

Dictamen nº: **478/14**
Consulta: **Alcalde de Alcorcón**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **12.11.14**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 12 de noviembre de 2014, emitido ante la consulta formulada por el alcalde de Alcorcón, a través del consejero de Presidencia, Justicia y portavoz del Gobierno, al amparo del artículo 13.1 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, en relación con el expediente de resolución del contrato de servicio de “*Conservación y mantenimiento de la señalización horizontal y vertical de las vías públicas de Alcorcón*”.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 13 de octubre de 2014 ha correspondido a la Sección II, presidida por el Excmo. Sr. D. Pedro Sabando Suárez, la ponencia sobre la solicitud de dictamen preceptivo formulada por el consejero de Presidencia, Justicia y portavoz del Gobierno el 1 de octubre, acerca de la petición procedente del Ayuntamiento de Alcorcón, firmada por su alcalde el 29 de agosto de 2014, sobre expediente de resolución del contrato de servicio de “*Conservación y mantenimiento de la señalización horizontal y vertical de las vías públicas de Alcorcón*”, que tuvo entrada en el registro del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid el mismo día 13 y fue admitida a trámite recibiendo el número de expediente 464/14.

El ponente ha formulado y firmado la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 12 de noviembre de 2014.

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

La Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Alcorcón, en sesión ordinaria celebrada el día 3 de abril de 2012, aprobó el expediente de contratación relativo al contrato de servicio de “*Conservación y mantenimiento de la señalización horizontal y vertical de las vías públicas de Alcorcón*”, así como el gasto y los pliegos de prescripciones técnicas (PPT) y de cláusulas administrativas particulares (PCAP) rectores de la adjudicación del contrato mediante procedimiento abierto.

En sesión celebrada el 7 de agosto de 2012, se propuso adjudicar el contrato a la empresa A. El contrato se formalizó el 27 de agosto de 2012, fecha en la que se inició la prestación del servicio. El plazo de ejecución finalizará el 31 de diciembre de 2014.

El adjudicatario ha constituido a favor del Ayuntamiento una garantía definitiva por importe de 38.135,60 € que acredita con carta de pago de 6 de agosto de 2012.

Por acuerdo de la Junta de Gobierno Local en sesión celebrada el 11 de junio de 2013 se procedió a iniciar expediente para la resolución del contrato por desistimiento de la Administración ante la situación de suspensión del contrato, llevada a cabo el 3 de mayo de 2013, a instancias del contratista al incurrirse en lo previsto en el apartado 5 del artículo 216 del Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de contratos del Sector Público (TRLCSP). Posteriormente y al acogerse la adjudicataria

al mecanismo previsto en el Plan de Pago a Proveedores 2013, el 16 de septiembre del mismo año se reiniciaron las prestaciones objeto del contrato.

Con fecha 27 de diciembre del mismo año se inició expediente para la imposición de penalidades al contratista por incumplimiento de la ejecución parcial de las prestaciones definidas en el contrato y por una supuesta ejecución defectuosa de las mismas. Dicho expediente finalizó imponiendo una penalidad diaria de 180 euros a partir de 16 de septiembre de 2013 correspondiente a los incumplimientos de la ejecución parcial de las prestaciones y otra por importe de 9.000 euros por cada una de las ejecuciones defectuosas que se acreditan en el expediente, todo ello en virtud del acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno Local el 16 de abril de 2014.

Con fecha 12 de marzo de 2014, en tanto se tramitaba el expediente de penalidades, la adjudicataria solicitó la suspensión del contrato, por demora en el pago superior a cuatro meses de las facturas emitidas correspondientes a trabajos realizados y certificados por valor de 201.786,38 euros, desde octubre de 2013 hasta febrero de 2014. La suspensión se llevó a cabo el siguiente 14 de abril del mismo año y desde esa fecha no se han reiniciado las prestaciones del contrato.

El concejal delegado de Mantenimiento de la Ciudad, Salud y Mercados, con fecha 20 de mayo siguiente remitió instrucciones al Servicio de Contratación y Patrimonio en orden a tramitar la resolución del contrato, por desistimiento del Ayuntamiento, al estimar que los servicios objeto del mismo no podían mantenerse suspendidos por plazo mayor sin grave riesgo para el servicio público al afectar tanto a los elementos fundamentales para la regulación del tráfico como a la seguridad vial del municipio.

