

Dictamen nº: **367/12**  
Consulta: **Alcalde de Alcobendas**  
Asunto: **Contratación Administrativa**  
Aprobación: **20.06.12**

**DICTAMEN** de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 20 de junio de 2012, emitido ante la consulta formulada por el Ayuntamiento de Alcobendas al amparo del artículo 13.1 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, respecto a la resolución del contrato de concesión de la parcela municipal S en el sector *“Arroyo de la Vega”* adjudicado a Unión Temporal de Empresas A.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.**- El día 22 de mayo de 2012 tuvo entrada en el registro de este Consejo Consultivo una solicitud de dictamen del Ayuntamiento de Alcobendas formulada a través del vicepresidente, consejero de Cultura y Deporte y portavoz del Gobierno, sobre la resolución del contrato antes referido. Admitida a trámite dicha solicitud, se le procedió a dar entrada con el número 317/12, comenzando a partir de tal fecha el plazo para la emisión del dictamen, en aplicación del artículo 34.1 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por el Decreto 26/2008, de 10 de abril.

Su estudio ha correspondido, por reparto de asuntos, a la Sección II, presidida por Dña. Rosario Laina Valenciano, que firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por unanimidad, en

la Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 20 de junio de 2012.

**SEGUNDO.-** La Administración consultante mediante acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 10 de febrero de 2012, inicia procedimiento de resolución de la concesión en su día constituida sobre la parcela municipal S del sector Arroyo de la Vega a favor de la UTE A, por estimar que la mencionada adjudicataria ha realizado una cesión de la concesión sin someterse a la previa autorización municipal, invocando los artículos 109 y 111 g) del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (en adelante TRLCAP) y las cláusulas 20, 24 y 26 del pliego de condiciones rector de la concesión. Se dispone en el mismo acuerdo que la cantidad a percibir por la contratista asciende a 12.375.028 euros, cantidad que resulta de la liquidación del contrato una vez que se han restado del valor de las edificaciones construidas, las garantías definitivas constituidas y los cánones dejados de percibir por el Ayuntamiento.

De los antecedentes que obran en el expediente, resultan de interés los siguientes hechos:

El 27 de julio de 2004, la Junta de Gobierno Local aprobó los pliegos de cláusulas económico-administrativas y de prescripciones técnicas que habían de regir el contrato para la redacción de un proyecto, la construcción y posterior explotación de un complejo deportivo y un aparcamiento subterráneo en la parcela S del plan parcial Arroyo de la Vega de Alcobendas, a adjudicar mediante procedimiento abierto por concurso.

El objeto del contrato se definía en la cláusula 1<sup>a</sup> del pliego de prescripciones económico-administrativas de la siguiente forma: *“Constituye el objeto del contrato la redacción de un proyecto, la construcción y la concesión de la conservación, explotación y uso de un*

*complejo deportivo y un aparcamiento subterráneo en la parcela S del Plan Parcial Arroyo de la Vega de Alcobendas, de dominio público, con un mínimo de 500 plazas de aparcamiento. (...) Una vez perfeccionado el contrato, constituirá una concesión administrativa de un uso privativo sobre un terreno de dominio público, con la obligación de construir el mencionado complejo deportivo y aparcamiento para su posterior explotación, con las condiciones establecidas en el artículo 78 y siguientes del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales".*

Por acuerdo de 18 de enero de 2005, la Junta de Gobierno Local acordó adjudicar el mencionado contrato, a la UTE A, integrada por las empresas B, C y D, formalizándose el mismo el 14 de marzo de 2005 siendo elevado a escritura pública el 21 de noviembre de dicho año. Previa solicitud de la UTE, se autorizó por la Junta de Gobierno Local, en sesión del 20 de junio de 2006, la hipoteca sobre la concesión.

La duración del contrato se fijó en tres meses para la redacción del proyecto a contar desde la firma del contrato, 18 meses para la ejecución de las obras, de acuerdo con la oferta de la adjudicataria, a contar desde la fecha de concesión de la licencia de obras y en 50 años para la explotación de las instalaciones.

Por acuerdos de la Junta de Gobierno Local de 10 de mayo de 2005 y 31 de julio de 2007, se concedieron a la adjudicataria sendas prórrogas para la presentación del proyecto de ejecución (hasta el 14 de diciembre de 2007) y para la ejecución de las obras (hasta el 26 de marzo de 2008), al entender que existían causas que justificaban los retrasos.

El 15 de julio de 2008, se acordó por la Junta de Gobierno Local el inicio de un expediente administrativo para la imposición a la adjudicataria de una penalización de 2.775,33 euros por cada día de retraso en la

ejecución de las obras. Asimismo, se concedía una prorroga a la UTE del plazo de ejecución de las obras hasta su total finalización.

El 22 de julio de 2008, el gerente único de la UTE presentó un escrito en el que señalaba que, ante el incumplimiento por parte de dos miembros de la UTE de sus obligaciones, se procedió a excluirles de la mencionada agrupación de empresas el 17 de junio de 2008, de tal forma que la misma quedó reducida a D.

