

Dictamen nº: **289/11**
Consulta: **Alcalde de Alcalá de Henares**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **01.06.11**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 1 de junio de 2011, sobre consulta formulada por el Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Alcalá de Henares, cursada a través del Consejero de Presidencia, Justicia e Interior, en relación con expediente sobre resolución del contrato de obras de rehabilitación del edificio municipal, sito en la calle Escritorios nº 13, para Centro Asesor de la Mujer, de Alcalá de Henares, suscrito con la empresa A (en adelante el contratista). El dictamen se emite al amparo del artículo 13.1.f).4º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, de creación del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 25 de abril de 2011 tuvo entrada en el registro del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen preceptivo formulada por el Consejero de Presidencia, Justicia e Interior el 18 de abril, acerca de la petición procedente del Ayuntamiento de Alcalá de Henares, firmada por su Alcalde, sobre expediente de resolución del contrato de obras de rehabilitación del edificio municipal, sito en la calle Escritorios nº 13, para Centro Asesor de la Mujer, de Alcalá de Henares, suscrito con el contratista referenciado.

Ha correspondido la ponencia a la Sección VIII, presidida por el Excmo. Sr. D. Andrés de la Oliva Santos, que firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberado y aprobado, por unanimidad, en la Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 1 de junio de 2011.

El escrito solicitando el dictamen fue acompañado de la documentación que, sin numerar y foliar, se consideró suficiente.

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

Por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local, de 14 de junio de 2005, se aprobó el proyecto de rehabilitación del edificio de la C/ Escritorios, 13 para el Centro Asesor de la Mujer.

El 11 de octubre de 2005, la Junta de Gobierno aprobó los Pliegos de Condiciones para la licitación por concurso abierto de las obras por importe de 1.436.068,25 euros.

El 15 de noviembre de 2005, el contrato fue adjudicado a la empresa A, por un importe de 1.306.391,29 €. El contrato fue debidamente formalizado el 29 de noviembre de dicho año.

El Acta de Comprobación del Replanteo e Inicio de las obras lleva fecha de 19 de diciembre de 2005.

Se suscribieron siete certificaciones de obra hasta la de junio de 2006, correspondientes a demoliciones, albañilería y estructuras, por importe total de 185.915,16 euros.

El 1 de febrero de 2006 y en el proceso de ejecución de dicha obra se elaboró un informe sobre la necesidad de la realización de obras no previstas en el proyecto original, dada la situación estructural real del edificio, con numerosas deficiencias que obligaron a realizar

consolidaciones urgentes de muros y forjados, con un incremento del presupuesto de 97.561,34 €.

Como consecuencia de las obras de demolición que debían practicarse en el edificio colindante de C/ Escritorios, 11, que afectaban al patio lateral del edificio ante el peligro de desplome que presentaba el cuerpo volado y los muros de esa construcción sobre dicho patio, se acordó la suspensión de las obras en Acta de 18 de agosto de 2006. Paralización que continuaba en septiembre de 2008, ya que también hubo de ocuparse el patio posterior hacia la calle Avellaneda para la construcción de un Centro de Transformación de las Oficinas de Urbanismo que realizó otra contrata compartida con el edificio de Escritorios, 15.

Afirma la empresa contratista que, desde el último trimestre de 2007, manifestó su deseo de no continuar las obras y proceder a la rescisión del contrato de mutuo acuerdo en abril de 2008, solicitando la devolución de la fianza y presentando una propuesta de reclamación de un importe de 401.129,35 € que incluía gastos de personal y alquiler, obras adicionales realizadas y lucro cesante. Sin embargo, no figura en el expediente remitido a este Consejo Consultivo ningún escrito de la empresa contratista en el que renuncie a la obra y formule una propuesta para proceder a una rescisión de mutuo acuerdo.

El 30 de septiembre de 2008, se informó por la Dirección Facultativa en el sentido de que, respecto de las antedichas actuaciones, no se consideraban justificados los gastos de personal que no habían existido en la obra desde su paralización y sí, en cambio, determinados gastos de alquiler y obras adicionales, que supondrían una cantidad de 134.970,42 € y en el supuesto de que se incluyera el lucro cesante de 202.245,39 €, con un importe del 6% de lucro cesante.

