

Dictamen nº: **471/12**
Consulta: **Alcalde de Leganés**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **26.07.12**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 26 de julio de 2012, emitido ante la consulta formulada por el alcalde de Leganés a través del vicepresidente, consejero de Cultura y Deporte y portavoz del Gobierno, al amparo del artículo 13.1 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, en relación con expediente sobre resolución del contrato de obras de “*Construcción de una biblioteca y un archivo municipal en Leganés Norte*”, celebrado con la entidad A.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 5 de julio de 2012 tuvo entrada en el registro del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen preceptivo del Ayuntamiento de Leganés, cursada a través del vicepresidente, consejero de Cultura y Deporte y portavoz del Gobierno, en relación al expediente de resolución del contrato de obras “*Construcción de una biblioteca y un archivo municipal en Leganés Norte*” celebrado con la entidad anteriormente citada. Ha correspondido su ponencia a la Sección IV, presidida por la Excma. Sra. Dña. Cristina Alberdi Alonso, quien firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 26 de julio de 2012.

El escrito solicitando el dictamen fue acompañado de la documentación que, numerada y foliada, se consideró suficiente.

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

Con fecha 21 de febrero de 2006, la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Leganés acordó convocar un “*Concurso de ideas para la adjudicación de la redacción del proyecto y la dirección de obras de la construcción de una biblioteca central y un centro de archivo municipal*”.

El día 27 de julio de 2006, por Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento se resolvió adjudicar el “*Concurso de ideas para la adjudicación de la redacción del proyecto y la dirección de obras de la construcción de una biblioteca central y un centro de archivo municipal*” a la empresa B.

El contrato se formalizó el día 20 de noviembre de 2006.

Aprobado por el Ayuntamiento Pleno el proyecto de biblioteca y archivo municipal en Leganés-Norte el día 13 de marzo de 2007, se acordó la convocatoria de una subasta para la contratación de las obras con un presupuesto de ejecución de 15.855.439,47 euros, con la aprobación de los pliegos de condiciones que habían de regir y servir de base en la subasta.

Por Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Leganés de 9 de octubre de 2007 se resolvió adjudicar la contratación de las obras de “*Construcción de una biblioteca y un archivo municipal en Leganés Norte*” a la empresa A, que se comprometía a realizar las citadas obras con estricta sujeción a los pliegos de condiciones, proyecto y oferta presentada por importe de 10.573.992,58 euros (incluidos gastos generales, beneficio industrial e IVA) y un período de ejecución de 24 meses.

Constituida la garantía definitiva por importe de 422.959,70 euros el día 4 de diciembre de 2007, el día 18 siguiente se firmó el contrato por el alcalde presidente del Ayuntamiento de Leganés y el representante de la empresa contratista.

El día 18 de enero de 2008 se levantó el acta de comprobación de replanteo de las obras de la biblioteca y archivo municipal en Leganés Norte.

Una vez expirado el plazo de ejecución del contrato, que concluía el 18 de enero de 2010, la Junta de Gobierno Local aprobó una modificación del contrato por unidades no previstas en el proyecto primitivo como consecuencia de las incidencias surgidas durante la obra y por necesidades nuevas planteadas por la Concejalía de Cultura, Servicios a la Ciudadanía y Nuevas Tecnologías, como era una filmoteca. La modificación del contrato suponía un incremento del proyecto de ejecución de la *“Biblioteca Central y Archivo Municipal”* por un importe de 1.957.391,94 euros (IVA incluido que subió de tipo del 16% al 18%) lo que suponía un precio total del contrato de 12.498.208,38 euros. Además, la modificación ampliaba el plazo de ejecución inicial en siete meses, a partir de la firma del contrato modificado y se encomendaba su ejecución a la empresa contratista. Previamente a la firma del modificado, se amplió la garantía constituida en 76.968,63 euros. El contrato modificado se firmó el día 26 de julio de 2010, por lo que el plazo de ejecución de la obra concluiría el día 26 de febrero de 2011.

A partir del mes de noviembre de 2010, la dirección facultativa hizo constar que la ejecución de determinados trabajos en la obra se estaban demorando sin justificación (Actas nº 121 de fecha 30 de noviembre de 2010 y nº 122 de fecha 9 de diciembre de 2010), haciendo las advertencias oportunas a la constructora, sobre el posible incumplimiento de los plazos de entrega.

Con fecha 13 de enero de 2011, la empresa adjudicataria, a través de escrito presentado en el registro de entrada del Ayuntamiento de Leganés, solicitó la ampliación del plazo de terminación de las obras, previsto para día el 26 de febrero de 2011, en dos meses, alegando la concurrencia de condiciones meteorológicas sucedidas en las últimas semanas que impedirían su conclusión dentro del término temporal previsto.

Con fecha 8 de febrero de 2011, se remitió escrito a la adjudicataria en el que se solicitaba la justificación de la ampliación del plazo solicitada.