Ante esa situación la UTE A renunciaba al contrato de concesión, si bien establecía como *“conditio sine qua non”* para la mencionada renuncia el abono de las inversiones realizadas por la UTE proponiendo a tal efecto la designación de un tasador.

A raíz de dicho escrito, la Junta de Gobierno Local acordó el día 29 de julio de 2008 iniciar un expediente de resolución del contrato de concesión (folios 162-163).

No consta en la documentación remitida a este Consejo ninguna actuación relativa a ese procedimiento de resolución contractual hasta que, por escrito presentado el 1 de abril de 2009, el gerente de la UTE solicita autorización para la cesión del contrato a la Empresa Municipal de la Vivienda de Alcobendas (EMVIALSA) y consecuentemente se archive el expediente de resolución contractual (folios 164-166).

El 22 de marzo de 2011, los representantes de D, C. y B, presentan un escrito en el que solicitan autorización para la cesión del contrato a D.

Por escrito presentado en Correos el 16 de enero de 2012, la gerente de la UTE solicita certificación de acto presunto estimatorio de la anterior petición y, subsidiariamente, reiteración de autorización para la cesión del contrato a D.

Con idéntica fecha y lugar de presentación la gerente comunica al alcalde de Alcobendas que acusa recibo de la concesión de la licencia de apertura y funcionamiento del complejo y que tiene previsto iniciar a partir del día 14 de febrero de 2012 la explotación del aparcamiento, zona deportiva y zona de restauración.

Propone fijar una fecha para la realización de un acto inaugural y comunica que comenzará a abonar al Ayuntamiento el canon concesional.

Acompaña un certificado de la póliza de seguro, el plan de mantenimiento y el plan de explotación del aparcamiento exigidos por los pliegos.

Previo informe de los servicios jurídicos del área de urbanismo del Ayuntamiento, la Junta de Gobierno Local de 3 de febrero de 2012 desestima las solicitudes planteadas en cuanto a la certificación de acto presunto y autorización para la cesión del contrato instada con fecha 22 de marzo de 2011, basando el rechazo a esta solicitud en la palmaria falta de solvencia de la mercantil D para asumir por sí sola la explotación del complejo deportivo y no hallarse ejecutado el 20% del contrato, requisito este establecido en la normativa de aplicación(folios 274-275).

En la sesión de 10 de febrero de 2012, la Junta de Gobierno Local acuerda dejar sin efecto el acuerdo de 29 de julio de 2008 sobre inicio del procedimiento de resolución e iniciar un nuevo procedimiento de resolución al haber incumplido el contratista obligaciones esenciales como es la cesión inconsentida del contrato.

Asimismo acuerda, como medida provisional, suspender el acto de apertura de las instalaciones construidas (folios 291-293).

Dicho acuerdo es notificado a la UTE, a las tres empresas integrantes de la misma así como a E (acreedor hipotecario) y a F (avalista), otorgando un plazo de diez días para efectuar alegaciones.

**TERCERO.-** El 17 de febrero de 2012, la gerente único de la UTE autoriza a tres personas para que puedan tomar vista del expediente con la finalidad de efectuar alegaciones.

El 29 de febrero de 2012, el director del área de urbanismo del Ayuntamiento solicita al Registro de la Propiedad nº2 de Alcobendas certificación de derechos y cargas a los efectos del artículo 258 del TRLCAP.

El 17 de febrero de 2012, la gerente único de la UTE solicita una ampliación del plazo para formular alegaciones que es concedida por Decreto de Alcaldía de 20 de febrero de 2012 ampliando el plazo en cinco días naturales siendo notificado ese mismo día a la UTE.

El 23 de febrero de 2012 presenta alegaciones F solicitando que se le aclare cuál es la garantía afectada por el procedimiento de resolución con suspensión del plazo para formular alegaciones.

El 24 de febrero de 2012, la UTE presenta un escrito de alegaciones en el que mantiene lo siguiente:

1º Existe falta de motivación en el acuerdo de inicio del expediente de resolución.

2º No existe causa de resolución por cesión inconsentida ya que no hay disolución de la UTE que continua activa. Incluso, aunque se hubiera producido esa disolución no sería causa de resolución.

3º No puede hablarse de cesión inconsentida al existir una solicitud de autorización de la cesión.

4º La decisión de acordar la resolución contractual sería absolutamente desproporcionada.

5º La resolución contractual supone un ejercicio de arbitrariedad y desviación de poder.

6º La suspensión provisional de la puesta en funcionamiento de las instalaciones es absolutamente desproporcionada.

Concluye, manifestando la oposición de la UTE a la resolución de la concesión y solicitando el levantamiento de la medida provisional.

El 27 de febrero de 2012, E, acreedor hipotecario, presenta escrito de alegaciones en el que indica que no le corresponde efectuar alegaciones sobre la concurrencia de la causa de resolución si bien manifiesta que, de resolverse la concesión, deberá cancelarse el crédito hipotecario del que es titular, con cumplimiento de la previa consignación de las cantidades que se le adeuden a la concesionaria, tal y como estipula la legislación aplicable. Cifra dicha deuda en el momento de realizar alegaciones en 8.248.552 € de capital dispuesto y 37.586,28 € de intereses nominales.

