

Dictamen nº: **532/09**
Consulta: **Alcalde de Las Rozas**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **09.12.09**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad en su sesión de 9 de diciembre de 2009, sobre consulta formulada por el Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Las Rozas, cursada a través del Consejero de Presidencia, Justicia e Interior, en relación con expediente sobre resolución del contrato de obras de “*Construcción de Centro de Salud en la parcela A-8 de la Marazuela*”, suscrito con la empresa A, (en adelante el contratista), a solicitud del Consejero de Presidencia, Justicia e Interior, al amparo del artículo 13.1.f) 1º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, Reguladora del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 20 de octubre tuvo entrada en el registro del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen preceptivo, cursada a través del Consejero de Presidencia, Justicia e Interior, acerca de la petición procedente del Ayuntamiento de Las Rozas, firmada por su Alcalde Presidente, sobre expediente de resolución del contrato de obras de “*Construcción de Centro de Salud en la parcela A-8 de la Marazuela*”, suscrito con la mercantil referenciada.

Admitida a trámite con esa misma fecha se procedió a dar entrada en el registro de expedientes con el número 446/09, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal como dispone el artículo 34

apartado 1 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por el Decreto 26/2008, de 10 de abril y correspondiendo su ponencia a la Sección IV, presidida por el Excmo. Sra. Dña. Cristina Alberdi Alonso.

Estimándose incompleto el expediente remitido, con fecha 5 de noviembre de 2009 se solicitó, en virtud de lo dispuesto en el artículo 17.2 de la Ley 6/2007, del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, el complemento del expediente administrativo. En concreto, se señalaba que faltaba, entre otra documentación, acuerdo de la Junta de Gobierno Local de adjudicación a la empresa contratista, el documento del contrato, el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del Contrato, Acta de Comprobación del Replanteo, o el expediente para la imposición de penalidades iniciado por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 17 de diciembre de 2008.

Con fecha 18 de noviembre de 2009 tiene entrada en este Consejo Consultivo parte de la documentación solicitada. En concreto, se remiten los siguientes documentos:

- Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 8 de mayo de 2007 por el que se aprobó la adjudicación del contrato a la empresa contratista.
- Documento de formalización del contrato, firmado el 4 de junio de 2007.
- Acta de comprobación del replanteo, firmada el 4 de julio de 2007.
- Pliego de Cláusulas Administrativa Particulares que han de regir en el Concurso Abierto, para la adjudicación de las obras de construcción del Centro de Salud en la parcela A-8 del Sector V-3 La Marazuela.
- Certificación del Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 17 de diciembre de 2008, aprobando la “*iniciación de expediente para*

imposición de penalidades a la empresa A. Respecto de este expediente, el escrito de remisión de documentación advierte que “dicho expediente quedó sin efecto al momento de iniciar expediente de resolución de contrato con fecha 4 de febrero de 2009”.

Estimando la documentación remitida suficiente, aunque incompleta en relación con la solicitud de complemento de expediente formulada, se firmó por la Consejera Ponente la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 2 de diciembre de 2009.

SEGUNDO.- A pesar de haberse solicitado, se remite el expediente correspondiente al procedimiento de resolución del contrato sin estar numerados y foliados los documentos y sin haber elaborado un índice, en contra de lo previsto en el artículo 33 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 expediente remitido a este Consejo está formado, además de los documentos mencionados en el apartado anterior, por los siguientes:

1.- Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 4 de febrero de 2009 por el que se inicia el expediente de resolución del contrato de obra suscrito con el contratista para la construcción de un Centro de Salud en la parcela A-8 de La Marazuela, en base al artículo 95 T.R.L.C.A.P.

2.- Acuse de recibo de las notificaciones practicadas a la contratista y a la entidad avalista, efectuadas el 16 de febrero de 2009.

3.- Informe de 11 de febrero de 2009, de la Unidad de Contratación del Ayuntamiento de Las Rozas, poniendo de manifiesto la existencia de reclamaciones presentadas por diversos subcontratistas en ejercicio de acción directa por falta de pago de la entidad contratista.

4.- Escrito de la entidad contratista, de 16 de enero de 2009 (registro de entrada del Ayuntamiento de Las Rozas de 22 de enero de 2009), solicitando el abono de certificaciones de obra e intereses de demora.