El 5 de marzo de 2009, la Dirección Facultativa de las obras remite correo electrónico a la empresa contratista en el que comunica lo siguiente:

“Se ha comprobado la aparición de un hueco en la cubierta del edificio de referencia, muy cerca de la zona apeada, y del que la Dirección Facultativa no tenía constancia, por lo que deberán, a la mayor urgencia posible, revisar el mencionado apeo, reforzarlo si fuese necesario y tapar el hueco producido en la cubierta con una lona, para tratar de evitar la entrada de agua y el posible deterioro que se pueda producir”. El 18 de marzo se remite nuevo correo en el que se dice: *“Estamos a la espera de que nos comuniquen las medidas que van a tomar, para solucionar las deficiencias detectadas en la cubierta del edificio y su incidencia en la zona apeada, a las que hacíamos referencia en el correo adjunto”.*

El 22 de julio de 2009, el Arquitecto Municipal Director emite informe que concluye: *“Desde entonces y ante la situación de abandono que sufre la obra, se ha comunicado reiteradamente a la contrata mediante correos enviados en enero, febrero y marzo del año en curso y personalmente a los responsables, la necesidad de proceder a la revisión de apeos, lonas de protección y vallados, así como la urgencia de reforzar un apeo y cerrar un hueco en las cubiertas, sin que se haya dado cumplimiento a la subsanación de esas deficiencias”.*

El 21 de febrero de 2010, la cubierta del edificio de la calle Escritorios nº 13 sufrió un desplome sobre el piso inferior que, según el fax remitido por el Arquitecto Municipal Director a la empresa A, el 22 de febrero de 2010, se debió al fallo de las cerchas metálicas que la sustentaban y que, al caer, deformaron el muro y alero de la fachada de la calle Escritorios provocando el desprendimiento de las tejas de la cubierta sobre la misma. Según el citado informe, *“teniendo en cuenta que esta obra está contratada con la empresa A, según contrato del 29 de noviembre de 2005 y aunque las obras fueron suspendidas según acta del 18 de agosto de 2006, las medidas de seguridad son responsabilidad de la empresa y han sido requeridas por estos servicios técnicos en diversas ocasiones, se solicita sean realizadas las actuaciones urgentes que la situación demanda, como*

limpieza y saneamiento del muro de la fachada y forjado interior así como estabilización de la fachada por lo que solicitamos su rápida respuesta para actuar en consecuencia”.

Ese mismo día, el Arquitecto Municipal Director emite informe en el que refiere las medidas urgentes adoptadas por el Ayuntamiento para sanear la cubierta: *“han consistido primeramente en la intervención del cuerpo de bomberos para retirar las tejas del alero en situación inestable. A continuación las medidas a tomar consisten en retirar los restos de la cubierta desplomada desde un camión-grúa y cesta en la calle y también desde el interior, dejando ambos espacios, exterior e interior, seguros para la actuación posterior de emergencia que procure una nueva cubierta al edificio. Estas actuaciones urgentes van a ser realizadas por la empresa B a la que tiene encargada el Ayuntamiento la ejecución sustitutoria de las obras”* (folio 35).

Con fecha 25 de febrero de 2010, el titular de la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento de Alcalá de Henares emite informe en cuyo Fundamento de Derecho 4º señala: *“conforme todo lo señalado anteriormente y vistas las actuaciones obrantes en el expediente, con las comunicaciones expresas contenidas en éste a la empresa adjudicataria de las obras, debe procederse a la resolución del contrato por incumplimiento de la empresa contratista, previa audiencia de ésta, en los términos referidos, incluyendo en este caso la posible resolución por mutuo acuerdo, durante dicho plazo de audiencia”* e indica que el órgano competente para acordar el inicio de la resolución así como la resolución es la Junta de Gobierno Local (folios 36 a 38).

A la vista del anterior informe, la titular de la Concejalía de Mujer del Ayuntamiento consultante propone a la Junta de Gobierno Local, el 26 de febrero de 2010, *“aprobación si procede del inicio de los trámites de resolución del contrato de las obras de rehabilitación del edificio municipal”*

sito en la calle Escritorios nº 13 destinado a albergar las instalaciones de la Concejalía de Mujer del Ayuntamiento de Alcalá de Henares suscrito con la empresa A” (folio 39).

El 1 de marzo de 2010, el Interventor Municipal emite informe sobre la resolución del contrato de obras y declara que “*ha de procederse a la incautación de la citada fianza definitiva con el objeto de poder cubrir los gastos que ha producido el desplome de la cubierta y demás responsabilidades que haya lugar, teniendo en cuenta que si la garantía no es bastante para satisfacer la totalidad de los gastos se podrá proceder al cobro de la diferencia mediante el procedimiento administrativo de apremio, con arreglo a lo establecido en la normativa de recaudación (artículo 45 del citado Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas)*” (folio 40).