**CUARTO.-** Por decreto de Alcaldía de 9 de marzo de 2012, se acuerda requerir:

1º A la UTE y a las sociedades que la integran para que presenten una declaración en la que expresen si los estatutos de la UTE siguen siendo los iniciales o si han sufrido modificaciones con remisión en este caso de los títulos que las documenten e indicación de la composición actual del comité de gerencia de la UTE, así como los acuerdos de colaboración suscritos por la UTE para la explotación de los elementos integrantes del complejo construido.

2º A E para que remita copia de las escrituras públicas de novación modificativa de la escritura de crédito hipotecario.

3º A un notario de Madrid para que remita copia del acta de requerimiento de 17 de junio de 2008 por la que se excluía a dos empresas de la UTE así como copia autorizada de las escrituras públicas en las que se protocolizasen los acuerdos de separación de la UTE.

El día 15 de marzo de 2012, C presenta copia de la escritura de elevación a público de documento privado otorgada el día 21 de marzo de 2011 ante el notario de Madrid J.M.M.F. con el número aaa de su protocolo por la que dicha empresa y D acuerdan resolver la UTE y se acuerda ceder a D la totalidad de los derechos “... *aunque nominalmente y frente a terceros siga apareciendo como socio de la UTE*”.

El 15 de marzo de 2012, la UTE presenta, por medio de abogado con poder al efecto, escrito en el que aporta la escritura de constitución de la UTE, escritura de 21 de marzo de 2011 en la que se modifica el comité de gerencia de la UTE y se designa nuevo gerente único, escritura de 14 de febrero de 2012 en la que se modifica nuevamente el comité de gerencia.

El escrito añade que no ha habido modificaciones posteriores que afecten a la organización y funcionamiento de la UTE y en cuanto a la participación de las empresas en la UTE, señala que sigue siendo la original (D 34%, B 33% y C 33%). Presenta una declaración suscrita por el citado abogado en la que declara que los estatutos de 7 de marzo de 2005 fueron modificados por escrituras de 21 de marzo de 2011 y 14 de febrero de 2012.

Por último, acompaña una serie de presupuestos y facturas y afirma que se celebraron unos acuerdos de colaboración con otras empresas para la gestión del complejo que no se llevaron a cabo por la suspensión de su puesta en funcionamiento (folios 513-632).

Se han aportado igualmente al expediente por el notario autorizante:

- copia del acta de requerimiento de 17 de junio de 2008 en el que D excluye a C por incumplimiento de sus obligaciones, si bien no pudo notificarse el mencionado requerimiento al no localizar el notario a esa sociedad en el domicilio que constaba.

- copia de la escritura de novación modificativa de 16 de marzo de 2011 con número de protocolo bbb en la que D asume las obligaciones de B en el préstamo suscrito con H garantizado entre otras garantías, con la cesión de derechos sobre los pagos que había de realizar el Ayuntamiento por un importe de 200.000 euros anuales derivados del contrato de concesión.

- escritura elevación a público de documento privado otorgada el 21 de marzo de 2011 ya aportada por C a la que ya hemos hecho referencia, por la que se modifica el comité de gerencia de la UTE y se designa nuevo gerente único.

Consta una solicitud del alcalde al mencionado notario para que remitiese testimonio parcial de la escritura otorgada el 16 de marzo de 2011, elevando a público el acuerdo de resolución de relaciones comerciales y jurídicas entre las compañías D y B en relación con determinadas uniones temporales de empresas.

**QUINTO.-** Con fecha 4 de mayo de 2012, se emite informe jurídico por el área de urbanismo del Ayuntamiento de Alcobendas que considera que sí concurre la causa de resolución del artículo 111 g) del TRLCAP. Añade que han de estimarse las alegaciones de E en cuanto a que la resolución de la concesión lleva consigo la extinción de la hipoteca. Respecto de las alegaciones de F, recuerda que dicha entidad aseguró tanto la garantía provisional (120.000 euros) como la definitiva (6.000 euros) y la garantía definitiva por la construcción del aparcamiento (624.910 euros), recordando que se encuentran pendientes una serie de obras de reparación en el aparcamiento cuyo importe excede de esas garantías.

En cuanto a la tramitación, recuerda lo dispuesto en el artículo 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), indicando que se han cumplido todos los trámites incluyendo el informe de Asesoría Jurídica (que no consta en el expediente). Añade que deberá emitir informe la Intervención General y recuerda el plazo de caducidad del procedimiento.

Concluye afirmando que el acuerdo deberá: a) resolver las alegaciones planteadas; b) aprobar la liquidación del contrato. A este respecto, indica que el pago de la liquidación se realizará bien por el Ayuntamiento con cargo a sus presupuestos, bien mediante la ejecución del contrato por la Empresa Municipal de la Vivienda en cuanto medio propio o bien por un nuevo concesionario que abonaría al anterior el saldo líquido a determinar por el Jurado Territorial de Expropiación Forzosa; c) incautar las garantías definitivas prestadas; d) elevar el expediente al Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

La Intervención General emite informe el 10 de mayo de 2012 en el que destaca las posibles formas de asumir el pago de la liquidación por el valor de las edificaciones existentes y la cancelación del crédito hipotecario y las limitaciones establecidas por la actual normativa de estabilidad presupuestaria (Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera).