Ese mismo día, 8 de febrero de 2011, la representante legal de la empresa contratista, A.L.R., comunicó vía email al Departamento de Contratación Municipal que en los días anteriores A había presentado ante los Juzgados de lo Mercantil de La Coruña, solicitud de declaración de concurso voluntario.

Instada por la empresa adjudicataria la solicitud de concurso voluntario de acreedores, por Auto del Juzgado de lo Mercantil N° 1 de la Coruña de 9 de febrero de 2011, se declaró el concurso voluntario de acreedores. El citado auto fue publicado en el BORME Núm. 40 con fecha 28 de febrero de 2011 y en el BOE Núm. 53 con fecha 3 de marzo de 2011.

Por informe del arquitecto jefe de la Sección de Arquitectura de 21 de febrero de 2011 se propuso la denegación de la ampliación del plazo solicitada, indicándose que, “*(...) en base a la documentación aportada a este expediente no hay fundamentos para conceder la ampliación de plazo de dos meses solicitado*”.

La Dirección Facultativa en el citado informe de 21 de febrero de 2011 propone la denegación de la ampliación del plazo porque “*la meteorología no ha sido ningún impedimento ya que no se han producido situaciones extremas ni anormales con respecto a otros inviernos, sin que la empresa constructora aporte los datos climáticos publicados por la Agencia Estatal*

de Meteorología, a partir de los cuales pueda obtenerse semejante conclusión". Además, se ponía de manifiesto en el informe que ".../...desde el mes de diciembre de 2010 se han ralentizado los trabajos de ejecución de la obra adjudicada habiendo quedado totalmente paralizados a partir del día 7 de febrero de 2011, fecha a partir de la que los trabajadores y operarios de A y de las empresas subcontratadas por ésta han dejado de acudir a las obras".

En base al anterior informe, la Junta de Gobierno Local, en sesión celebrada el 22 de febrero de 2011, acordó denegar la ampliación del plazo previsto en el contrato de obras adjudicado, que concluiría el día 26 de febrero de 2011.

Confirmada la petición de declaración concursal, en fecha 17 de febrero de 2011, el concejal de Infraestructuras y Servicios a la Ciudad del Ayuntamiento de Leganés remitió burofax a la sede social de la adjudicataria en el que se indicaba a la empresa la necesidad por parte de la Administración Municipal de adoptar con carácter inmediato diferentes medidas de protección de los intereses municipales. Se indicaba en aquella comunicación la posibilidad de, bien iniciar *"la liquidación de la obra estimando que se pueda resolver el contrato de mutuo acuerdo"* o bien proponer *"a la empresa A que proceda a la cesión del contrato para que se pueda continuar a la mayor brevedad con los trabajos pendientes, y evitar daños que serán de difícil recuperación y que sin duda representan un altísimo costo de reposición"*.

El día 26 de febrero de 2011, día que expiraba el plazo de ejecución de la obra, la Dirección Facultativa emitió informe de los capítulos y conceptos de obra pendientes de ejecutar hasta esa fecha. Según dicho informe, restaba por ejecutar un 12,26% de la obra, habiéndose ejecutado un 87,74%.

Por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 28 de febrero de 2011 se inició el expediente de resolución de contrato para la construcción del edificio destinado a biblioteca y archivo municipal en Leganés Norte.

El día 1 de marzo de 2011, la Dirección Facultativa emitió informe en relación a las incidencias producidas en la ejecución del contrato y efectuó una liquidación de la obra. Según resulta de la documentación del expediente, la valoración de la liquidación realizada el 25 de mayo de 2011 ascendía de 287.000 euros.

Por correo electrónico remitido el día 5 de mayo de 2011 dirigido a dos responsables del Servicio de Contratación del Ayuntamiento de Leganés, uno de los administradores concursales declara:

“Después de la amable conversación que hemos mantenido este mediodía, tal y como le dije, posteriormente hablé con mis dos compañeros de administración concursal y con la empresa, mostrándonos todos de acuerdo en aceptar el planteamiento que Vd. sugirió, que, en resumen, es el siguiente:

Resolución del contrato de ejecución de obras que une a ese Ayuntamiento de Leganés con la deudora A, de mutuo acuerdo, en las siguientes condiciones:

- Pago a A, por parte del Ayuntamiento de Leganés, de una cantidad aproximada de 287.000 euros (está pendiente de concretar, pero es cercana a esta cifra), en concepto de pendiente de pago. Dicho pago se efectuará a la mayor brevedad posible en la cuenta que a tal fin se le indique.*
- La resolución no implicará la incautación de los avales prestados por A en la obra, ni tampoco penalizaciones de ningún tipo, clase o naturaleza, para A.*

- *Sí implicará la automática liberación de avales prestados por A.*

Esta administración concursal coincide con Vd. en que el interés general, y también el del propio concurso, aconsejan, sin ninguna duda, nuestra autorización expresa a la resolución contractual en las condiciones indicadas”.

