

Dictamen n^o: **70/10**
Consulta: **Alcalde de Casarrubuelos**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **17.03.10**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 17 de marzo de 2010, sobre consulta formulada por el Consejero de Presidencia, Justicia e Interior, al amparo del artículo 13.1 f), apartado cuarto de su Ley reguladora, 6/2007, de 21 de diciembre, sobre resolución del contrato de concesión de uso privativo normal de terrenos para destinarlos a Centro Residencial de Tercera Edad y Centro de Día, adjudicado a la empresa A.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 17 de febrero de 2010 tuvo entrada en el registro del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen preceptivo formulada por el Alcalde en funciones de Casarrubuelos, cursada por medio del Consejero de Presidencia, Justicia e Interior, acerca de la petición procedente del Ayuntamiento de Casarrubuelos, sobre expediente de resolución del contrato de concesión de uso privativo normal de terrenos para destinarlos a Centro Residencial de Tercera Edad y Centro de Día, suscrito con la mercantil referenciada.

Admitida a trámite dicha solicitud con esa misma fecha, se le procedió a dar entrada con el número 55/10. Ha correspondido su ponencia, por reparto de asuntos, a la Sección I, cuyo Presidente, el Excmo. Sr. D. Jesús Galera Sanz, firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y

aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 17 de marzo de 2010.

SEGUNDO: Los hechos deducidos del expediente administrativo son los siguientes:

1.-Con fecha 1 de abril de 2006 por acuerdo del Pleno, el Ayuntamiento de Casarrubuelos adjudicó a la empresa contratista la concesión de uso privativo de terrenos, parcelas nº aaa y bbb del SUP R-3 destinadas a Residencia de Tercera Edad y Centro de Día (página 32 del documento 1).

En el pliego de cláusulas administrativas correspondientes a dicho contrato se establece, respecto de la ejecución de las obras, que *“el concesionario deberá solicitar la licencia urbanística de obras en el plazo de dos meses desde la obtención del visado previo regulado en el Decreto 91/1990, de 26 de octubre, relativo al Régimen de Autorización de Servicios y Centros de Acción Social y Servicios sociales y normativa de desarrollo”* (cláusula 8 B.9), estableciéndose en el punto B.8 que será obligación del concesionario la obtención de todas las autorizaciones exigidas por la legislación de la Comunidad de Madrid. Por su parte se establece como obligación del Ayuntamiento el otorgamiento de la licencia urbanística de obras cumplidas las exigencias legales (cláusula C) (páginas 17 y 19 del documento 1).

Asimismo en el pliego se considera como causa de rescisión del contrato, por incumplimiento de una obligación esencial del mismo, que no se construya el Centro Residencial de la Tercera Edad y Centro de Día en el plazo de tres años desde la concesión de la licencia urbanística de obras (cláusulas 10 y 11 del pliego).

Adjudicado el contrato, se procedió a formalizarlo en escritura pública el 19 de mayo de 2006 (documento 1 del expediente administrativo).

2.- La empresa concesionaria solicitó la correspondiente licencia de obras mediante escrito presentado ante el Ayuntamiento el 20 de junio de 2006 (documento 3 del expediente administrativo), licencia que le fue concedida con fecha 17 de julio de 2006 (documento 4 del expediente administrativo).

3.-Mediante Decreto de 22 de octubre de 2009 del Alcalde del Ayuntamiento de Casarrubuelos, se acordó iniciar procedimiento de rescisión del contrato de concesión de uso privativo normal de terrenos para destinarlos a Centro Residencial de Tercera Edad y Centro de Día, suscrito con la empresa A, por incumplimiento de los plazos de construcción de la Residencia de Tercera Edad y Centro de Día (pág. 1/3 del documento 5 del expediente administrativo).

Se hace constar en dicho Decreto que, finalizado el plazo para la construcción de la Residencia de Tercera Edad y Centro de Día el 18 de julio de 2009, las obras no han sido realizadas, ni prácticamente iniciadas.

En la notificación del indicado Decreto a la empresa concesionaria, se le concede audiencia por el plazo de cinco días naturales para que pueda alegar lo que estime conveniente.

4.- Con fecha 30 de octubre de 2009, la concesionaria remite, mediante correo certificado, escrito de alegaciones manifestando que la licencia urbanística de obras concedida carece de validez en tanto no se conceda por la Comunidad de Madrid la autorización administrativa regulada en la Ley 11/2002 de 18 de diciembre de ordenación de la Actividad de los Centros y Servicios de Acción Social, y Mejora de la Calidad en la Prestación de los Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid. Consecuentemente considera interrumpido el cómputo del plazo de tres años previsto en el pliego, desde la concesión de la licencia para la finalización de las obras (documento 6 del expediente administrativo).