En concreto, se señalan las dificultades que existen para poder concertar, bien una operación de crédito o bien proceder a enajenar bienes del inmovilizado material en orden a obtener los fondos necesarios para el pago al concesionario y al acreedor hipotecario. Destaca la imposibilidad de realizar el pago con cargo a ingresos corrientes.

En cuanto a la posibilidad de pago por parte de EMVIALSA, señala que habrá que determinar si la empresa puede hacerse cargo.

Por último, destaca que atribuir el pago a un futuro concesionario plantea el problema de la necesaria selección de éste y de la generación de intereses hasta que se realice dicho pago.

**SEXTO.**- Se ha aportado al expediente un informe de 18 de abril de 2012 elaborado por una empresa privada sobre las anomalías existentes en el edificio objeto de la concesión. En dicho informe se recogen diversos defectos entre los que destacan las humedades existentes cuyo coste de reparación se valora en 1.187.472 euros (folios 727-741).

Con fecha 20 de abril de 2012, se emite por un arquitecto municipal un informe sobre valoración de las construcciones ejecutadas que establece como valoración final 11.637.918 euros (folios 742-748).

El 23 de abril se concede a la UTE un plazo de cinco días naturales para alegaciones sobre esa valoración.

El 25 de abril se solicita por la UTE una ampliación de dicho plazo que es denegada por Decreto de Alcaldía de 27 de abril.

Ese mismo día 27 se presenta por la UTE escrito de alegaciones en las que se opone a la valoración efectuada por el Ayuntamiento aportando un informe técnico realizado por dos arquitectos fechado el 30 de octubre de 2008 en el que valoran las construcciones en 21.141.898,09 euros aplicando la metodología contenida en la Orden ECO/805/2003, de 27 de marzo, sobre normas de valoración de bienes inmuebles y de determinados derechos para ciertas finalidades financieras (folios 760-883).

Por informe técnico de 4 de mayo de 2012, el arquitecto municipal propone desestimar esas alegaciones al considerar que la valoración es exagerada y no cuenta con datos válidos que la amparen.

**SÉPTIMO.-** Consta un informe-propuesta sin firmar de 4 de mayo de 2012 en el que se propone la resolución del contrato, la incautación de las garantías definitivas y cuantificar la liquidación del contrato en 12.375.028 euros, debiendo deducirse de esa cantidad el importe del crédito hipotecario suscrito con E manteniéndose la suspensión de la apertura de las instalaciones.

Acuerda elevar el expediente al Consejo Consultivo con suspensión del plazo máximo para resolver el procedimiento.

En tal estado se remite a este Consejo para su informe.

A la vista de los hechos anteriores, cabe hacer las siguientes

## CONSIDERACIONES DE DERECHO

**PRIMERA.-** La petición de dictamen se ha de entender realizada al amparo de lo dispuesto en el artículo 13.1 f) apartado quinto de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, a cuyo tenor el Consejo Consultivo deberá ser consultado en los expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid en los supuestos de *“Interpretación, nulidad y extinción de concesiones administrativas cuando se formule oposición por parte del concesionario”*.

El contrato al que este expediente se refiere fue objeto de adjudicación definitiva a la contratista el 18 de enero de 2005.

Los pliegos establecen expresamente que las causas de resolución y el procedimiento para declarar su concurrencia serán los establecidos en el TRLCAP, por lo que, sin perjuicio de lo que posteriormente indicaremos sobre la naturaleza del contrato, habrá de estarse a la normativa de contratos públicos.

El Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), establece en su disposición transitoria primera:

*“Disposición transitoria primera. 1. Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato. En el caso de procedimientos negociados, para determinar el momento de iniciación se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos.*

*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”.*

La disposición final única del citado Real Decreto Legislativo establece que el mismo entraría en vigor al mes de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, de manera que está vigente desde el 16 de noviembre de 2011.

Al adjudicarse el contrato con anterioridad a la entrada en vigor tanto del Texto Refundido como de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (cuyo derecho transitorio era idéntico al del Texto Refundido), resulta de aplicación el TRLCAP.

Respecto al procedimiento a seguir para la resolución, debe este acomodarse a las prevenciones de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, actualmente el Texto Refundido de 2011, y en los Reales Decretos 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la anterior norma legal y el RGLCAP.

Al formularse oposición a la resolución del contrato por parte de la concesionaria, resulta preceptivo el dictamen de este Consejo.

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

**SEGUNDA.-** Al informar el presente procedimiento de resolución contractual, procede analizar separadamente la tramitación del mismo y la concurrencia de la causa de resolución invocada por la Administración.