El día 16 de junio de 2011, tuvo entrada en el registro del Ayuntamiento de Leganés escrito de la Dirección Facultativa en el que se exponía la situación de la obra en los cuatro últimos meses y señalaba:

“La paralización afecta a la totalidad de los tajos de obra y partidas o unidades de obra. No existen, en este momento, suministro de agua, electricidad y personal de la contrata. No existe custodia de la obra, ni de materiales acopiados en la misma.

(...)

La paralización unilateral de la obra producida por A como consecuencia del proceso provocado de concurso voluntario de acreedores tiene como consecuencia además del daño a la conservación física de la obra ejecutada hasta el momento, el abandono de la responsabilidad sobre la seguridad de los materiales puestos en obra, predisuestos al robo y saqueo o simplemente al deterioro al no continuar en su ejecución y no terminar la correspondiente unidad de obra debidamente; al riesgo que se produce en la falta de control en el acceso de personas especialmente niños jugando inconscientes del riesgo”.

En el citado escrito, la Dirección Facultativa proponía la reposición del vallado de la obra para evitar el acceso de todo personal ajeno a la misma y la dotación de un servicio de seguridad que controlara los accesos y movimientos internos al recinto vallado.

Con fecha 2 de julio de 2011, un sargento de la Policía Local de Leganés emite informe sobre la situación de abandono del edificio de la futura biblioteca central y archivo municipal, tras efectuar una visita a dichas instalaciones. Según el informe, *“durante toda la visita de inspección no se ha visto a nadie en el interior y tiene aspecto de no haber nadie desde hace tiempo”*. El informante, tras constatar que están abiertas dos puertas del cercado perimetral y las puertas de acceso al interior del edificio, hojas de cristal de corredera, se abren empujándolas sin esfuerzo alguno, tras la adopción de unas medidas provisionales (cierre de cadenas y candados de las puertas del cercado perimetral) propone:

“... deberían ponerse medios para evitar la entrada de personas ajenas a este edificio, tales como asegurar el cerramiento exterior y de las puertas del edificio, y además instalando vigilancia electrónica o encargándosela a personal de seguridad, de forma permanente”.

Consta en el expediente remitido un informe de la Dirección Facultativa emitido el 24 de julio de 2011, en el que modifica la valoración realizada el 25 de mayo de 2011 y propone descontar, a la anterior valoración de 280.000 euros, un importe de 270.428,24 euros, por los daños sufridos por el abandono del edificio.

Con fecha 10 de noviembre de 2011 se emitió informe por la Dirección Facultativa sobre las certificaciones nº 36, 37 y 38, en el que se consta que *“Durante los meses de noviembre y diciembre de 2010 la dirección facultativa denunció en las actas de obra el retraso que se percibía fundamentalmente debido a la ejecución de las fachadas”* y justifican la paralización de las certificaciones. En este informe cifran un saldo de la obra a fecha 22 de noviembre de 2011 teniendo en cuenta *“.../... que en los meses de verano se han producido fogatas en el interior, con nuevas roturas de cristales y daños materiales en instalaciones y muebles nos obliga a suponer que la liquidación no solamente sería a 0 €, sino que se*

deberían ejecutar los avales por daños y perjuicios". El informe de la dirección facultativa concluye que "la paralización de las tres certificaciones nº 36, 37 y 38 están debidamente justificadas como la ejecución de los avales no solo por el incumplimiento de plazo sino también por los daños como resultado de la paralización unilateral de la ejecución de la obra".

El día 6 de febrero de 2012, la concejala delegada de Obras e Infraestructuras dicta providencia por la que, considerando que al día de esa fecha no se ha llevado a término la resolución del contrato y la obra continúa en estado de abandono por el contratista, tal como resulta de los informes que obran en el expediente administrativo, se solicitan informes técnicos e informe-propuesta jurídico-económico sobre el procedimiento a seguir para la resolución del contrato, para su posterior elevación a la Junta de Gobierno Local para el inicio de procedimiento de resolución.

Con fecha 13 de febrero de 2012 se emite informe por el arquitecto jefe de la Sección de Arquitectura, cuyo tenor literal es el siguiente:

"INCUMPLIMIENTO DEL PLAZO

La empresa constructora A solicita el día 13 de enero de 2011 y nº de registro de entrada aaa una ampliación de plazo de dos meses debido a las condiciones climatológicas adversas. Se les remite el 8 de febrero de 2011 un escrito solicitando que se justifiquen las razones y que la D F apruebe dicha solicitud, denegándose mientras tanto la ampliación del plazo de ejecución de la obra. La D F presenta por registro el día 21/02/2011 /Nº bbb escrito a esta Sección de Arquitectura no admitiendo la ampliación del plazo solicitado por A. En la misma fecha, se le manda escrito a la empresa comunicándole la denegación de la ampliación del plazo contratado por no justificarse suficientemente la repercusión de las condiciones climatológicas con el retraso de la obra, y advirtiéndole que el plazo

finaliza el 26 de febrero de 2011. En su escrito la empresa marca el 22 de febrero como final de plazo”.