En sesión celebrada el 18 de junio de 2014, se acuerda iniciar el expediente de resolución del contrato por desistimiento del Ayuntamiento, de conformidad con lo establecido en el artículo 308 apartado b) del TRLCSP y con la cláusula 40 del PCAP. La resolución conllevará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 309 apartados 1 y 3 del TRLCSP los siguientes efectos económicos:

1.- El derecho a percibir por el contratista el importe de los trabajos efectivamente realizados y certificados, con conformidad de los servicios municipales, hasta el 14 de abril de 2014, que se encuentran pendientes de abono y que ascienden a 255.475,30 euros, cantidad a la que se deducirá el importe total al que ascienden las penalidades impuestas al contratista por la Junta de Gobierno Local.

2.- El importe del presupuesto del contrato no ejecutado asciende a un total de 228.763,24 euros IVA incluido.

Los efectos de la resolución del contrato de conformidad con lo dispuesto a los artículos 225 y 309.3 del TRLCSP serán:

- a) Indemnización por importe del 10 por ciento de los trabajos pendientes de ejecutar (189.060,52 euros IVA excluido) en concepto de beneficio dejado de percibir, que asciende a 18.9065,05 euros.
- b) Devolución de la garantía definitiva depositada por el contratista que asciende a 38.135,60 euros.

Al mismo tiempo se otorga a la adjudicataria, un plazo de diez días para el trámite de audiencia y formulación de alegaciones.

Con fecha 26 de junio de 2014, la mercantil interpone recurso de reposición contra el acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno Local en su sesión de 16 de abril de 2014 y suplica se dicte resolución por la que, estimando íntegramente el recurso interpuesto, se declare la caducidad

del expediente, procediendo a su inmediato archivo, y, consecuentemente quede nula de pleno derecho y sin valor ni efecto jurídico alguno la resolución impugnada. El recurso está pendiente de resolución.

Por escrito presentado en el registro del Ayuntamiento de Alcorcón el 4 de julio de 2014, la adjudicataria presenta escrito de alegaciones, por el que manifiesta su conformidad con el desistimiento de la Administración como causa de resolución del contrato pero no con los efectos económicos derivados de la misma. A juicio del contratista no procede la deducción de las penalidades impuestas sobre el importe de los trabajos realizados y pendientes de cobro sino que, por el contrario, procede sobre dicha cantidad la aplicación del interés de demora.

El 28 de julio de 2014, la Intervención del Ayuntamiento de Alcorcón emite informe sobre las facturas reconocidas y pendientes de abono.

La Junta de Gobierno Local, en sesión de 30 de julio de 2014, acuerda desestimar las alegaciones presentadas, solicitar informe al Consejo Consultivo, proceder a la suspensión de la tramitación del expediente en tanto se emita el preceptivo informe y comunicar al contratista los acuerdos. No consta en el expediente dicha notificación al contratista.

El 29 de agosto de 2014 el alcalde del Alcorcón, en ejecución del acuerdo de la Junta de Gobierno Local, solicita la emisión de dictamen del Consejo Consultivo sobre el expediente de resolución de contrato, ahora bien, no es hasta el 10 de septiembre de 2014 cuando se registra de salida en el registro general del Ayuntamiento de Alcorcón la 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 (en adelante LCC).

El dictamen ha sido evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 16.1 LCC, cuyo término se fijó el 19 de noviembre de 2014.

SEGUNDA.- El contrato se adjudicó el 7 de agosto de 2012, por lo que resulta de aplicación el TRLCSP cuya disposición final única dispone su entrada en vigor al mes siguiente a su publicación en el Boletín Oficial del Estado (B.O.E.). Por ello, al publicarse en el B.O.E. nº 276, de 16 de noviembre de 2011, la entrada en vigor tuvo lugar el 16 de diciembre de dicho año.

En materia de procedimiento, debe considerarse lo dispuesto en el artículo 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), referido específicamente al “*procedimiento para la resolución de los contratos*”. Por su parte, el artículo 211.3 TRLCSP dispone que es preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de resolución cuando se formule oposición por parte del contratista.