El 2 de marzo de 2010, la Junta de Gobierno Local acuerda el inicio del expediente de resolución del contrato (folios 42 a 45).

El 30 de marzo de 2010, se notifica a la empresa contratista el inicio del expediente de resolución del contrato y se le da audiencia, por diez días, para que efectúe alegaciones (folios 46 a 49).

Igualmente, el 31 de marzo de 2010, se notifica a la entidad avalista el inicio del expediente de resolución del contrato y se le emplaza para que efectúe alegaciones (folios 50 a 53).

Con fecha 20 de abril de 2010, tiene entrada en la Oficina de Registro del Ayuntamiento de Alcalá de Henares, escrito de alegaciones de la empresa contratista en el que manifiesta, en síntesis, que desde que el 18 de agosto de 2006 se acordó la suspensión temporal total de las obras, no ha podido reanudar los trabajos porque la suspensión nunca ha sido levantada por el Ayuntamiento y que, transcurridos ocho meses desde el acta de suspensión, solicitó -al amparo del artículo 149 TRLCAP,- la

resolución del contrato con indemnización de los daños y perjuicios y el abono del 6% del beneficio industrial (401.129,35 euros). Alega la empresa contratista que el Ayuntamiento de Alcalá de Henares no resolvió su solicitud formulada en abril de 2008 y se ha visto obligada a seguir manteniendo la seguridad y conservación del edificio y realizar gastos que -unidos al lucro cesante de la obra pendiente de ejecutar- totalizan un importe de 316.152,14 euros. Además, considera que no ha habido incumplimiento de su obligación de conservación y vigilancia de las obras porque procedió a colocar y mantener andamios, lonas de protección y vallados en las zonas que corrían riesgo de desprendimiento y en el perímetro de seguridad, *“lo que si no ha sido suficiente se ha debido a que los temporales producidos en los meses de febrero han sido totalmente anormales e imprevisibles”* (folios 54 a 57).

El 4 de mayo de 2010, el Arquitecto Municipal Director emite informe sobre las alegaciones formuladas por la empresa contratista (folios 61 a 63).

El 8 de abril de 2011, el Alcalde del Ayuntamiento de Alcalá de Henares remite para emisión de informe por este Consejo Consultivo, el expediente de resolución del contrato de obras de rehabilitación del edificio municipal sito en la calle Escritorios nº 13 para Centro Asesor de la Mujer, de Alcalá de Henares,

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES EN DERECHO

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo al amparo del artículo 13.1.f).4º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, de la Comunidad de Madrid: *“1. El Consejo Consultivo deberá ser consultado*

por la Comunidad de Madrid en los siguientes asuntos: (...) f) Expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid, las entidades locales y las universidades públicas sobre: (...) 4.º Aprobación de pliegos de cláusulas administrativas generales, interpretación, nulidad y resolución de los contratos administrativos y modificaciones de los mismos en los supuestos establecidos por la legislación de Contratos de las Administraciones públicas”.

Por remisión, el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante TRLCAP) -aplicable a este contrato- dispone en su artículo 59.3 que “*(...) será preceptivo el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de: a) Interpretación, nulidad y resolución [de los contratos], cuando se formule oposición por parte del contratista*”.

La solicitud de dictamen por el Ayuntamiento de Alcalá de Henares se ha hecho llegar al Consejo Consultivo a través del Consejero de Presidencia, Justicia e Interior, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 14.3 de la Ley 6/2007 (*“Las solicitudes de dictamen de las entidades locales se efectuarán por los Presidentes de las mismas, y se cursarán a través del Consejero competente en relaciones con la Administración local”*), en relación con el Decreto 77/2008, de 10 de julio, del Consejo de Gobierno, por el que se establece el número y denominación de las Consejerías.

A la solicitud de dictamen, de acuerdo con lo establecido en la Ley 6/2007, deberá acompañarse toda la documentación correspondiente a la cuestión planteada. En el presente caso, no forma parte del expediente, y es esencial para conocer si concurre o no causa de resolución, la solicitud de

resolución del contrato por el contratista, formulada en abril de 2008 y la resolución de la misma, con su notificación a la empresa contratista.

