cumplimiento del contrato, habida cuenta de su peculiar vínculo con la compañía C y la actitud de ésta en cuanto al cumplimiento de sus compromisos.

Por lo demás, esa situación de abandono o renuncia en el cumplimiento de sus obligaciones, aunque puesta de manifiesto de un modo expreso en el escrito de 4 de noviembre de 2011, venía reflejándose de un modo implícito en su actitud ante la ejecución del contrato.

Así, en marzo de 2011, al declarar la “*imposibilidad*” de pago del segundo plazo del canon fijo de la concesión. Pero, como se ha expuesto en los antecedentes, la contratista tampoco se opuso frontalmente a la imposición de penalidades al entender concurrente circunstancia para ello, sin perjuicio de solicitar la eliminación o moderación de la pena en consideración a la responsabilidad en ello de un tercero. En ese mismo escrito manifestaba haber cumplido sus obligaciones hasta la concesión de la licencia de obras o “*haber cumplido parcialmente el contrato... hasta el momento en que un tercero, la compañía C, ha dejado de cumplir sus obligaciones asociadas al contrato de concesión*”.

Tampoco cabe pasar por alto la renuncia a la licencia de obras o la falta de asistencia a la comprobación del replanteo, manifestación concluyente de su desinterés en la ejecución de la obra.

La oposición de la empresa B se centra, en realidad, en el aspecto relativo a lo que considera injustas acusaciones de mala fe vertidas por el Ayuntamiento de Madrid en los acuerdos adoptados en el procedimiento de resolución contractual. Y es que, según su versión de los hechos, la

causa del incumplimiento de aquellas obligaciones estriba en el advenimiento de circunstancias sobrevenidas a la firma del contrato, en relación con la negativa de la compañía C a dar cumplimiento al compromiso sobre cosa futura formalizado en diciembre de 2008, al dejar de estar interesada en la ocupación de la parcela para algunos de sus departamentos a consecuencia de un cambio en la estrategia empresarial, desinterés que habría quedado de todo punto de manifiesto en una reunión mantenida el 3 de enero de 2011 en dependencias municipales entre representantes de ambas empresas y del Ayuntamiento de Madrid.

De esta forma, la contratista pretende excusar la falta de cumplimiento de sus obligaciones contractuales en la posición frente a ella de un tercero, la compañía C, que se habría comprometido con ella a realizar cierta colaboración económica en reconocimiento de su interés en ocupar, una vez construida la obra, uno de los edificios del centro tecnológico. En concreto según documento fechado el 12 de noviembre de 2008 (pág. 1533) supondría el propósito de la compañía C de centralizar la mayor parte de sus instalaciones de I+D+I en aproximadamente la mitad del espacio destinado al centro tecnológico, que ocuparía a título de arrendamiento. En términos gráficos, y a decir de la propia contratista en escrito de marzo de 2011 presentado ante el Ayuntamiento de Madrid, ello suponía el reparto del coste del canon concesional entre ambas empresas y la ocupación por la compañía C de uno de los dos edificios que habrían de configurar el centro tecnológico.

El punto de partida para examinar sus alegaciones es el del indiscutible deber del contratista de cumplir el contrato en los términos estipulados. En este sentido, su obligación fundamental consiste en llevar a efecto la prestación que constituya su objeto. Tal como previene el artículo 196.2 de la LCSP, *“el contratista está obligado a cumplir el contrato dentro del*

plazo total fijado para la realización del mismo, así como de los plazos parciales señalados para su ejecución sucesiva”.

En particular, por lo que se refiere al contrato de concesión de obra pública, el artículo 229 de la LCSP, en consideración a las dos fases fundamentales en la ejecución de esta modalidad contractual, contempla como obligaciones fundamentales del concesionario, primero, la de ejecutar las obras con arreglo a lo dispuesto en el contrato, y, segundo, la de explotar la obra pública, asumiendo el riesgo económico de su gestión con la continuidad y en los términos establecidos en el contrato u ordenados posteriormente por el órgano de contratación. El contratista, según se ha podido apreciar en la relación de antecedentes del presente dictamen, ni tan siquiera ha procedido al inicio de la ejecución de las obras, dejando de comparecer al acto de comprobación del replanteo, trámite inmediatamente anterior a su ejecución.

En relación con lo anterior, olvida la mercantil el carácter estrictamente bilateral de la relación contractual, que le hace directamente obligada al cumplimiento de sus obligaciones ante el Ayuntamiento de Madrid, sin posible excusa en la actuación de un tercero (arg. arts. 224.3 y 210.4 LCSP, sobre terceros y subcontratistas).