5.- Escrito de alegaciones presentado por la entidad contratista el 23 de febrero de 2009 (consta de 61 folios) en el que manifiesta que el retraso ha sido debido a las modificaciones habidas en las obras y que fueron autorizadas por la Dirección Facultativa de las obras, adjuntando tres escritos de la contratista solicitando ampliaciones del plazo. El primero, presentado el 8 de febrero de 2008, pedía una ampliación en 150 días, justificándose en el retraso en la estructura de madera de la obra (retraso en la fabricación de un material específico para la obra). El segundo, presentado el 31 de julio de 2008, solicitaba una ampliación de 3 meses (el plazo de la obra expiraría el 31 de octubre de 2008), señalando como motivos que fundamentaban el retraso, una huelga de transportes sufrida a nivel nacional y el cambio de solado de todo el edificio. El último de los escritos, presentado el 17 de noviembre de 2008, solicita una tercera ampliación del plazo en otros tres meses, (el plazo expiraría el 31 de enero de 2009), justificando la concesión del mismo en el retraso de la entrega del material de revestimiento de la fachada, en que la zona de entrada, muretes de hormigón, escalera de bajada exterior y aceras perimetrales no estaban contempladas en el contrato adjudicado y que las acometidas de agua, contra incendios y eléctrica están pendientes de autorización definitiva por parte de las compañías correspondientes, debiendo solucionarse diversos problemas relacionados con la urbanización. Además, se adjuntan copias del Libro de Órdenes y Visitas, de las realizadas entre noviembre de 2007 y noviembre de 2008.

6.- Solicitud de informe del Secretario General del Ayuntamiento de Las Rozas, a la vista de las alegaciones realizadas por el contratista, a la Dirección Facultativa de las obras, sobre el estado de ejecución de las mismas, de fecha 26 de febrero de 2009.

7.- Informe de la Unidad de Contratación del Ayuntamiento de Las Rozas, de 26 de febrero de 2009, sobre el ejercicio de la acción directa prevista en el artículo 1597 del Código Civil por diversos subcontratistas de la obra.

8.- Informe de la Unidad de Contratación del Ayuntamiento de Las Rozas, de 26 de febrero de 2009 sobre la solicitud de abono de certificaciones de obra e intereses de demora, señalando que las certificaciones reclamadas fueron subsanadas el 29 de enero de 2009, por lo que el plazo de pago de las mismas no expiraría hasta el 29 de marzo de 2009 y que, durante ese tiempo ha habido diversas reclamaciones en ejercicio de la acción directa del artículo 1597 del Código Civil por algunos subcontratistas, por lo que hasta que la entidad contratista no acredite la improcedencia del ejercicio de dicha acción directa, bien por estar abonadas las cantidades reclamadas, bien por no estar vencidas las mismas, no procede el pago de cantidad alguna al contratista principal.

9.- Acuerdo de la Junta de Gobierno Local, de 3 de marzo de 2009, relativo al ejercicio de la acción directa del artículo 1597 del Código Civil, solicitando diversa documentación y dando trámite de audiencia a la entidad contratista para que formule alegaciones sobre las reclamaciones planteadas, solicitando a la Dirección Facultativa de las obras informe sobre las unidades ejecutadas por los subcontratistas reclamantes. De dicho escrito se dio traslado a las subcontratistas requiriéndoles determinada documentación y a la contratista.

10.- Informe elaborado por la Dirección Facultativa de las obras sobre el estado de ejecución, a 10 de marzo de 2009, del proyecto adjudicado, señalando que el porcentaje de obra ejecutada sobre el total adjudicado es del 63,04%. Además, el informe indica que el material de revestimiento de la fachada y cubierta del cuerpo central no se encuentra en la obra, que no se ha dado comienzo al montaje de la fachada y que la obra se encuentra

paralizada desde finales del mes de octubre de 2008, declarando, finalmente que las unidades de obra no ejecutadas estaban contenidas dentro del proyecto de ejecución aprobado y objeto de adjudicación, concluyendo que el retraso en la obra del Centro de Salud de La Marazuela es únicamente imputable a la empresa contratista.

11.- Propuesta de resolución efectuada por la Unidad Administrativa de Contratación, a la vista del informe emitido por la Dirección Facultativa de las obras, de 13 de marzo de 2009.