Alega la contratista en el trámite de audiencia que solicitó la resolución al amparo del artículo 149.c) TRLCAP, la paralización de las obras por más de ocho meses, por lo que concurriría una causa de resolución anterior a la hecha valer en el presente expediente por el Ayuntamiento, consistente en la demora del contratista en el cumplimiento de sus obligaciones.

Como es sabido, es doctrina consolidada del Consejo de Estado que, con carácter general, en caso de concurrencia de varias causas de resolución de un contrato administrativo debe aplicarse de manera preferente la causa que se hubiere producido antes desde un punto de vista cronológico. Dicha doctrina resulta de numerosos dictámenes, entre los que cabe citar los números 37.688, 34.387, 54.205, 55.262, 55.563, 55.564, 719/91, de 20 de junio de 1991, 1.656/92, de 27 de enero de 1993, 712/94, de 23 de junio de 1994, 741/95, de 25 de mayo de 1995, y 527/2000, de 27 de abril de 2000. Es paradigmático de esta doctrina el Dictamen número 47.892, de 4 de julio de 1985, en el que se dice que *“cuando concurren diversas causas de resolución del contrato con diferentes efectos en cuanto a las consecuencias económicas de la extinción debe atenderse a la que haya aparecido con prioridad en el tiempo”*.

En el presente caso, habiendo sido solicitada la resolución del contrato por la empresa contratista en abril de 2008, y a menos que la Administración hubiera resuelto la citada solicitud, deberá atenderse a la causa alegada por el contratista para la resolución del contrato, por ser la primera aparecida en el tiempo.

SEGUNDA.- Adjudicado el contrato cuya resolución se pretende el 15 de noviembre de 2005, resulta de aplicación el TRLCAP, de conformidad con lo previsto en la Disposición Transitoria Primera. 2 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en lo

sucesivo, LCSP) -que entró en vigor el 30 de abril de 2008-, al establecer que *“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”*.

En materia de procedimiento, la resolución del contrato exige atenerse a lo previsto en los artículos 59 y 112 de la TRLCAP, el artículo 109 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGCAP) y, tratándose de entidades locales, el artículo 114 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril (TRRL).

De la meritada normativa resulta, aparte de la necesidad de emisión de dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, la ineludible necesidad de dar audiencia al contratista (cfr. artículos 59.1 de la TRLCAP y 114.2 del TRRL) y al avalista si la resolución llevara aparejada la incautación de la garantía (artículo 109.1.b) del RGCPA. En nuestro caso, se ha observado dicho trámite, al haberse concedido trámite de audiencia al contratista y a la entidad avalista. Esta última no ha efectuado alegaciones.

En el ámbito local, se preceptúan como necesarios, asimismo, para la resolución del contrato los informes de la Secretaría y de la Intervención de la Corporación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 114.3 del TRRL. En el caso examinado ahora, se ha emitido informe por el titular de la Asesoría Jurídica de 25 de febrero de 2010 y por la Intervención municipal, el 1 marzo de 2010. No consta informe emitido por el Secretario.

Sobre el plazo para resolver el expediente, como ha señalado este Consejo Consultivo en la Memoria del año 2010, se viene observando, con reiterada frecuencia, que en determinados asuntos de resolución contractual que son sometidos a su dictamen cuando hay oposición del contratista, se produce la caducidad del expediente por el transcurso del plazo de tres meses en su tramitación.

Esta circunstancia obliga, en el caso de que el órgano consultante opte por seguir el sentido del dictamen, a reiniciar la tramitación del procedimiento, con los consiguientes costes y demoras o, en caso de ignorarlo, a asumir el riesgo próximo de una impugnación basada en aspectos procedimentales de más que probable éxito.

El juego, en estos asuntos, del instituto de la caducidad, en el plazo de tres meses, es especialmente delicado porque, si bien su aplicación en otros supuestos, tales como las revisiones de oficio, es expresa, no sucede lo mismo en los procedimientos de resolución de contratos, en que se ha impuesto como consecuencia de una interpretación jurisprudencial.

Ni la Ley 30/2007, de 30 de octubre, ni su predecesora ni el RGCAP establecen nada sobre la duración de estos procedimientos, por lo que se ha venido discutiendo por amplios sectores doctrinales, con reflejo en dictámenes del Consejo de Estado, si en estos casos eran de aplicación las reglas de la caducidad de la LRJ-PAC o, por el contrario, al tratarse de contratación sujeta legislación especial, no debían aplicarse, por ser un procedimiento especial en materia de contratación en donde no se ejercitan potestades administrativas, ni de intervención, como de forma expresa se recoge en el artículo 44.2 de la LRJ-PAC.