Por otra parte, ha de tenerse en cuenta el principio, establecido en el artículo 199 de la LCSP, según el cual la ejecución del contrato debe realizarse “*a riesgo y ventura del contratista, sin perjuicio de lo establecido para el de obras en el artículo 214 y de lo pactado en las cláusulas de reparto de riesgo que se incluyan en los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado*”. El principio de realización del contrato a riesgo y ventura del contratista está especialmente presente en el contrato de concesión de obra pública, según atestigua la referencia expresa al mismo que se contiene, a la hora de delimitar genéricamente el tipo contractual, en el art. 7.2 de la LCSP. Del mismo modo, se hace referencia

específica a aquel principio en el artículo 225 de la ley, en relación con la primera fase del contrato, consistente en la ejecución de las obras. En particular, cabe decir que no concurre ni se ha aducido por la contratista que así sea, fuerza mayor que pudiera dar lugar a una mitigación del riesgo del contratista en los términos previstos en el artículo 214 de la ley, en que la conducta de un tercero no aparece reflejada como causa exonerativa de la responsabilidad del contratista.

No cabe duda, por tanto, de que la resolución del contrato resulta imputable al contratista.

QUINTA.- La propuesta de resolución se pronuncia, como resulta preceptivo (art. 224.1 TRLCSP), sobre la incautación de la garantía definitiva formalizada por el contratista, al considerar que el incumplimiento del contrato le resulta imputable.

El artículo 88, apartado c), de la LCSP, al enumerar las “*responsabilidades a que están afectas las garantías*”, precisa que la garantía definitiva responderá, entre otros conceptos, de la incautación que puede decretarse en los casos de resolución del contrato, “*de acuerdo con lo que en él o en esta ley esté establecido*”.

Por otra parte, el artículo 90.1 de la misma ley, también en sede de regulación de las garantías a prestar en los contratos celebrados con las Administraciones Públicas, detalla que “*la garantía no será devuelta o cancelada (en la parte que nos interesa) hasta que se declare la resolución de éste sin culpa del contratista*”.

La referencia a la imputabilidad del incumplimiento al contratista es si cabe más evidente en el artículo 208.3 (art. 208.4, con el mismo contenido, antes de la Ley 34/2010, modificativa de la LCSP), que impone al contratista el deber de indemnizar a la Administración “*cuando el contrato se resuelva por el incumplimiento culpable del contratista*”. En particular,

debe resaltarse su inciso segundo, que textualmente menciona que “*la indemnización se hará efectiva, en primer lugar, 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*”.

En términos equiparables, la concreta referencia a los efectos de la resolución del contrato de concesión de obra pública contenida en el artículo 247.4 de la LCSP: “*cuando el contrato se resuelva por causa imputable al concesionario, le será incautada la fianza y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que exceda del importe de la garantía incautada*”.

En nuestro reciente Dictamen 175/12, hemos deducido que, en lo que se refiere a la incautación de la garantía definitiva, el juego combinado del artículo 208.3, en relación con el artículo 90.1 de la LCSP, permite acordarla con independencia de la entidad de los daños y perjuicios ocasionados por el contratista a la Administración, siempre que, como en el supuesto que nos planteamos y según lo que antes se ha indicado, el incumplimiento resulte imputable al contratista.

En efecto, de la redacción del artículo 90.1 ha deducido autorizada doctrina el carácter de pena convencional de la incautación de la garantía definitiva en los casos de resolución del contrato por causa imputable al contratista, que permitiría así resarcirse a la Administración del perjuicio que en todo caso supone al interés público la falta de ejecución, total o parcial, del contrato, sin perjuicio de que, en caso de superar los daños irrogados el importe de la garantía constituida, se pueda acordar una indemnización superior con cargo al contratista y a beneficio (más bien resarcimiento) de la Administración. En este sentido vienen apuntando diversos Consejos Consultivos autonómicos, como el de Extremadura, en el dictamen 85/2011, de 17 de febrero, o el de Castilla-La Mancha, en el

dictamen 75/2011, de 30 de marzo. Asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 2002, RC 3008/1997.

A esta misma solución apunta la regulación específica del contrato de concesión de obra pública, cuyo artículo 247.4, en los términos recientemente transcritos, refiere el deber de indemnización de daños y perjuicios como una consecuencia adicional a la incautación de la garantía (*además*), siempre que la causa de resolución sea imputable al concesionario y los perjuicios irrogados excedan del importe de la garantía incautada.

En este punto, la incautación total de la garantía en la propuesta de resolución se advierte una decisión conforme a nuestra doctrina

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede acordar la resolución del contrato por renuncia unilateral de la contratista. Dicho incumplimiento resulta imputable al contratista, lo que debe conducir a la incautación de la garantía definitiva establecida.

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

Madrid, 18 de abril de 2012