En el presente caso la contratista manifiesta su conformidad a la resolución del contrato pero no a los efectos derivados de la misma según la propuesta de resolución formulada por el Ayuntamiento de Alcorcón. El artículo 225.4 del TRLCSP dispone que:

“En todo caso, el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que, en su caso, hubiese sido constituida”.

En la medida en que la devolución de la garantía podrá tener lugar o no, como quedará analizado más adelante, lo que constituye uno de los efectos económicos de la resolución del contrato, y el contratista se opone a los efectos económicos planteados por el Ayuntamiento, procede la emisión de dictamen por parte de este Consejo Consultivo.

Tras la incoación del expediente de resolución el 18 de junio de 2014 se ha dado trámite de audiencia a la contratista, que es también avalista, y que ha formulado alegaciones el 4 de julio de 2014 en los términos expuestos en los antecedentes de hecho.

Se ha incorporado al procedimiento el informe de la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento, de 22 de julio de 2014 y de la Intervención municipal, de 28 de julio de 2014. Con posterioridad a la emisión de estos informes no se ha otorgado nuevo trámite de audiencia. Sobre esta forma de proceder es doctrina de este Consejo Consultivo que, al no aportar dichos informes hechos nuevos o cuestiones nuevas para la resolución, no generan indefensión a los interesados que obligue a la retroacción del procedimiento (así nuestro Dictamen 410/2013, de 25 de septiembre, entre otros).

Por lo que se refiere al plazo para resolver el expediente de resolución del contrato, ni el TRLCSP ni el RGCP establecen nada al respecto.

Ello no obstante, el Tribunal Supremo en sentencias de 13 de marzo de 2008 (recurso 1366/2005), 9 de septiembre de 2009 (recurso de casación para la unificación de doctrina 327/2008) y la más reciente de 28 de junio de 2011 (recurso 3003/2009) ha declarado la aplicación

supletoria de la LRJ-PAC de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional séptima del TRLCAP, de forma que si no se resuelve en un plazo de tres meses habiéndose iniciado de oficio, se entiende caducado.

Ello sin perjuicio de lo establecido en el artículo 42.5.c) LRJ-PAC en cuya virtud el plazo para resolver y notificar la resolución se puede suspender

“Cuando deban solicitarse informes que sean preceptivos y determinantes del contenido de la resolución a órganos de la misma o distinta Administración, por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesado y la notificación del pronunciamiento a la Administración instructora, que también deberá serles comunicada”.

En cuanto al momento en que opera la suspensión, es doctrina de este Consejo Consultivo, que la fecha de efectividad de la suspensión es la de la petición de dictamen a este órgano consultivo. En este sentido nos hemos pronunciado en anteriores dictámenes, así por ejemplo en el Dictamen 115/13, de 3 abril, en el Dictamen 188/13, de 8 de mayo y en el Dictamen 556/13, de 20 de noviembre.

También se han pronunciado en parecidos términos otros consejos consultivos. Así, por ejemplo, el Consejo Consultivo de Murcia en su Dictamen 181/09 señala que la fecha de efectividad de la suspensión no puede ser la del acto en que se acuerda *“dadas las dificultades para un efectivo control y verificación de tal fecha por parte del interesado, extremo que sin duda afecta a sus intereses”*.

En ese dictamen se considera que *“parece razonable requerir la efectiva suspensión del plazo en cuestión al momento en que la solicitud del dictamen adquiere una trascendencia externa al propio órgano*

solicitante, pues ello otorga unas mayores garantías de control, pudiendo centrarse tal momento en la fecha en que la solicitud de Dictamen es registrada de salida en el correspondiente registro público”.

En este caso, de acuerdo con la doctrina que hemos expuesto, no podemos sino concluir que el procedimiento de resolución contractual ha caducado. En efecto, iniciado el procedimiento el día 18 de junio de 2014 el plazo para resolver concluía el día 18 de septiembre de 2014 y, si bien el día 30 de julio se acordó la suspensión del procedimiento, no es hasta el día 10 de septiembre cuando la petición de dictamen se formula por el alcalde de Alcorcón, cuando solo quedaban ocho días para la caducidad, resultando, además, que no consta en el expediente la notificación a la contratista ni del acuerdo de suspensión ni de la solicitud de dictamen registrada de salida en el Ayuntamiento, como exige el artículo 42.5 LRJ-PAC para que la suspensión tenga eficacia.