La aplicación del artículo 44 de la LRJ-PAC a los procedimientos de resolución contractual ha sido establecida por la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo y ha sido recogida por este Consejo en dictámenes como el 10/10, de 20 de enero de 2010, entre otros. El precitado artículo 44 de la LRJ-PAC, alude a la caducidad por transcurso del plazo máximo para resolver que viene determinado por el artículo 42 de la LRJ-PAC que fija dicho plazo en el que establezca la normativa específica y, en su defecto, el plazo general de tres meses (apartado 3).

Sin embargo, dicho plazo puede interrumpirse conforme el apartado 5 c) del citado artículo 42 de la LRJ-PAC: *“Cuando deban solicitarse informes que sean preceptivos y determinantes del contenido de la resolución a órgano de la misma o distinta Administración, por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos. Este plazo de suspensión no podrá exceder en ningún caso de tres meses”*. Efectivamente, y dado que en determinadas ocasiones el plazo establecido por el legislador puede resultar excesivamente breve en atención a circunstancias o incidencias de difícil previsión, la propia LRJ-PAC ha permitido, en su artículo 42.5, la posibilidad de suspensión del plazo máximo para resolver un procedimiento y notificar la resolución en determinados supuestos. Entre ellos, figura el que se refiere a la necesidad

de solicitar informes que sean preceptivos y determinantes del contenido de la resolución a órgano de la misma o distinta Administración, en cuyo caso opera la suspensión por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos.

El presente procedimiento comenzó con el acuerdo de la Junta de Gobierno de 10 de febrero de 2012, suspendiéndose cinco días al requerir a la concesionaria determinada documentación y suspendiéndose de nuevo el 4 de mayo de 2012 al solicitarse el dictamen del Consejo Consultivo, aun cuando ese informe-propuesta se encuentra sin firmar, se considera que el procedimiento de resolución no se encuentra caducado y una vez que la Administración reciba el presente dictamen, deberá comunicarlo a los interesados, reanudándose el plazo de caducidad, disponiendo la Administración para resolver del plazo que restaba hasta los tres meses cuando se acordó la suspensión.

En cuanto al trámite de audiencia a los interesados, consta que se ha otorgado tanto a la UTE contratista como a la entidad de seguros que prestó las garantías del contrato y a la entidad titular del derecho real de hipoteca sobre la concesión por lo que dicho trámite ha de entenderse cumplimentado.

**TERCERA.** - Con carácter previo a entrar en el fondo del asunto debe hacerse una reflexión sobre la naturaleza del contrato que se pretende resolver y, en consecuencia, el derecho aplicable.

El pliego de cláusulas económico-administrativas se limita a afirmar que una vez perfeccionado el contrato “*(...) constituirá una concesión administrativa de un uso privativo sobre un terreno de dominio público, con la obligación de construir el mencionado complejo deportivo y aparcamiento para su posterior explotación, con las condiciones establecidas*

*en el artículo 78 y siguientes del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales”.*

Sin embargo, un análisis del objeto del contrato nos conduce a comprobar que nos hallamos ante un contrato en el que el contratista se compromete a construir un centro deportivo y un aparcamiento en una parcela demanial de 28.000 m<sup>2</sup> obtenida por cesión forzosa y gratuita derivada de obligaciones urbanísticas, cuyo uso era, precisamente, el deportivo y el de aparcamiento.

La contratista en ese contrato se compromete a redactar el proyecto de obras y a ejecutar las obras de un centro deportivo y aparcamiento y obtiene la explotación de esas instalaciones durante cincuenta años a cambio de un canon anual de 12.000 euros.

Resulta pues que, si para determinar la verdadera naturaleza de un contrato ha de estarse a la prestación más importante desde el punto de vista económico (artículo 12 del TRLCAP y artículo 6 del TRLCAP), en el presente caso nos encontraríamos ante una concesión de obra pública que tiene por objeto la construcción de una obra pública retribuyéndose el concesionario con la explotación de la misma, siendo el canon de utilización del dominio público meramente simbólico. Como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1997 (recurso 882/1993) “*Es decir, se trata de una concesión de explotación de una obra pública que tiene la naturaleza de concesión mixta, de servicio público y demanial, puesto que el concesionario para la prestación del servicio público está utilizando un bien de dominio público, y por ello, nos encontramos ante la concurrencia de una concesión demanial y otra de servicio público, admitida ya por numerosa jurisprudencia del Tribunal Supremo, Sentencias de 4 julio 1967 y 20 noviembre 1969, entre otras, en las cuales no se produce el denominado principio de atracción de las concesiones demaniales, sino que da lugar al fenómeno de accesoriedad concesional subordinando la*

*concesión de dominio a la del servicio.*” Este principio de accesорiedad ha sido recogido en el artículo 91 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de patrimonio de las Administraciones públicas.

Debe tenerse en cuenta además que el contrato de concesión de obra pública es un contrato definido en el derecho comunitario (Directiva 93/37/CEE del Consejo de 14 de junio de 1993 y la actualmente vigente Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004).

En cualquier caso, ha de estarse a lo establecido en los pliegos en cuanto ley del contrato y éstos en su cláusula 25 señalan como causas de resolución las genéricas del TRLCAP y específicamente la “*cesión o transferencia de la concesión administrativa*”.