5.- Una vez emitidos los correspondientes informes por parte de la Secretaría del Ayuntamiento, y el técnico municipal de urbanismo, con fecha 3 y 4 de noviembre de 2009, respectivamente, que se incorporan al expediente como documentos 7 y 8, el Pleno del Ayuntamiento, en sesión de 5 de noviembre de 2009, adoptó el acuerdo de rescindir el contrato, e incautar la garantía (documento 9 del expediente administrativo).

6.- Contra dicho acuerdo la concesionaria interpone recurso de reposición con fecha 11 de diciembre de 2009, reproduciendo lo argumentado en su escrito de alegaciones, en cuanto a la validez de la licencia de obras concedida sin el visado previo que acredite la existencia de la autorización administrativa, a otorgar por la Comunidad de Madrid, (documento 10 del expediente administrativo). Dicho recurso fue desestimado mediante acuerdo del Pleno en sesión de 19 de diciembre de 2009 (documento 12 del expediente administrativo).

7.- En ejecución del acuerdo del Pleno de 5 de noviembre de 2009, confirmado por el de 19 de diciembre de 2009, se solicita por parte del Alcalde de Casarrubuelos, del Registro de la Propiedad de Fuenlabrada, la cancelación de la carga de la concesión administrativa otorgada a favor de la empresa concesionaria sobre las parcelas aaa-bbb, del SUP R-3 (documento 13 del expediente administrativo). Sin embargo, dicha solicitud fue objeto de calificación negativa por parte del Registrador de la Propiedad, por omisión en el expediente de resolución del contrato del dictamen del Consejo de Estado o del órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, exigido por el artículo 232 de la Ley de Contratos del Sector Público, dejando en consecuencia en suspenso la inscripción solicitada (documento 15 del expediente administrativo).

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES EN DERECHO

PRIMERA.- - El Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1. letra f) 4º de la Ley 6/2007 de 21 de diciembre, Reguladora del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid (LCC) y a solicitud del Alcalde en funciones de Casarrubuelos, cursada a través del Consejero de Presidencia, Justicia e Interior, en virtud del artículo 14.3 de la citada Ley y del artículo 32.3 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo.

En efecto, está legitimado para recabar dictamen del Consejo Consultivo el Ayuntamiento de Casarrubuelos, en virtud de lo dispuesto en el artículo 13.1.f) de la citada Ley autonómica 6/2007, 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.”*

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

SEGUNDA.- 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, LCAP– 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”.

Por su parte, el artículo 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre) –en adelante RGLCAP- impone también la preceptividad del dictamen del órgano consultivo correspondiente, al decir que: *“1. La resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, (...), y cumplimiento de los siguientes requisitos:*

Audiencia del contratista por plazo de diez días naturales, en el caso de propuesta de oficio.

Audiencia, en el mismo plazo anterior, del avalista o asegurador si se propone la incautación de la garantía.

Informe del Servicio Jurídico, salvo en los casos previstos en los artículos 41 y 96 de la Ley.

Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, cuando se formule oposición por parte del contratista”.

En parecidos términos a los del artículo 59.3 de la LCAP, se pronuncia hoy el artículo 195.3 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), si bien, el contrato que nos ocupa se encuentra sometido al régimen jurídico de la LCAP anterior, por aplicación de la Disposición Transitoria Primera.2 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”.*

La competencia para resolver los procedimientos sobre resolución contractual corresponde al órgano de contratación, en este caso el Pleno, de acuerdo con el artículo 22.n) de la LBRSL y 109 del Reglamento de Contratos aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RCAP).

En efecto, el contrato de cuya resolución se trata fue adjudicado mediante acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de fecha 1 de abril de 2006, antes, por tanto, de la entrada en vigor de la nueva LCSP, que tuvo lugar el 30 de abril de 2008. Ello supone que, encontrándonos en el ámbito de la extinción de dicho contrato –los contratos se extinguen o por cumplimiento, o por resolución–, habrá que atenerse a la normativa anterior, constituida, en nuestro caso, por la LCAP de 2000.