12.- Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 17 de marzo de 2009 por el que se aprueba la propuesta de resolución del contrato con la entidad contratista por la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista, así como la situación de declaración de concurso voluntario de acreedores en que ha sido declarada la contratista, poniéndose de manifiesto que la finalización de la obras “*en las actuales circunstancias (impago a subcontratista que impide la retirada del material encargado) es imposible, según se desprende del informe técnico que obra unido en el expediente, así como las reclamaciones de los citados subcontratistas*”. Además, la Junta de Gobierno Local acuerda la pérdida de las garantías definitivas y complementarias constituidas, proceder a la comprobación, medición y liquidación de las obras realizadas con arreglo al proyecto, fijando los saldos a favor o en contra del contratista y notificar la propuesta de resolución a la entidad contratista para efectuar alegaciones.

13.- Publicación en el Boletín Oficial del Estado de 22 de abril de 2009, del Auto de Declaración de Concurso Necesario de la empresa contratista.

14.- Escrito del Administrador Concursal Auditor de la empresa contratista, registrado el 6 de mayo de 2009, sobre las deudas pendientes del Ayuntamiento con la empresa contratista.

15.- Acuerdo de la Junta de Gobierno Local, de 29 de abril de 2009 indicando como nueva causa de resolución del contrato la declaración de concurso, de conformidad con el artículo 112 T.R.L.C.A.P., y concediendo un nuevo plazo de quince días para efectuar alegaciones sobre la concurrencia de esta nueva causa de resolución del contrato.

16.- Escrito de alegaciones de la entidad contratista, presentado en la Oficina de Correos el 17 de abril de 2009, declarando que, en lo relativo al retraso en la ejecución de la obra que no hubo tal retraso, pues fueron solicitados las correspondientes ampliaciones de plazo que fueron justificadas y que había conformidad de la Dirección Facultativa de las obras y achacando el sobreseimiento de sus obligaciones de pago para con sus subcontratistas y proveedores en su situación concursal. Además, denuncia el incumplimiento contractual de la Administración en sus obligaciones de pago y, por lo que se refiere a su situación concursal señala que el artículo 112.7 prevé la posibilidad de la continuación de las obras por parte de una contratista concursada.

17.- Escrito de alegaciones de la contratista, presentado el 29 de mayo de 2009, reiterando sus alegaciones anteriores e indicando que la declaración de concurso es causa de resolución potestativa, pudiendo la Administración continuar con el contrato, mientras no se haya producido la apertura de la fase de liquidación, si el contratista prestare las garantías suficientes.

18.- Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 24 de junio de 2009, en el que, a la vista de la oposición formulada por el contratista a la resolución del contrato, acuerda solicitar informe al Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

19.- Informe de la Dirección Facultativa de las obras, de 14 de julio de 2009 sobre el estado de ejecución de las obras a dicha fecha.

20.- Escrito del Alcalde Presidente de Las Rozas, de 23 de septiembre de 2009, solicitando informe al Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

De los anteriores documentos se extraen los siguientes hechos de interés para la emisión del dictamen:

En Junta de Gobierno Local de 8 de mayo de 2007, se adjudicó el concurso para llevar a cabo las obras de construcción de “*Centro de Salud en la parcela A-8 de la Marazuela*” a la empresa contratista, con una duración de ocho meses. El contrato se formaliza el 4 de junio de 2007. El Acta de Comprobación del Replanteo se firmó el 4 de julio de 2007, momento en que empezó a contar el plazo de ejecución de las obras, que concluiría el 4 de marzo de 2008.

No consta en el expediente ningún acuerdo de la Junta de Gobierno Local de ampliación del plazo de ejecución del contrato, habiéndose solicitado por la mercantil contratista dichas ampliaciones los días 8 de febrero de 2008, 31 de julio de 2008 y 17 de noviembre de 2008, con la firma de la Dirección Facultativa de las obras.

El Ayuntamiento inició expediente para la imposición de penalidades mediante acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno Local el día 17 de diciembre de 2008, al que el adjudicatario efectuó alegaciones. No aparece resolución recaída en dicho expediente, advirtiéndose en el escrito de remisión de complemento administrativo que “*dicho expediente quedó sin efecto al momento de iniciar expediente de resolución de contrato con fecha 4 de febrero de 2009*”.