En el supuesto de que la solicitud de dictamen al Consejo Consultivo, efectuada por el alcalde el 10 de septiembre de 2014, no se ha notificado a la contratista interesada, pues no consta en el expediente, el dictamen ha caducado.

Así lo ha considerado la denominada jurisprudencia menor, como el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Málaga, que en su Sentencia 720/2013, de 1 de marzo de 2013 (recurso 1405/2011) expresaba:

“Aunque la parte apelante nada dice, nótese que el trámite de petición y realización del dictamen por el Consejo Consultivo, no tiene eficacia interruptiva, dado que no fue acordada la suspensión, que se podría -"podrá" dice el art. 42.5 Ley 30/92 -, y tampoco fue comunicada la solicitud de dictamen a los interesados, ni la recepción de éste, como exige el art. 42.5.c) Ley 30/92”.

En virtud de lo expuesto, el expediente sometido a dictamen caducó el 18 de septiembre de 2014, casi un mes antes de su entrada en este órgano consultivo el 13 de octubre del mismo año. La caducidad del procedimiento, sin embargo, no impide la posibilidad de iniciar un nuevo procedimiento de resolución del contrato.

TERCERA.- Respecto del fondo del asunto, nos hallamos ante una resolución por desistimiento de la Administración regulada como causa de resolución contractual del contrato de servicios en el artículo 308.b) del TRLCSP.

En nuestro Dictamen 376/14, de 3 de septiembre, en relación con el desistimiento como causa de resolución del contrato de servicios se pone de manifiesto que, frente al

“carácter materialmente reglado de las facultades de resolución de los contratos administrativos, la facultad de desistimiento parece configurarse en la Ley con carácter discrecional, puesto que a diferencia del resto de los supuestos de resolución, no se establece requisito alguno para su procedencia, ni regula la forma de su ejercicio, siendo tanto la doctrina como la jurisprudencia, las que se han encargado de señalar las condiciones que debe revestir su ejercicio, que vienen impuestas por razón del interés público”.

Pues bien, la doctrina y la jurisprudencia han establecido, como condiciones para que pueda darse el desistimiento de la Administración, o bien la desaparición sobrevenida del interés público que el contrato satisfacía, o bien excepcionales razones de interés público que justifiquen el cese de la prestación del servicio objeto de contrato.

Así, el Dictamen del Consejo de Estado 1090/2010, de 22 de julio, expone que la desaparición sobrevenida del interés público presente en la contratación justifica el desistimiento de la Administración y permite

mantener el principio de buena fe contractual, esencial en la contratación pública.

Por otro lado, en el Dictamen 1208/2008, de 16 de octubre, también del Consejo de Estado, se afirma que “*el interés público que justifica el desistimiento unilateral de la Administración se ha venido apreciando en aquellas relaciones contractuales que, por una alteración sobrevenida de las circunstancias, han perdido su objeto*”.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid, por su parte, en Sentencia 317/2013, de 6 de septiembre de 2013 (recurso 1216/2012) abunda, para que pueda darse el desistimiento unilateral de la Administración, en la necesidad de que concurran excepcionales razones de interés público:

«*En el siguiente motivo la apelante, partiendo de que no nos hallamos ante un contrato de suministro puro, y que por tanto no resulta aplicable la causa de resolución del artículo 192 del TRLCAP, dice que aun en el caso de que dicha causa de resolución concurriera, no se dan las excepcionales razones de interés público que legitiman el desistimiento por parte de la Administración.*

Afirma en este sentido que las razones excepcionales que justifican el desistimiento de la Administración solo juegan, conforme a la doctrina del Consejo de Estado, cuando la prosecución de las actuaciones o la continuación de la ejecución del contrato perjudiquen el interés público o sean incompatibles con él, y todo ello teniendo en cuenta los principios de racionalidad y proporcionalidad.