“La D F comunica que la obra durante los días 7 y 8 de febrero de 2011, se encuentra sin actividad, y desde estas fechas no se ha detectado la realización de trabajo alguno.

Previamente, y mediante escrito presentado por registro el día 10/02/2011 y N° ccc, la D F manifiesta su preocupación por la falta de personal, medios auxiliares y el total abandono de los trabajos en la obra, y desautorizando la ampliación de plazo solicitada, y aclara que, a excepción del equipo técnico de A compuesto por el jefe de obra, jefe de producción y encargado, no se ve ninguna actividad constructora.

En las actas de obra N° 121, 122 la D F indica a la constructora que está incumpliendo los plazos de obra, para poder entregar la misma el 26/2/2011, fecha de finalización del contrato de obras del Proyecto Modificado N° 1.

A partir del 7/2/2011 los trabajadores y operarios de A y de empresas subcontratadas dejan de acudir a la obra, quedando paralizados todos los trabajos.

La empresa constructora A, el 21 de febrero de 2011, comunica al Ayuntamiento que se encuentra en concurso de acreedores (Declaración de concurso ddd; Juzgado de lo Mercantil N° 1 de La Coruña, con fecha 15/2/2011).

Como se puede apreciar, la empresa presenta el concurso de acreedores antes del plazo de terminación de la obra, aunque en esas fechas ya llevaban más de un mes sin actividad constructiva en la obra.

Estas causas hacen imposible receptionar la obra de la Biblioteca y el Archivo Municipal en la fecha de terminación del plazo que era el 26/02/2011 según contrato de obra del Proyecto Modificado N° 1, y de acuerdo con los artículos 111.e) y 111.b) del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, pueden ser causa de resolución de los contratos.

ABANDONO DE OBRA

En diferentes momentos se comunicó a A y al Administrador Concursal la necesidad y obligación de mantener y vigilar la obra. Se hizo mediante correo electrónico el 13 de abril de 2011, el 26 de julio de 2011, y el 23 de septiembre de 2011.

A día de hoy, la obra se encuentra cerrada y continúa abandonada desde hace un año por la empresa constructora, sin seguridad, y sin mantenimiento ni vigilancia, razones por las que el deterioro es cada vez mayor, y se puede prever que aumente de una manera exponencial.

CERTIFICACIONES

Hasta la certificación del mes de noviembre, certificación n° 35, todas han sido tramitadas por la Dirección Facultativa y por el Ayuntamiento, y pagadas a la Empresa Constructora, con un montante total a origen de 10.855.677,77 € es decir, un 86,48% del total del presupuesto adjudicado.

Las certificaciones n° 36, n° 37, y n° 38 quedan paradas en su tramitación por los errores detectados, y fueron rectificadas posteriormente. La D F presenta un escrito el 7 de marzo de 2011 con una memoria y un cuadro donde justifica los errores de las

certificaciones nº 36, 37 y 38, y valora la obra realizada por la empresa constructora A.

Además, la D F en su escrito remitido el 17 de noviembre de 2011, estima que para terminar la obra sería necesario un presupuesto de 2.560.325,89 €, es decir, un incremento de 880.034,72 € lo que supone que el gasto sería mayor que la cantidad adjudicada, y por tanto, y en su caso, habría que repercutir este exceso en el capítulo de daños y perjuicios.

DAÑOS Y PERJUICIOS

En todo caso habrá que tener en cuenta la valoración de los daños y perjuicios ocasionados por el retraso de la obra, que entre otros conceptos, tendrá que tenerse en cuenta el mayor coste que suponga la terminación total de la misma”.

El día 15 de febrero de 2012 se emite informe por la jefe del Servicio de Gestión Administrativa –Servicios Jurídicos Intervención- en el que se señala que el procedimiento de resolución iniciado por la Junta de Gobierno Local el día 28 de febrero de 2011 está caducado, al haber transcurrido más de tres meses desde su inicio sin haber recaído resolución alguna e indica los trámites que deben seguirse para la tramitación de un nuevo procedimiento, al concurrir causa de incumplimiento por parte del contratista, consistente en incumplimiento del plazo de ejecución y abandono de la obra sin la adopción de ningún tipo de medida para asegurarla.

TERCERO.- Por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Leganés de 28 de febrero de 2012, se declaró la caducidad del procedimiento de resolución iniciado hace un año y se aprobó el inicio de un nuevo expediente de resolución del contrato de construcción de una Biblioteca y Archivo Municipal en Leganés Norte,

suscrito con la empresa A, por incumplimiento culpable del contratista, de acuerdo con el procedimiento de resolución de contratos y concediendo un plazo de diez días para el trámite de audiencia, notificando dicho acuerdo al contratista, al administrador concursal, al avalista y al asegurador.