Con fecha 4 de febrero de 2009 se inicia el procedimiento de resolución de contrato por demora en la ejecución del contrato.

Posteriormente, y tras la publicación en el Boletín Oficial del Estado, el día 22 de abril de 2009, el Auto de Declaración de Concurso Necesario de

la empresa A, se inició, por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 29 de abril de 2009, otro expediente de resolución del contrato que se acordó acumular al que ya estaba tramitándose.

Formulada oposición por el contratista a la resolución del contrato, se acuerda su remisión al Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid para la emisión de Dictamen preceptivo.

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, 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 Las Rozas 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*”), 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.

En relación con los expedientes de resolución de los contratos administrativos, el artículo 59.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 26 de junio) –en adelante, TRLCAP– dispone que: “*(...) será preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de: a) Interpretación, nulidad y resolución, cuando se formule oposición por parte del contratista*”.

En parecidos términos, se pronuncia hoy el artículo 195.3 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), si bien, el contrato que nos ocupa se encuentra sometido al régimen jurídico del TRLCAP, por aplicación de la Disposición Transitoria Primera de la LCSP, según la cual: “*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*”.

En el presente caso, el contrato se adjudicó el 8 de mayo de 2007, fecha anterior a la entrada en vigor de la Ley 30/2007, de 30 de octubre. En consecuencia, el precepto que fundamenta la petición del preceptivo dictamen al Consejo Consultivo autonómico es el artículo 59.3.a) de aquélla, citado supra.

SEGUNDA.- En materia de procedimiento, la resolución de contratos administrativos exige atenerse a lo previsto en los artículos 59 y 112 del 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 (TRLCAP).

De la meritada normativa resulta, aparte de la necesidad de emisión de dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, que debe ser recabado con anterioridad a la adopción del acuerdo de resolución del contrato, la ineludible necesidad de dar audiencia al contratista (*cfr.* artículos 59.1 del TRLCAP y 114.2 del TRRL) y al avalista si, como en este caso, se propone 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 a la empresa contratista notificado el 16 de febrero de 2009, y formulando ésta sus alegaciones el día 23 del mismo mes. Asimismo, se ha cumplimentado el referido trámite en relación a la entidad avalista, mediante escrito notificado el 16 de febrero de 2009, sin que conste en el expediente que se hayan emitido alegaciones por su parte.

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, no figuran incorporados el informe de la Secretaría General ni de la Intervención, lo que hace incurrir al procedimiento en un vicio de anulabilidad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 63.1 de la Ley 30/1992, susceptible de subsanación.

Además, se observa que, después del trámite de audiencia y la propuesta de resolución se ha incorporado al expediente un nuevo informe elaborado por la Dirección Facultativa de las obras sobre el estado de las mismas con fecha 14 de julio de 2009.

El trámite de audiencia es esencial en cualquier procedimiento, y como tal es destacado por la propia Constitución en el art. 105. c) que alude a la regulación legal del procedimiento “*garantizando cuando proceda la*

audiencia del interesado”. Si bien, lo esencial, no es tanto que el particular deba ser oído, cuanto que tenga la posibilidad de conocer todas las actuaciones administrativas para poder, después, alegar lo que estime pertinente en defensa de su derecho. Por ello, este trámite tiene lugar una vez instruido el procedimiento e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución (art. 11.1 del RRP). La Administración está obligada pues, a poner en conocimiento del interesado el expediente íntegro, salvo como se sabe, las comúnmente denominadas materias clasificadas del art. 37.5 de la Ley 30/1992.

Por tanto, habiéndose incorporado nuevos documentos al expediente con posterioridad al trámite de audiencia y a la propuesta de resolución aprobada por la Junta de Gobierno Local, debería haberse dado traslado de los mismos a la empresa contratista, para que efectuara sus alegaciones. La omisión de dicho trámite supone un vicio de anulabilidad del procedimiento. No obstante, en el presente caso y como seguidamente veremos, el expediente ha caducado y, en consecuencia, debe tramitarse uno nuevo. Por tanto, la omisión del trámite de audiencia observada no afectaría al nuevo procedimiento que se tramite.

Por último, y también relativo al procedimiento, es preciso tratar del plazo para la resolución del mismo.