**CUARTA.** - Establecido lo anterior, cabe realizar un análisis de las notas predicables de la figura de la resolución contractual en el ámbito público que habrán de ser tenidas en cuenta a la hora de decidir si la misma resulta procedente, tal y como mantiene la administración consultante en contra del criterio de la contratista. En este sentido, la resolución contractual se configura, dentro del ámbito de las denominadas prerrogativas de la Administración, previstas en el artículo 59 del TRLCAP como una facultad exorbitante de la misma. No obstante ello, su ejercicio no se produce de una manera automática, sino que constituye una medida drástica que sólo se justifica en presencia de graves incumplimientos que puedan lesionar el interés general, de ahí los pronunciamientos de la jurisprudencia advirtiendo de la necesidad de distinguir entre incumplimientos generadores de la ejercitar el derecho a la extinción del contrato de aquellos otros que no la conllevan (por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2000).

Asimismo, la jurisprudencia ha venido recordando la necesidad de que las relaciones contractuales estén presididas por la equidad y la buena fe, de tal modo que las facultades exorbitantes de la Administración han de ser ejercitadas de acuerdo a dichos principios, que aún recogidos en la legislación jurídico privada (artículo 1258 del Código Civil), son perfectamente extrapolables al ámbito público. Así, el Tribunal Supremo en sentencia de 6 de abril de 1987, manifestaba: “... si bien el artículo 65 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales faculta a éstas para declarar la resolución del contrato cuando el contratista incumple las obligaciones que le incumben, la jurisprudencia ha tenido que armonizar en ocasiones dicha facultad con el principio de buena fe y la equidad, evitando las situaciones de abuso de derecho o privilegio de la Administración, ponderando a efectos de esa facultad resolutoria el grado de infracción de las condiciones estipuladas y la intención del administrado contratista-Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 1983 y 4 de mayo de 1981”.

Desde esta óptica ha de ser analizada la resolución propuesta, de tal forma que a efectos de fundar una posible resolución, el incumplimiento de obligaciones ha de ser de tal calado que impida la realización del objeto contractual y siempre con estricto cumplimiento de los principios de equidad y buena fe.

**QUINTA.-** Ha de determinarse si concurre causa que ampare la resolución contractual pretendida y que la Administración concreta en la cesión del contrato entre los integrantes de la UTE sin autorización previa.

Las uniones temporales de empresarios constituyen una forma de colaboración para la consecución de un fin u objetivo de interés común en la que todos los empresarios que ponen sus esfuerzos en común se vinculan jurídicamente con la Administración contratante. Como ha indicado la doctrina, su objetivo es superar las debilidades o insuficiencias de cada unos

de los partícipes individualmente considerados, poniendo en común sus esfuerzos y potencialidades, lo cual redunda en beneficio del interés público.

Pese a su importancia en la contratación pública, su regulación normativa es escasa y se limita prácticamente al artículo 24 del TRLCAP (actual artículo 59 TRLCSP) y a la Ley 18/1982, de 26 de mayo, sobre Régimen Fiscal de Agrupaciones y Uniones Temporales de Empresas y de las Sociedades de Desarrollo Industrial Regional (LUTE) cuyo artículo 7 las define de la siguiente forma: *“1. Tendrán la consideración de Unión Temporal de Empresas el sistema de colaboración entre empresarios por tiempo cierto, determinado o indeterminado para el desarrollo o ejecución de una obra, servicio o suministro. 2. La Unión Temporal de Empresas no tendrá personalidad jurídica propia.”*

Aparece así la Unión Temporal de Empresas como la única forma en que varias empresas pueden formular de forma conjunta una proposición en los procedimientos de contratación, sin que la entidad que surja de dicha unión llegue a ostentar personalidad jurídica como resulta del artículo 7.2 LUTE y de la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2001 (recurso 6801/1995).

La adjudicación del contrato se realizó a la UTE de la que formaban parte las siguientes empresas:

- D: 34%
- B: 33%
- C: 33%

La UTE se constituyó con los mencionados porcentajes en escritura pública de 7 de marzo de 2005.

El 22 de julio de 2008, el gerente de la UTE indicó que se había procedido a excluir el 17 de junio de 2008 a B y a C de la UTE y solicitaba la resolución del contrato si bien condicionaba esa solicitud al abono de las inversiones realizadas.

Por tanto, desde el 17 de junio de 2008 existiría, con conocimiento del Ayuntamiento, una cesión de facto del contrato ya que D dejaba de colaborar con las otras dos empresas integrantes de la UTE y asumía en solitario la ejecución del mismo, hasta que en marzo de 2011, la referida mercantil solicita al Ayuntamiento la autorización para la cesión del contrato a su favor, sin respuesta del ente público. Asimismo, los integrantes de la UTE han formalizado esa cesión tal y como resulta de las escrituras de elevación a públicos de acuerdos privados de 11 de marzo de 2011 (cesión de B) y 21 de marzo de 2011 (cesión de C). La cesión, según se desprende de dichos documentos, se pacta *“aunque nominalmente y frente a terceros siga apareciendo como socio de la UTE”*, y manteniendo los estatutos en la regulación del porcentaje de participación de las empresas.