TERCERA.- En materia de procedimiento, la resolución de contratos administrativos exige atenerse a lo previsto en los artículos 59.1 del TRLCAP a cuyo tenor *“dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, (...) acordar su resolución y determinar los efectos de ésta. En el correspondiente expediente se dará audiencia al contratista”*. La audiencia al contratista está impuesta, con carácter general, por el artículo 84 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJ-PAC), y se prescribe en el artículo 109 del RGLCAP la necesidad también de dar audiencia al avalista, en los casos, como el presente, en los que se propone la incautación de la garantía constituida.

Por su parte el artículo 112 del TRLCAP dispone en su apartado primero que *“la resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, en su caso, mediante el procedimiento en la forma que reglamentariamente se determine”*.

Sin embargo, en el caso que nos ocupa, no se ha cumplimentado el referido trámite en relación a la entidad avalista, a pesar de que el acuerdo del Pleno de 5 de noviembre de 2009 se pronuncia sobre la incautación de las garantías.

La omisión de este trámite de audiencia vicia de nulidad radical al procedimiento de resolución del contrato, en virtud de lo dispuesto en el artículo 62.1.a) de la LRJ-PAC, en cuanto que se ha prescindido de un requisito esencial del procedimiento que puede generar indefensión a la entidad avalista, la cual se vería afectada en sus intereses legítimos en el caso de incautarse la garantía sin haber tenido la oportunidad de alegar lo que a su defensa convenga.

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, figura incorporado el informe de la Secretaría General en relación con la resolución por incumplimiento del plazo de construcción previsto en la cláusula décima del pliego, tal y como se ha hecho constar el relato fáctico del presente dictamen. Por el contrario, no existe ninguna constancia de que se haya emitido el informe de la Intervención, lo que hace incurrir al procedimiento en un vicio de anulabilidad en virtud de lo dispuesto en el artículo 63.1 de la LRJ-PAC, susceptible de subsanación.

CUARTA.- Sobre el plazo para la resolución de los expedientes de resolución de contratos, recogimos en nuestro dictamen nº 270/09, aprobado el pasado 20 de mayo de 2009, por la Comisión Permanente del Consejo Consultivo, y en el dictamen 339/09 aprobado el 10 de junio de 2009, la siguiente doctrina:

“Por lo que se refiere al plazo para resolver el expediente de resolución de contrato, ni el TRLCAP ni el RGCAP establecen nada al respecto.

Tanto el Consejo de Estado (dictámenes nº 1255/2006 y 692/2006) como la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (informe 16/2000, de 16 de abril) consideran que no ha lugar a aplicar supletoriamente la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), por ser un procedimiento especial en materia de contratación en donde no se ejercitan potestades administrativas ni de intervención como de forma expresa se recoge en el artículo 44.2 de la LRJ-PAC. Ello no obstante, 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.

Dispone la Sentencia de 13 de marzo de 2008, anteriormente citada, sobre la aplicación supletoria de la LRJ-PAC:

«Se cumplen con toda evidencia los requisitos que a primera vista, desde la sola literalidad de las normas, son necesarios para poder aplicar con carácter supletorio a los procedimientos de resolución de contratos las de la Ley 30/1992 referidas a la caducidad de los procedimientos. No es sólo que la Disposición adicional séptima de la Ley 13/1995, cuyo epígrafe era el de "Normas de procedimiento", ordenara que a los "procedimientos en materia de contratación administrativa" se les aplicara supletoriamente esa Ley 30/1992 (aplicación supletoria ordenada luego, reiterada, en la Disposición adicional séptima del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio ; y también en la Disposición final octava, número 1, de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público). Es, además, que la Ley

30/1992 regula los efectos de la inactividad en los procedimientos iniciados de oficio con vocación de generalidad, de aplicación en principio a todos ellos; y que con igual vocación dispone que la consecuencia ligada a esa inactividad en los procedimientos susceptibles de producir efectos desfavorables es la de que "se producirá la caducidad". Y es, en fin, que las normas que la Sala de instancia aplicó, las mismas que se consideran infringidas en el motivo de casación y las otras que en éste se citan al transcribir aquellos Dictámenes, nada disponían en ningún sentido al regular el procedimiento de resolución de los contratos administrativos sobre los efectos que hubieran de ligarse a la inactividad o falta de resolución expresa y notificación de la misma dentro del plazo máximo para hacerlo; bastando para percibirlo con la sola lectura de los artículos 60 y 113 de la Ley 13/1995, 26 del Real Decreto 390/1996 y 274 del Reglamento General de Contratación del Estado del año 1975 (éste seguramente citado por error); o la del último párrafo del artículo 157 de este último; o, después, la del artículo 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre».