Respecto al plazo en que la Administración tiene que resolver los expedientes de resolución de contratos, ya recogimos en nuestro Dictamen 270/09, de 20 de mayo que “*el Tribunal Supremo, en sentencias de 2 de octubre de 2007 (RJ 2007/7035) y de 13 de marzo de 2008 (RJ 2008/1379) 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 ex artículo 44.2 de la LRJ-PAC*”.

Aplicando las anteriores consideraciones al caso sometido a dictamen, la consecuencia que se desprende es la de que el presente expediente está caducado. Si se tiene en cuenta que el Acuerdo plenario por el que se acuerda iniciar la resolución del contrato por incumplimiento del plazo de ejecución del contrato data de 4 de febrero de 2009, debería haber concluido antes del 5 de mayo de 2009, y, sin embargo, no se remite a este Consejo Consultivo hasta el 7 de octubre, en el que el Alcalde firma el oportuno escrito de solicitud, que tiene entrada en la Consejería de Presidencia, Justicia e Interior el día 8 del mismo mes. Igual consideración merece la ampliación de la causa de resolución acordada el 29 de abril de 2009, que debió haber concluido antes del 28 de julio. Ello no obstante, la caducidad del presente expediente no impide la iniciación de uno nuevo caso de existir causa legal para ello.

TERCERA.- Llegados a este punto procede analizar el alegado incumplimiento contractual en que ha incurrido el contratista, y que determina 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.

En el presente caso, se inició el procedimiento de resolución en base al incumplimiento del plazo total de ejecución de la obra. Esta causa está expresamente recogida en el artículo 95.3 TRCAP. Así, después de señalar el artículo 95.1 de dicho texto legal que “*el contratista está obligado a cumplir el contrato dentro del plazo total fijado para la realización del mismo, así como de los plazos parciales señalados para su ejecución sucesiva*”, prevé en su párrafo tercero la posibilidad de resolución del contrato al declarar: “*Cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiere incurrido en demora respecto al cumplimiento del plazo*

total, la Administración podrá optar indistintamente por la resolución del contrato o por la imposición de las penalidades diarias en la proporción del 20 por cada 100.000 pesetas (0,12 por 601,01 euros) del precio del contrato”.

Consta en el contrato como plazo total de ejecución de la obra el de 8 meses desde el levantamiento del acta de replanteo, que lo fue el 4 de julio de 2007, concluyendo el plazo de ejecución el 4 de marzo de 2008. Según los informes emitidos por la Dirección Facultativa de la obra, los trabajos están prácticamente paralizados desde finales de octubre de 2008, y en la misma situación en la última visita girada el 14 de julio de 2009, debiéndose concluir que la obra no ha sido finalizada en plazo.

En primer lugar, hay que aludir a la importancia que tiene el plazo de ejecución en los contratos administrativos, que ha dado lugar a que el Tribunal Supremo los haya calificado como “*negocios jurídicos a plazo fijo*”, debido al interés público que revisten los plazos. Así, el Tribunal Supremo califica el plazo como trascendental, en su Sentencia de 26 de marzo de 1987 (RJ 1987\3944) al señalar: “*Para resolver con acierto este problema hay que empezar por conceder al plazo, en el presente supuesto, la importancia que tiene en él, necesaria para evitar dilaciones retardarias en la ejecución de la obra, que a su vez condicionan la puesta en marcha del servicio, que con la misma se trata de atender, pero sin llegar al extremo de considerar el plazo esencial para la validez del contrato, sino tan sólo como un término calculado con prudencia, bajo el presupuesto de un desarrollo normal de los trabajos, sin interferencias entorpecedoras.*

Que esto es así lo demuestra el que el propio Ordenamiento tenga previsto la concesión de prórrogas a los contratistas ante eventos imprevistos, sin que ello constituya una distorsión en la ejecución de la contrata, ni motivo para penalidades o resoluciones contractuales, ya que existen razones suficientes para que estas medidas sólo se adopten cuando

están plenamente justificadas puesto que la prudencia aconseja, salvo en casos extremos, no romper la atmósfera de concordia y colaboración que debe reinar en las relaciones contractuales administrativas, teniendo siempre presente la proporcionalidad entre el plazo pactado para la ejecución de la obra y el de la prórroga o prórrogas interesadas por los contratistas”.