Se ha planteado si es posible la cesión de un contrato a favor de alguno de los integrantes de la UTE, y en sentido afirmativo se ha pronunciado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Baleares al indicar en su informe 1/04, de 30 de septiembre: *“Por consiguiente, si se cumplen los requisitos del art. 114.2 de la LCAP, el socio de una UTE adjudicataria de un contrato administrativo, en este caso de obras, podrá ser cesionario de ese contrato.”* Más adelante, el Tribunal Supremo dictó sentencia de 14 de octubre de 2005 (recurso 1125/2003) en que admite dicha cesión sometida a autorización, ya que la finalidad de la autorización administrativa, es que resulte garantizado el interés público en la ejecución del contrato.

Delimitados así los hechos, y en aplicación de los criterios jurisprudenciales expuestos en consideraciones precedentes, la postura favorable a la resolución contractual mantenida en la propuesta de la Administración sometida a dictamen, no puede ser respaldada por este Consejo.

Efectivamente nos encontramos ante una exclusión de varias empresas integrantes de la UTE A, que ya era conocida por la Administración desde el 22 de julio de 2008, fecha en que el gerente único de la referida entidad puso en su conocimiento las desavenencias entre las mercantiles, proponiendo la resolución del contrato si se abonaba la inversión realizada hasta el momento. A raíz de dicho escrito la Administración inicia un procedimiento de resolución contractual que no llega a culminar y la contratista continúa desarrollando el contrato, a pesar de sus dificultades internas que lejos de ser ocultadas, se evidencian ante la Administración, solicitando, como solución el 1 de abril de 2009, la cesión del contrato a la Empresa Municipal de la Vivienda de Alcobendas. No existe respuesta por la Administración, y la contratista sin abandonar la ejecución del contrato, vuelve a proponer en el año 2011 al ente público la autorización para la cesión a D, obteniendo respuesta negativa en esta ocasión, un año más tarde. El silencio producido en ese lapso de tiempo, dicho sea de paso, no tiene carácter positivo tal y como afirma la contratista, al hallarnos ante una concesión referida a la explotación de una parcela demanial y resultar de aplicación el artículo 42.2 LRJ-PAC, que establece el silencio negativo en aquellos procedimientos cuya estimación determinase la transferencia al solicitante o a terceros de facultades relativas al dominio público.

La modificación de la UTE, a pesar de ser de carácter interno y sin alteración de porcentajes de participación en la regulación estatutaria, tiene una repercusión indudable en la ejecución del contrato, pues aún cuando las tres empresas sigan respondiendo ante la Administración, y por tanto

permanezca inalterable el régimen de responsabilidad solidaria de cada una de ellas, aquella ejecución se puede ver afectada si la exclusión de alguna de las empresas redunda en perjuicio del objeto del contrato, de ahí que se someta a previa autorización. En el presente caso, la autorización se denegó once meses después de su solicitud, iniciándose posteriormente el procedimiento de resolución, en donde poco argumenta la Administración consultante, respecto de los perjuicios derivados de la exclusión de facto de determinadas empresas, factor que sin duda es determinante para la satisfacción del interés público que subyace en la contratación. Por dicho motivo, se estima sin suficiente fundamento la resolución basada exclusivamente en la alteración de la composición de la UTE sin el requisito formal de autorización administrativa, cuando nos hallamos en presencia de una ejecución parcial del contrato que se presume adecuada, aunque tardía, en tanto han sido obtenidas las oportunas licencias de apertura y funcionamiento del complejo deportivo ya construido.

La resolución contractual propuesta resulta además incompatible con la equidad y la buena fe que han de presidir las relaciones entre las partes vinculadas ya sea por una relación jurídico pública o jurídico privada, dado que los cambios en el seno de la UTE, conocidos por la Administración municipal desde que se produjeron (año 2008), podrían haber afectado a la permanencia del vínculo contractual desde su inicio, resultando contrario a la buena fe, el ejercicio de la potestad resolutoria una vez que la obra se encuentra terminada, sin reproches evidenciados en la ejecución de la misma. Se ha de tener en cuenta la actitud de la contratista, que lejos de ocultar las dificultades producidas en el seno de UTE, lo pone de manifiesto a la Administración desde su inicio, aportando, ante la pasividad de ésta, soluciones alternativas para no perjudicar la ejecución del contrato, ejecución que a pesar de los problemas internos no deja de atender.

A ello hemos de añadir que si la finalidad del contrato que nos ocupa es la ejecución de una obra pública y la explotación de un complejo deportivo, el interés público ínsito en la contratación que ha de llevarse a término y que exige la puesta a disposición del público de las instalaciones deportivas, se vería frustrado con la resolución del contrato, dadas las dificultades que concurren derivadas de falta de liquidez del ente público para afrontar el pago de la obra realizada a la contratista que redundaría en un retraso importante en una nueva adjudicación. Por el contrario, no puede obviarse que la contratista ha afirmado expresamente poder cumplir con sus compromisos en la explotación del complejo deportivo, sin que se haya concretado en el expediente circunstancia alguna que permita dudar de tal afirmación, antes al contrario, resulta avalada por la ejecución de la obra hasta el momento desarrollada a pesar de las dificultades de organización interna de la UTE.