Con fecha 21 de marzo, en el plazo del trámite de audiencia, la empresa contratista A, presenta escrito en el registro general del Ayuntamiento de Leganés, por el que se solicita la ampliación del plazo para la presentación de alegaciones, al amparo de lo establecido en el artículo 49.1 de la Ley 30/1992.

El día 28 de marzo de 2012, la empresa contratista presenta escrito de alegaciones en la oficina de correos, dirigido al Ayuntamiento de Leganés, en el que se opone a la resolución por causa imputable en el contratista y que el contrato debe resolverse por mutuo acuerdo, como inicialmente se manifestó o, en su caso, por su situación concursal, solicitando en consecuencia el archivo del expediente de resolución del contrato y acordándose la resolución de mutuo acuerdo del contrato de referencia. Subsidiariamente, la empresa solicita la resolución del contrato de referencia con único fundamento la declaración de concurso voluntario de acreedores y, por tanto, no imputable de modo culpable a la misma, y en consecuencia se proceda por parte del Ayuntamiento de Leganés a la devolución de la garantía definitiva constituida, así como la no exigencia de indemnización alguna por daños y perjuicios.

Con fecha 13 de abril de 2012, la entidad mercantil C, a través de su representante legal, presenta escrito por el que se solicita se tengan por personados en el procedimiento como parte interesada en el procedimiento de resolución del contrato, solicitando copia del expediente administrativo.

El día 6 de mayo de 2012, el arquitecto jefe de la Sección de Arquitectura, emite informe, en el que se reitera en su informe de fecha 13 de febrero de 2012, sobre el incumplimiento del plazo de terminación

y entrega de la obra, el 26 de febrero de 2011, acreditado a través de las Actas N° 121 de 30 de noviembre de 2010 y N° 122 de 9 de diciembre de 2010, y los escritos presentados por la Dirección Facultativa, en los que se advierte que desde el 7 de febrero la obra se encuentra sin actividad, dejando a partir de esa fecha de acudir los trabajadores y operarios de la misma, siendo en fecha posterior la declaración de concurso de acreedores y su comunicación al Ayuntamiento de Leganés (15 de febrero de 2011).

El Informe señala que *“estos hechos hacen imposible receptionar la obra de la Biblioteca y Archivo Municipal en la fecha de terminación del plazo que era el 26 de febrero de 2011, según el contrato de obra del proyecto Modificado N° 1, y que de acuerdo con los artículos 111.e) y b) del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, pueden ser causa de resolución de los contratos”*.

Dicho informe indica que se ha producido un abandono de obra, *“que se acreditaría en los informes de Policía Local de 16 de agosto y 30 de septiembre de 2011”* sobre el acceso de personas ajenas al edificio por la falta de elementos de seguridad en la misma *“la empresa A al abandonar la obra, no toma medidas para evitar la entrada de personas ajenas, ni para conseguir la seguridad en el edificio”* que se mantiene hasta la fecha.

En distintos momentos, continúa el informe, se comunicó a la empresa contratista y al administrador concursal la necesidad y obligación de mantener la obra (correos electrónicos de 13 de abril, 26 de julio y 23 de septiembre de 2011), sin que se hubieran tomado ningún tipo de medidas para evitarlo.

(...) *“A día de hoy la obra se encuentra cerrada y abandonada desde hace más de un año por la empresa constructora, sin seguridad, sin mantenimiento ni vigilancia, razones por las que el deterioro es cada vez mayor, y se puede prever aumente de manera exponencial”*.

Con fecha 22 de mayo de 2012, la concejala delegada de Obras e Infraestructuras acuerda la suspensión del procedimiento de resolución del contrato, vista la oposición del contratista a la misma y, por ende, la necesidad de solicitar informe al Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid. Este decreto de suspensión se notifica al contratista, al avalista, a la administración concursal y al asegurador.

Ya suspendido el procedimiento, se emiten informes por el jefe de la Asesoría Jurídica, el 28 de mayo de 2012 y de la Intervención, el día 31 de mayo de 2012, favorables a la resolución del contrato por incumplimiento del plazo de ejecución imputable al contratista.

En este estado del procedimiento, el día 1 de junio, la concejala delegada de obras e infraestructuras, por delegación de la Junta de Gobierno Local, solicita dictamen a este Consejo Consultivo. Con fecha 22 de junio de 2012, el alcalde-presidente de Leganés, firma la oportuna solicitud de dictamen.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo, al amparo del artículo 13.1.f).4º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, de la Comunidad de Madrid, conforme al cual: “*1. El Consejo Consultivo deberá ser consultado por la Comunidad de Madrid en los siguientes asuntos: (...) f) Expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid, las entidades locales y las universidades públicas sobre: (...) 4.º Aprobación de pliegos de cláusulas administrativas generales, interpretación, nulidad y resolución de los contratos administrativos y*

modificaciones de los mismos en los supuestos establecidos por la legislación de Contratos de las Administraciones públicas”.