También debe tenerse en cuenta, a la hora de adoptar una decisión, si la violación del plazo establecido atenta al principio de igualdad, como puede ocurrir en el supuesto en que la reducción del plazo de ejecución ofertada por el contratista haya determinado la adjudicación del contrato, por constituir el plazo uno de los criterios de adjudicación, como sucede en el presente caso, como resulta de la cláusula XXII del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato.

Se plantea, en primer lugar, si es posible la iniciación de un expediente de resolución de contrato por incumplimiento del plazo cuando se encuentra iniciado otro expediente para la imposición de penalidades. De la documentación remitida se observa que el día 17 de diciembre de 2008 se acordó por la Junta de Gobierno Local la iniciación de expediente para la imposición de penalidades por el incumplimiento del plazo, que, notificado a la empresa contratista, ésta efectuó alegaciones (no constan en el expediente remitido), sin que conste la finalización de dicho procedimiento. No puede suponerse, como hace el Ayuntamiento consultante, que, por optar posteriormente por la resolución del contrato, se entienda concluido o “quede sin efecto” el procedimiento de imposición de penalidades, que deberá concluir con una resolución motivada (ex. artículo 87 L.R.J.P.A.C.) Este procedimiento, al igual que el de resolución del contrato está sujeto a un plazo por lo que, transcurridos tres meses desde su inicio por la Administración sin haber sido resuelto, debería entenderse caducado, caducidad que se habría producido el 18 de marzo de 2009. Por tanto, en la fecha en que se acuerda el inicio del expediente de resolución del

contrato, 4 de febrero de 2009, no podía adoptarse tal medida por estar pendiente de resolución un procedimiento de imposición de penalidades por incumplimiento del plazo.

Del tenor literal del artículo 95.3 T.R.L.C.A.P., se desprende que no pueden simultanearse ambas vías, sino que la Administración contratante podrá optar, en el supuesto de incumplimiento del plazo, por la resolución del contrato o por la imposición de penalidades.

Dicho esto, es necesario examinar si el retraso en el cumplimiento del plazo es o no imputable al contratista, premisa fundamental para optar entre la imposición de penalidades o la resolución del contrato.

El contratista alega que el retraso no le es imputable, sino que ha sido debido a las modificaciones habidas en las obras, autorizadas por la Dirección Facultativa, habiendo solicitado tres ampliaciones de plazo. En concreto, declara que el día 8 de febrero de 2008 pidió una ampliación en 150 días, justificándose en el retraso en la estructura de madera de la obra (retraso en la fabricación de un material específico para la obra). La segunda ampliación la solicitó el 31 de julio de 2008, pidiendo un plazo de 3 meses más (el plazo de la obra expiraría el 31 de octubre de 2008), señalando como motivos que fundamentaban el retraso, una huelga de transportes sufrida a nivel nacional y el cambio de solado de todo el edificio. El último de los escritos, presentado el 17 de noviembre de 2008, solicitaba una tercera ampliación del plazo en otros tres meses, por lo que, si hubiese sido concedida, la obra debía finalizar el 31 de enero de 2009.

Argumenta el contratista que la Administración no resolvió esas solicitudes de ampliación de plazo que, además, fueron consentidas por la Dirección Facultativa de las obras, por lo que no hubo tal retraso.

Sobre la solicitud de prórroga de los contratos o ampliación del plazo, hay que tener en cuenta lo previsto en el artículo 96.2 T.R.L.C.A.P.,

desarrollado por los artículos 98, 100 y 109 a 113 del R.D. 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en adelante R.G.C.A.P.. El artículo 96.2 de la Ley prevé: *“Si el retraso fuese producido por motivos no imputables al contratista y éste ofreciera cumplir sus compromisos dándole prórroga del tiempo que se le había señalado, se concederá por la Administración un plazo que será, por lo menos, igual al tiempo perdido, a no ser que el contratista pidiese otro menor”*. La petición de prórroga por parte del contratista debe tener lugar en un plazo de quince días desde aquél en que se produzca la causa originaria del retraso, alegando las razones por las que estime que no le es imputable y señalando el tiempo probable de su duración, debiendo tener en cuenta que, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2002 (RJ 2002\4191) *“el contratista no puede eximirse de las consecuencias del retraso en el cumplimiento de los plazos por haber solicitado nueva prórroga porque la misma no suspende el curso del plazo ni releva al contratista del cumplimiento de sus obligaciones, reconociendo, en todo caso, que el artículo 45.1 de la Ley de Contratos del Estado fija el ámbito de la obligación del contratista de ejecutar la obra en los plazos señalados, mientras que el párrafo tercero del artículo 45 configura la prórroga como un derecho y obligación de la Administración cuando el retraso se produce por motivos no imputables al contratista, ofreciendo éste cumplir sus compromisos”*.