**SEXTA.-** No obstante el sentido del presente dictamen contrario a la resolución contractual propuesta, se estima necesario, dentro de la labor de ilustración que corresponde a este órgano consultivo, realizar una reflexión en cuanto a los efectos que podrían derivarse de la eventual resolución, que pudiera acordar la Administración, dado el sentido no vinculante del dictamen que se emite, debiendo poner de relieve que la resolución sólo podrá llevarse a efecto si el Ayuntamiento cuenta con crédito adecuado y suficiente para abonar cantidad resultante de la liquidación.

Efectivamente, la resolución del contrato determina su liquidación. Ello implica que la Administración deberá abonar el importe de las obras ejecutadas y liquidar los daños y perjuicios indemnizables a la Administración por el contratista para evitar que haya enriquecimiento injusto para alguna de las partes -sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 2000 (recurso 2329/1994)- y artículo 172 RGLCAP. Consta en el expediente que la concesión está gravada con un derecho real de

hipoteca al amparo del artículo 107.6 de la Ley Hipotecaria (texto refundido aprobado por Decreto de 8 de febrero de 1946) y 255 del TRLCAP, de tal manera que para cancelar el asiento del registro, se hace necesario el previo depósito de las cantidades debidas a la contratista como se desprende del artículo 175 del Reglamento Hipotecario aprobado por Decreto de 14 de febrero de 1947 al disponer: "*Las inscripciones de hipotecas constituidas sobre obras destinadas al servicio público, cuya explotación conceda el Gobierno y que estén directa y exclusivamente afectas al referido servicio, se cancelarán, si se declarase resuelto el derecho del concesionario, en virtud del mismo título en que se haga constar esa extinción y del documento que acredite haberse consignado en debida forma, para atender al pago de los créditos hipotecarios inscritos, el importe de la indemnización que en su caso deba percibir el concesionario*". De forma semejante, el artículo 258 del TRLCAP "1. Cuando procediera la resolución de la concesión y existieran titulares de derechos o cargas inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad sobre la concesión, se observarán las siguientes reglas:

*c. Para cancelar los asientos practicados a favor de los titulares de las citadas cargas y derechos, deberá mediar resolución administrativa firme que declare la resolución de la concesión y el previo depósito a disposición de los referidos titulares de las cantidades y eventuales indemnizaciones que la Administración debiera abonar al concesionario conforme a lo previsto en el artículo 266.*

Este Consejo ha de destacar que, tal y como se desprende del informe de la intervención general del Ayuntamiento de Alcobendas, son muchas las dificultades que se le presentan al referido ente público para hacer frente a dicho pago no existiendo *a priori* un crédito adecuado y suficiente para abonar la liquidación de las obras. Según dicho informe si el Ayuntamiento asume el pago podría financiarse con una operación de crédito o con bajas

por anulación de sobrantes de otras inversiones si bien en ambos casos con las limitaciones de la Ley de Estabilidad Presupuestaria. Añade que no puede financiarse con ingresos corrientes y que la financiación mediante venta de inmovilizado resulta difícil por la situación actual. La opción de que la concesión fuese asumida por EMVIALSA, requeriría conocer su situación financiera como requisito previo a la asunción de la concesión. En cuanto a la posibilidad de que el pago lo asumiera un nuevo concesionario recuerda que ello requeriría un nuevo procedimiento de selección y que, entre tanto, la cantidad a pagar generaría los intereses que ascienden a esa fecha a un 8%. Por último refiere la necesidad de abonar el importe del crédito hipotecario y la necesidad de un informe de fiscalización antes de aprobar el importe definitivo del saldo final de la liquidación.

Habida cuenta de la actual situación económica que ha llevado a consagrarse en el artículo 135 de la Constitución el principio de estabilidad presupuestaria tras la reforma de 27 de septiembre de 2011 desarrollado por la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, ha de verificarse adecuadamente, como apunta dicho informe, si se cuenta con crédito adecuado y suficiente para abonar las cantidades derivadas de la resolución contractual ya que, de lo contrario, la resolución incurriría en la causa de nulidad del artículo 62.1 g) LRJ-PAC en relación con el artículo 173.5 del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo: *“No podrán adquirirse compromisos de gastos por cuantía superior al importe de los créditos autorizados en los estados de gastos, siendo nulos de pleno derecho los acuerdos, resoluciones y actos administrativos que infrinjan la expresada norma, sin perjuicio de las responsabilidades a que haya lugar”*.

Por todo lo expuesto el Consejo Consultivo formula la siguiente

## CONCLUSIÓN

Procede dictaminar desfavorablemente la resolución de la concesión sobre la parcela municipal S del sector Arroyo de la Vega adjudicada en su día a la UTE A.

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, 20 de junio de 2012