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

El contrato al que este expediente se refiere, fue objeto de adjudicación definitiva a la empresa contratista el día 9 de octubre de 2007.

La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), 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 duodécima de la LCSP había previsto su entrada en vigor a los seis meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, que se produjo el 30 de octubre de 2007, de manera que el Real Decreto Legislativo 2/2000, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en adelante, TRLCAP, estaba vigente en la fecha de la adjudicación del contrato, 9 de octubre de 2007.

En cumplimiento de lo previsto en el artículo 59.3 TRLCAP, al formularse oposición a la resolución del contrato por parte del contratista, resulta preceptivo el dictamen de este Consejo.

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

SEGUNDA.- 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 lleva aparejada la incautación de la garantía (artículo 109.1.b) del RGCAP). 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 28 de mayo de 2012 y por la Intervención municipal, el 31 de mayo de 2012. No consta informe emitido por el Secretario.

El órgano competente para acordar la resolución del contrato es el órgano de contratación que, en el presente caso, fue el Pleno del Ayuntamiento. En consecuencia, el órgano competente para acordar la resolución del contrato será, igualmente, el Pleno del Ayuntamiento y no la Junta de Gobierno Local.

Por lo que se refiere al plazo para resolver el expediente de resolución del contrato, ni la Ley de Contratos del Sector Público, ni el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, establecen nada al respecto. Ello no obstante, el Tribunal Supremo, en sentencias de 2 de octubre de 2007, 13 de marzo de 2008 y 9 de septiembre de 2009, ha declarado la aplicación supletoria de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de la Ley de Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJ-PAC).

El plazo para la tramitación del expediente de resolución se establece así en tres meses. Dicho plazo debe computarse desde la fecha del acuerdo de inicio del procedimiento de resolución, 28 de febrero de 2012.

En el presente caso, consta que el día 22 de mayo de 2012 fue acordada la suspensión del procedimiento de resolución del contrato porque, al existir oposición del contratista, era preceptiva la solicitud de dictamen al Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid. Este acuerdo de suspensión se notificó a la empresa contratista, a la dirección facultativa de

la obra, a la administración concursal de la empresa y a la entidad avalista. Sin embargo, tras la adopción de dicho acuerdo de suspensión, se han incorporado al expediente el informe de la Asesoría Jurídica y el informe del interventor municipal, de fechas 28 y 31 de mayo de 2012, respectivamente y la petición del dictamen se formaliza un mes después del acuerdo de suspensión, el día 22 de junio de 2012.

Hay que hacer notar que la incorporación al expediente de los citados informes constituye causa para reabrir el plazo de tramitación del procedimiento y produce el alzamiento de la suspensión decretada. Además, el artículo 42.5.c) LRJP-PAC prevé la suspensión del procedimiento cuando deban solicitarse informes que sean preceptivos y determinantes del contenido de la resolución *“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”*. No es posible, por tanto, suspender la tramitación del procedimiento para solicitar dictamen al Consejo Consultivo y formular la solicitud de dictamen un mes después de dicha suspensión, con la incorporación de otros informes al procedimiento.

La consecuencia fundamental, tras la incorporación de los nuevos informes una vez acordada la suspensión del procedimiento es que se reabre el plazo de tramitación del mismo y, por ende, a la fecha en que se formula la petición de dictamen a este Consejo Consultivo, el procedimiento está caducado.

La caducidad del procedimiento, sin embargo, no impide la posibilidad de iniciar un nuevo procedimiento de resolución del contrato.

TERCERA.- Llegados a este punto procede analizar el alegado incumplimiento contractual en que ha incurrido el contratista, y que determinan la necesidad, a juicio del Ayuntamiento, de resolver el contrato.

Previamente, es preciso indicar que la resolución de los contratos administrativos queda sujeta a la concurrencia de alguna de las causas previstas con carácter general para todos los contratos administrativos en el artículo 111 del TRLCAP.

La empresa contratista alega que no existe incumplimiento imputable al contratista y que la resolución deberá adoptarse de mutuo acuerdo o, en su caso, como consecuencia de su situación concursal, al haber sido declarado en concurso de acreedores por Auto de 9 de febrero de 2011 del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de La Coruña.

La empresa contratista considera, en primer lugar, que procedería la resolución del contrato por mutuo acuerdo, sin indemnizar los daños causados ni la incautación de la garantía constituida, y que supondría la culminación del proceso de negociación inicialmente entablado por la Administración.

La resolución por mutuo acuerdo se regula en el artículo 112.4 TRLCAP, según el cual: *“La resolución por mutuo acuerdo sólo podrá tener lugar cuando no concorra otra causa de resolución imputable al contratista y siempre que razones de interés público hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato”*.