Esta concesión de prórrogas corresponde, según el Tribunal Supremo, a la actividad reglada y no discrecional de la Administración, de modo que si se solicita adecuadamente, puede y debe ser concedida, como se declara en la Sentencia 30 de diciembre de 1988 (RJ 1988\10103), *“la concesión de prórrogas en la ejecución de los contratos de obra es preceptiva cuando, como aquí ocurre, el retraso está producido por motivos no imputables al*

contratista y éste ofrece cumplir sus compromisos dándole la prórroga del tiempo que se le tenía asignado”.

La jurisprudencia admite la existencia de prórrogas tácitas cuando, pese a que la Administración no las ha acordado expresamente, existen razones para pensar que la misma ha sido concedida tácitamente (Sentencias de 20 de junio de 1994, RJ 1994\4993, 18 de febrero de 1992, RJ 1992\1702), con la consecuencia de que no podrá imputarse al contratista un incumplimiento tardío, por lo que la Administración no podrá imponer penalidades ni resolver el contrato.

En el presente caso se observa que el Ayuntamiento de Las Rozas no resolvió expresamente ninguna de las peticiones de prórroga formuladas, debiendo entenderse, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial expuesta, que se concedieron tácitamente tres prórrogas. Afirmación que se corrobora con lo declarado por el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 17 de diciembre de 2008, por el que se inició el expediente para la imposición de penalidades en el que se declara que “*desde el comienzo de la obra han transcurrido más de 16 meses, lo que significa el doble del plazo de ejecución fijado en el contrato y ofertado por el licitador, no existiendo razones para otorgar más prórrogas, dado que se ha contemplado en la concesión de las anteriores en la fabricación de la estructura de madera así como una huelga de transportes y el cambio de solado del edificio*”. En consecuencia, no resultan admisibles las afirmaciones del Ayuntamiento consultante negando que se hubiese acordado la prórroga del contrato que se realiza en la propuesta de resolución redactada por la unidad de contratación el 13 de marzo de 2009 o en el informe del Secretario General de 26 de febrero de 2009 que declara que, si bien la constructora solicitó una prórroga en el plazo de ejecución el 17 de noviembre de 2008, dicha prórroga no fue aprobada por la Junta de Gobierno Local.

En consecuencia, debe entenderse que el Ayuntamiento consultante sí concedió tácitamente las prórrogas solicitadas. No obstante, el plazo de ejecución del contrato expiraría, a tenor de la última solicitud formulada, el 31 de enero de 2009 y el procedimiento de resolución del contrato se inicia el día 4 de febrero de 2009, por tanto, en la fecha en que se inicia el procedimiento, ya ha expirado el plazo para la conclusión de las obras y, tal y como se desprende del informe elaborado por la Dirección Facultativa de las obras sobre el estado de ejecución, a 10 de marzo de 2009, del proyecto adjudicado, el porcentaje de obra ejecutada sobre el total adjudicado es del 63,04%.

En definitiva, en virtud de lo expuesto, este Consejo Consultivo estima que sí procedería la resolución del contrato amparada en las causas previstas en el artículo 111 e) del TRLCAP.

Alega también la mercantil contratista como causa del retraso de las obras las modificaciones operadas en el contrato. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que estas modificaciones ya han sido tenidas en cuenta al tiempo de concesión de las prórrogas, declarando la Dirección Facultativa de las obras en su informe de 10 de marzo de 2009 que *“las unidades de obra no ejecutadas están contenidas dentro del proyecto de ejecución aprobado y objeto de adjudicación. Las unidades más importantes que se encuentran en el proyecto adjudicado, como son los revestimientos de fachada y cubierta del cuerpo central no están ejecutadas”*.