En segundo lugar, no existe incompatibilidad de la caducidad con los principios de la contratación pública, ya que:

«Aquella idea deslizada en el motivo de casación y no desarrollada, referida a una hipotética incompatibilidad entre la caducidad del procedimiento prevista en la Ley 30/1992 y los principios generales que inspiran la materia de la contratación administrativa, no se percibe en lo que ahora nos importa, esto es, en lo que hace a los procedimientos de resolución de dichos contratos y menos aún, en los que la causa de resolución sea, como en el caso de autos, la de la imputación al contratista de un incumplimiento culpable. La previsión de la caducidad del procedimiento persigue evitar situaciones de incertidumbre jurídica que se prolonguen injustificadamente en el tiempo; prolongación nada deseada,

sino todo lo contrario, en el seno de una relación contractual cuando una de las partes pretende poner fin a ella, extinguiéndola anticipadamente; y menos deseada, aún, cuando el origen de esa pretensión es una causa, como aquella, que no aboca sin más a la resolución, sino que se traduce en una facultad de opción de la Administración entre forzar el cumplimiento estricto de lo pactado o acordar la resolución. En la misma línea, tampoco habla a favor de aquella incompatibilidad la norma según la cual "todos los trámites e informes preceptivos de los expedientes de resolución de los contratos se considerarán de urgencia y gozarán de preferencia para su despacho por el órgano correspondiente", que recogió el inciso final del último párrafo del artículo 157 del Reglamento de 1975 y luego el artículo 109.2 del Reglamento de 2001. A su vez, la mayor o menor complejidad de un tipo concreto de procedimientos no demanda de suyo la exclusión del instituto de la caducidad, sino la fijación en la norma oportuna (artículo 42.2 de la Ley 30/1992) del plazo máximo, adecuado a aquella complejidad, en que haya de notificarse la resolución expresa que ponga fin a ese tipo de procedimientos». Este último criterio viene avalado -a decir de esta STS- por la anterior sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2004 (RJ 2004, 7113), que desestimó similar argumento, razonando que «sin discutir el marco contractual en el que se adopta la resolución 1477/1994, lo cierto es que nos encontramos ante una actuación administrativa que debe expresarse a través de las formas legalmente previstas, esto es, las que prevé la Ley 30/1992. No cabe otra solución pues el sometimiento pleno de la Administración a la Ley y al Derecho exigida por la Constitución hace que, tanto en lo que se refiere al procedimiento como en lo relativo al contenido de sus decisiones, se sujete a las prescripciones legales: a las relativas a los contratos y a las relativas al propio procedimiento».

En suma, las sentencias del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 2007 y de 13 de marzo de 2008 (RJ 2008, 1379) son una derivación de la doctrina general sobre la supletoriedad de la LRJ-PAC en los procedimientos en materia de contratación fijada por la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2007. Una vez sentada esa aplicación supletoria, entran en juego, a falta de previsiones específicas, las normas comunes sobre plazos para resolver y efectos de la falta de resolución expresa en procedimientos de la LRJ-PAC”.

En virtud de la doctrina citada, el expediente de resolución estaría caducado, ya que el inicio del mismo tuvo lugar mediante Decreto del Alcalde de 22 de octubre de 2009, y ha sido remitido al Consejo Consultivo el 17 de febrero 2010, sin que conste la existencia de circunstancia alguna que permita tener por suspendida la tramitación del procedimiento, y sin que se haya notificado al contratista la solicitud de dictamen con suspensión del plazo, de acuerdo con el artículo 42.5.c) de la LRJ-PAC.

Sin embargo, ello no impide la posibilidad de iniciar un nuevo procedimiento de resolución, de apreciarse la concurrencia de causa para ello.

En mérito a lo expuesto este Consejo Consultivo formula las siguientes,

CONCLUSIONES

Primera: El procedimiento seguido adolece de un vicio de nulidad radical consistente en la falta de audiencia al avalista.

Segunda: El procedimiento seguido para la resolución del contrato adolece de un defecto subsanable consistente en la ausencia de Informe de la Intervención de la Corporación.

Tercera: El expediente para la resolución del contrato está caducado, en virtud de las razones expuestas en la consideración jurídica cuarta, sin que nada impida volver a iniciarse un nuevo expediente cumpliendo lo expuesto en las consideraciones jurídicas de este Dictamen.

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.

Madrid, 17 de marzo de 2010