Al tiempo en que se inició el procedimiento de resolución del contrato el 28 de febrero de 2011, procedimiento ulteriormente declarado caducado por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 28 de febrero de 2012, ya existían causas de resolución imputables al contratista como eran el incumplimiento del plazo total de la obra y el abandono de la misma, así como la declaración del concurso. Por tanto, no resultaría procedente la aplicación, como causa de resolución del contrato, el mutuo acuerdo, sin perjuicio de la ulterior liquidación del contrato. Como ha señalado reiteradamente este Consejo Consultivo, el mutuo acuerdo como causa de resolución, debe ser objeto de aplicación restrictiva, dado su carácter

excepcional, que se fundamenta en que a través de los contratos administrativos no se persigue simplemente la satisfacción de los intereses particulares de los contratistas, sino que mediante su ejecución se satisface también el interés público o general.

En consecuencia, el procedimiento de resolución iniciado el 28 de febrero de 2011, una vez expirado el plazo de ejecución total del contrato sin haberse finalizado las obras no podría fundarse en el mutuo acuerdo, porque existen otras causas de resolución imputables al contratista, como el incumplimiento del plazo total de ejecución de la obra y el abandono de la misma por el contratista. Asimismo, resultaría necesario analizar la concurrencia de otra posible causa de resolución, como es la declaración de concurso de acreedores y su incidencia en las demás causas.

Prima facie, de las causas de resolución previstas en el artículo 111 TRLCAP, concurrirían las siguientes:

“b) La declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier procedimiento.

(...)

e) La demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista y el incumplimiento del plazo señalado en el artículo 71.2, letra d) ”.

En cuanto al abandono de la obra, alegado por el Ayuntamiento consultante tendría encaje en el apartado g) del artículo 111: *“el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales”*. Con la actual LCSP, la obligación contractual incumplida debe ser calificada como esencial en los pliegos o en el contrato. Sin embargo, con la anterior normativa, aplicable al presente contrato como se ha expuesto, no era necesario que una obligación hubiera sido calificada expresamente de esencial en los pliegos o en el contrato para que su incumplimiento pudiera ser causa de resolución. El carácter esencial de la obligación incumplida se

determinaba caso por caso, en atención a las circunstancias concurrentes. El abandono de la obra con carácter previo a la finalización de la misma y a su recepción por la Administración supone una voluntad deliberada de incumplir la obligación de entrega de la instalación en perfecto estado de funcionamiento, debiendo tener en cuenta que en el PPCT prevé que “*el contratista, desde la finalización de las obras hasta la recepción de las mismas, (...) será el conservador del edificio, donde tendrá el personal suficiente para atender a todas las averías y reparaciones que puedan presentarse*”.

Como es sabido, el contrato administrativo de obras es un típico contrato de resultado, naturaleza jurídica ésta que, en principio, implicaría que el contratista debería soportar los riesgos de pérdida, destrucción o deterioro de la obra. La Administración no asume los riesgos de su destrucción o deterioro de la obra hasta que le haya sido formalmente entregada por el contratista. Por tanto, en tanto no se declare la resolución del contrato, el contratista es responsable de los daños sufridos por la obra como consecuencia de su abandono por el contratista.

Admitida, pues, la concurrencia de varias causas de resolución, cada una de ellas con un régimen jurídico específico. En tales supuestos, hay que tener en cuenta, según doctrina reiterada del Consejo de Estado, que en tales supuestos debe aplicarse la primera causa de resolución que aparezca en el tiempo.

En el caso que nos ocupa, sin embargo, dada la proximidad en el tiempo de varias de las causas, no es fácil determinar cuál de ellas es la primera en el tiempo.

Del estudio del expediente resulta que el día 1 de febrero de 2011 la empresa contratista presentó en el Juzgado Decano de La Coruña solicitud de concurso voluntario de acreedores.

El día 8 de febrero de 2011, tuvo entrada en el registro general del Ayuntamiento de Leganés de un escrito presentado por la empresa D en nombre propio y de diversas empresas proveedoras de la contratista, denunciado el incumplimiento por la contratista de sus obligaciones de pago para con los proveedores de mobiliarios y servicios y en el que instaban a *“una reunión con carácter de urgencia, cuyo punto principal sería el que este Ayuntamiento no siguiera pagando, debido al riesgo existente de no obtener los servicios contratados y perder el dinero invertido, a la empresa adjudicataria mientras no cumpla los compromisos adquiridos y aclare su situación actual y futura, y el dinero retenido por el Ayuntamiento vaya directamente a las subcontratas”*.

Por Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de La Coruña de 9 de febrero de 2011 se declara a la entidad contratista en situación legal de concurso voluntario de acreedores y se somete a la misma a la intervención de los administradores concursales.