En este sentido, las Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 2007 (RJ 2007/7035) y de 13 de marzo de 2008 (RJ 2008/1379), Sala 3^a, Sección 4^a, se inclinaron por la aplicación supletoria de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre y aplicaban la caducidad (nótese que en la

actualidad la Disposición final octava de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, establece en su apartado primero que “*los procedimientos regulados en esta Ley se regirán, en primer término, por los preceptos contenidos en ella y en sus normas de desarrollo y, subsidiariamente, por los de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y normas complementarias*”). Por el contrario, el Consejo de Estado, en sus Dictámenes 68/2008, 23/2009, 38/2009, así como en su Memoria del año 2008, consideraba el procedimiento de resolución contractual como autónomo, no diferente de la ejecución del contrato, pero de carácter específico, lo que le llevaba a concluir que la aplicación de la citada norma sobre la caducidad vulneraba, entre otras cosas, el espíritu de la ley de contratos que impone, en defensa del interés general, el principio de celeridad y, por tanto, no era de aplicación.

Esta discrepancia de criterio puede considerarse zanjada al haberse consolidado la doctrina del Supremo en la Sentencia de 9 de septiembre de 2009 (RJ 2009/7196), Sección 6^a. Tampoco cabe olvidar que, por rigurosas que puedan resultar las reglas de la caducidad, se trata, en definitiva, de una institución que pretende garantizar los derechos de los administrados ante una actuación de la Administración, en este caso contraria a sus intereses, que podría prolongarse en el tiempo más de lo aconsejable o prudente.

Ante este estado de cosas el tratamiento de la LRJ-PAC sobre la caducidad no deja lugar a dudas. El artículo 44.2 de la LRJ-PAC establece la caducidad en los expedientes que, iniciados de oficio, “*impongan medidas sancionadoras o, en general de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen*”, caducidad que, salvo que se diga otra cosa, será de tres meses (artículo 42.2, letra a). Este precepto resulta de aplicación en todos aquellos casos en que la Administración ejerce las prerrogativas que la ley le reconoce en materia de contratación administrativa.

Como ya se ha puesto de manifiesto en la Circular de 7 de octubre de 2010, de este Consejo, no se oculta a nadie que en el breve plazo de tres meses resulta muy difícil llevar a feliz término una tramitación compleja, como suele ser la de los procedimientos de resolución contractual, máxime cuando el *dies a quo* para el cómputo del plazo en los procedimientos que se inician de oficio es desde la fecha del acuerdo de iniciación, ex artículo 42.3.a) de la LRJ-PAC. En idéntico sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2008, en unificación de doctrina, señala que la fecha de inicio es la fecha del acuerdo de inicio y no de su notificación.

Pero debe recordarse que el referido rigor temporal, en éste y en otros supuestos, puede verse atemperado y, es preciso y conveniente que se tenga muy presente por los órganos responsables de la tramitación que, con demasiada frecuencia, tienden a desconocer la posibilidad de interrumpir el plazo ante la preceptiva consulta al Consejo Consultivo.

Efectivamente, tanto en el caso que analizamos, como en cualquier otro, el cómputo del plazo puede ser interrumpido ante la solicitud de informe preceptivo al Consejo, tal y como expresamente establece el artículo 42.5.c) de la LRJ-PAC, pero para que esto suceda resulta imprescindible que se comunique a los interesados la suspensión del procedimiento para la petición de dictamen como la recepción del mismo.

Aplicada la anterior doctrina al presente caso, se observa que, acordada la iniciación del procedimiento de resolución el 2 de marzo de 2010, el expediente caducó el día 2 de junio de 2010. La solicitud de dictamen al Consejo Consultivo se firmó por el Alcalde el 8 de abril de 2011, excedido con creces el plazo de caducidad.

La caducidad del procedimiento no impide la posibilidad de iniciar un nuevo procedimiento de resolución.

En mérito a lo que antecede este Consejo Consultivo extrae las siguientes

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El procedimiento de resolución del contrato, iniciado el 2 de marzo de 2010, está caducado.

SEGUNDA.- Este Consejo no puede pronunciarse sobre si concurre la causa de incumplimiento imputable al contratista alegada por el Ayuntamiento de Alcalá de Henares, al faltar en el expediente documentación esencial para este pronunciamiento y, en concreto, el procedimiento completo de resolución del contrato iniciado a instancia de la empresa contratista en abril de 2008.

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, 1 de junio de 2011