Por último, y en lo relativo al retraso por la Administración en el pago de las certificaciones, es necesario señalar que no puede admitirse como justificación del retraso y paralización de las obras, el incumplimiento por el Ayuntamiento de su obligación de pago de las certificaciones emitidas, porque se trata de un contrato administrativo que no permite que la contratista pueda oponerse a la resolución por la falta de pago. En el caso de falta de pago de las certificaciones, la contratista podrá, si han

transcurrido más de cuatro meses desde la fecha de expedición de las certificaciones de obras, proceder a la suspensión del cumplimiento del contrato, debiendo comunicar a la Administración tal circunstancia (ex. artículo 99.5 T.R.L.C.A.P.), y si la demora fuese superior a ocho meses, el contratista tendrá derecho a resolver el contrato y al resarcimiento de los perjuicios que como consecuencia de ello se le originen (ex. artículo 99.6 T.R.L.C.A.P.). Consta en el expediente que la mercantil contratista solicitó por escrito de 22 de enero de 2009 el pago de las certificaciones emitidas los días 29 de agosto de 2008, 30 de septiembre de 2008 y 31 de octubre de 2008. De dicho escrito resulta que sólo procedería la posibilidad de suspensión del contrato por la falta de pago de la certificación de 29 de agosto de 2008, al haber transcurrido más de cuatro meses desde que se emitió la certificación, sin que en dicho escrito se instara la suspensión del contrato como prevé el artículo 99.5 T.R.L.C.A.P.

Por tanto, los incumplimientos de la Administración sólo dan lugar a la suspensión o resolución en los casos previstos en la legislación de contratos, debiendo el contratista instar tal suspensión o resolución, pero sin que éste pueda incumplir sus obligaciones so pretexto de omisión o retraso por el órgano de contratación de las suyas.

CUARTA.- En cuanto a la resolución del contrato por estar la mercantil contratista en situación de concurso de acreedores, declarada por Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid de 24 de marzo de 2009, es preciso señalar, como ha declarado el Consejo de Estado, entre otros, en sus dictámenes 1475/2002, de 18 de julio, 3437/1999, de 10 de febrero y 3747/1997, de 11 de septiembre, la improcedencia de pretender fundamentar la extinción de un contrato administrativo en dos causas de resolución. En tales supuestos, debe aplicarse siempre la primera causa de resolución que aparezca en el tiempo.

En relación con esta causa de resolución, el artículo 112.2 TRLCAP dispone que originará siempre la resolución del contrato la apertura de la fase de liquidación del concurso. En la fase previa, la Administración contratante estará facultada para acordar la resolución, siendo potestativo el ejercicio de tal derecho y pudiendo, por tanto, continuar el contrato si el contratista prestare las garantías suficientes para su ejecución a juicio de la Administración (artículo 112.7 T.RLC.AP.).

La empresa contratista considera que no procede la resolución del contrato por cuanto la declaración de concurso no se encuentra en fase de liquidación y que puede continuar cuando “*existan las garantías suficientes para su perfeccionamiento*”. No puede, sin embargo, este Consejo aceptar la tesis sostenida por la entidad contratista, porque no queda constatado en el expediente que la mercantil, tal y como expresa en sus alegaciones, tenga voluntad de continuar con las obras y de que disponga de los medios humanos y materiales precisos para ello. Según se refiere en el informe emitido, el 14 de julio de 2009, por la Dirección Facultativa, las obras están paralizadas desde finales de octubre de 2008 y “*el contrastado abandono de la obra está ocasionando un evidente deterioro en unidades que se habían dado por terminadas y que como tal se certificaron*”.

Además, de conformidad con el artículo 112.7 T.R.L.C.A.P., es una potestad de la Administración el continuar con el contrato y no resolverlo.

QUINTA.- 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, por lo que procede 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 mérito a todo lo anterior, el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid formula las siguientes

CONCLUSIONES

Primera.- El expediente de resolución del contrato ha caducado. No obstante, podrá iniciarse uno nuevo por el órgano competente para acordar la resolución del contrato. En el nuevo procedimiento deberán corregirse las irregularidades formales observadas en la Consideración Jurídica Segunda.

Segunda.- Procedería la resolución del contrato por demora en el cumplimiento del plazo imputable al contratista, por ser esta causa la primera que se produce en el tiempo

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 Consultivo, 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, 9 de diciembre de 2009