Según el artículo 112 TRLCAP:

“2. La declaración de insolvencia en cualquier procedimiento y, caso de concurso, la apertura de la fase de liquidación originará siempre la resolución del contrato.

En los restantes casos de resolución de contrato el derecho para ejercitárla será potestativo para aquella parte a la que no le sea imputable la circunstancia que diere lugar a la misma, sin perjuicio de lo establecido en el apartado 7 y de que en los supuestos de modificaciones en más de 20 por 100 previstos en los artículos 149, párrafo e); 192, párrafo c), y 214, párrafo c), la Administración también puede instar la resolución.

(...)

7. En caso de declaración de concurso y mientras no se haya producido la apertura de la fase de liquidación, la Administración potestativamente continuará el contrato si el contratista prestaré las garantías suficientes a juicio de aquélla para su ejecución”.

Por tanto, la resolución del contrato en caso de declaración de concurso y mientras no se haya producido la fase de liquidación es potestativa y no automática. La Administración podrá continuar el contrato si el contratista presta garantías suficientes a juicio de aquélla para su ejecución. El principal efecto que supone la resolución del contrato por la declaración del concurso es que, si la insolvencia se califica de culpable o fraudulenta, el incumplimiento será imputable al contratista. Sin embargo, en caso de que se califique la insolvencia como fortuita, el incumplimiento no sería imputable al contratista con la consecuencia de que éste no tendría que indemnizar los daños y perjuicios causados, ni procedería la incautación de la garantía.

La principal consecuencia del carácter potestativo y no automático de la resolución del contrato es que el contratista, hasta que no recaiga resolución de la Administración por la que se declare resuelto el contrato, sigue vinculado contractualmente y debe proceder al cumplimiento de sus obligaciones contractuales. No puede voluntariamente dejar de cumplir sus obligaciones porque, en este caso, estaría incurriendo en un incumplimiento culpable.

En el presente caso, el día 7 de febrero de 2011 se constató por la dirección facultativa el abandono de la obra. Al día siguiente, 8 de febrero tuvo entrada en el Ayuntamiento de Leganés una carta de los proveedores del contratista poniendo de manifiesto el incumplimiento de éste de sus obligaciones de pago para con ellos. El día 9 de febrero se declaró la situación de concurso y continuó la situación de abandono de la obra que continúa hasta la fecha. Consta en el expediente que, desde la fecha de

declaración del concurso hasta el 26 de febrero de 2011, fecha en la que expiraba el plazo de ejecución total de la obra tras la aprobación del modificado, no se realizó ningún trabajo en la misma. Por tanto, no puede considerarse que la declaración del concurso haya sido la causa del incumplimiento del plazo de ejecución de la obra, que ya acumulaba retrasos, como se puso de manifiesto por la solicitud de ampliación del plazo por escrito de 13 de enero de 2011.

Si la empresa contratista hubiera estado a punto de concluir el contrato en la fecha de la declaración del concurso, la declaración de éste no habría incidido en la ejecución del contrato. La empresa declarada en concurso habría continuado con el cumplimiento de sus obligaciones y el día 26 de febrero habría comunicado a la Administración la finalización de las obras, sin haber sido necesario iniciar el procedimiento de resolución del contrato.

Por tanto, debería concluirse que ha habido un incumplimiento por el contratista del plazo total de ejecución de la obra.

CUARTA.- Los efectos de esa resolución son los previstos en el artículo 113.4 T.R.L.C.A.P. Al tratarse de un supuesto de resolución por incumplimiento culpable de la contratista, procedería la incautación de la garantía definitiva, debiendo la contratista indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados, en lo que excedan del importe de aquélla, todo ello sin perjuicio de la liquidación que corresponda por las obras realizadas y recibidas de conformidad.

En este sentido, no constando en el expediente remitido propuesta de resolución que contenga una liquidación, deberá iniciarse un expediente de liquidación, como señala el informe de la Intervención, con citación al contratista para la comprobación, medición y liquidación de las obras realizadas con arreglo al proyecto, fijando los saldos pertinentes a favor o en contra del contratista, así como la determinación de los daños y perjuicios, de conformidad con los artículos 113 y 151.1 TRLCAP.

Dicho expediente de liquidación, si se tramitara separadamente del de resolución del contrato y mediare oposición del contratista, deberá ser sometido a dictamen del Consejo Consultivo.

En mérito a lo que antecede este Consejo Consultivo extrae la siguiente

CONCLUSIÓN

El expediente de resolución de contrato denominado “*Construcción de una biblioteca y un archivo municipal en Leganés Norte*”, iniciado el 28 de febrero de 2012 está caducado. Sin perjuicio de lo anterior, y de acuerdo con lo señalado en el cuerpo del dictamen, el Ayuntamiento podría proceder a la incoación de un nuevo expediente de resolución del contrato.

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

Madrid, 26 de julio de 2012