Analiza la Memoria que justifica el desistimiento del Ayuntamiento, que se funda en la necesidad de disminuir el gasto público a raíz de la inesperada evolución de la situación económica

en la primera del año 2010, así como a la promulgación del Decreto-Ley 8/2010, de 20 de mayo, y al anuncio del Alcalde de Madrid el día 26 de mayo del 2010 anunciando propuestas que permitirían a la Corporación y a sus organismos un ahorro de más de 1000 millones de euros, y concluye que esta justificación es inaceptable, y para ello sostiene que el contrato se formaliza el 27 de junio del año 2008 y tiene dos años de duración, de forma que a su inicio la situación de crisis ya existía y continúa durante toda la ejecución del contrato, por lo que el Ayuntamiento debía haber advertido desde el principio el gasto que le iba a suponer el contrato, en lugar de adoptar una medida meramente “propagandística” como es la de resolver el contrato pero eso sí, sustituyendo el coche inicialmente contratado por otro, considerando que todas las actuaciones anteriores ni son irracional ni son proporcionales.

Es público y notorio que la crisis económica que padecemos comienza en el año 2008 y que por tanto existía al tiempo de la firma del contrato, pero también lo es que durante los años 2008 y 2009 la crisis en cuestión no afecta significativamente al gasto público en este país ni a la prima de riesgo en el mercado de deuda; sin embargo ya desde comienzos del año 2010 la prima de riesgo referida se “dispara” para España y otros países de su entorno, con un gran encarecimiento de la deuda pública y en consecuencia del déficit público, lo que da lugar a que las autoridades de la Unión Europea impongan a tales países una drástica reducción de su gasto público para reducir el déficit público, y es en estas circunstancias en las que se dicta el Decreto-Ley 8/2010, que no solo impone la reducción de gasto a la Administración General del Estado, sino también al resto de las Administraciones Públicas y en particular a los Ayuntamientos.

En este sentido la situación del contrato cuando se firma y cuando se resuelve no es, evidentemente, la misma, y por eso en principio no es ni desproporcionado ni irracional prescindir de un coche blindado del que restaban cuotas por pagar de alrededor de 300.000 euros, y sustituirlo por otro que demostradamente era mucho más barato y que iba a suponer un importante ahorro.

Lo anterior no significa que esta Sala no sea consciente de la sorpresa de la empresa contratista cuando se desiste del contrato y de los perjuicios que ese desistimiento le producen, pero el enjuiciamiento objeto de lo ocurrido nos lleva también a desestimar este motivo».

La sentencia citada acoge las motivaciones económicas y de contención del gasto público como excepcionales razones de interés público, como también lo ha hecho este órgano consultivo en numerosos dictámenes: 140/11, de 6 de abril, 442/11, de 6 de julio y 82/13, de 6 de marzo.

Sin embargo, nada de esto se alega en el desistimiento propuesto por el Ayuntamiento de Alcorcón:

- No se invoca ninguna circunstancia sobrevenida de interés público.
- El interés público que justificaba el objeto del contrato no ha desaparecido, antes al contrario, lo que se expone en el expediente como causa de justificación del desistimiento es la necesidad de que se preste un servicio que se encuentra suspendido y que resulta imprescindible por razones de seguridad vial.

Pero, en este contexto, no cabe obviar que la ejecución del contrato se encuentra suspendida en el ejercicio legítimo, por parte del contratista, de lo previsto en el artículo 216.5 TRLCSP:

“Si la demora en el pago fuese superior a cuatro meses, el contratista podrá proceder, en su caso, a la suspensión del cumplimiento del contrato, debiendo comunicar a la Administración, con un mes de antelación, tal circunstancia, a efectos del reconocimiento de los derechos que puedan derivarse de dicha suspensión, en los términos establecidos en esta Ley”.

Es decir, que el contrato se encuentra suspendido porque el Ayuntamiento de Alcorcón no ha hecho frente a los créditos que el contratista ha devengado frente a él. A mayor abundamiento, tal y como se ha consignado en los antecedentes de hecho, en anteriores suspensiones por falta de pago cuando el contratista ha visto satisfecho su derecho al cobro ha reanudado la prestación del servicio.

En virtud de lo expuesto, dado que no hay circunstancias sobrevenidas ni razones de interés público que aconsejen que deje de prestarse el servicio, sino todo lo contrario, hemos de concluir que no procede la causa de resolución propuesta por el Ayuntamiento de Alcorcón.

En mérito de cuanto antecede, este Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

El expediente de resolución de contrato remitido para dictamen ha caducado. La caducidad del procedimiento, sin embargo, no impide la posibilidad de iniciar un nuevo procedimiento de resolución del contrato, sin perjuicio de lo dictaminado en la consideración jurídica tercera.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto y saber 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, 12 de noviembre de 2014

