



ANTECEDENTES

PRIMERO.- El 15 de enero de 2008 el Pleno del Ayuntamiento de Torre Pacheco adjudicó a la mercantil --, S.A. (x), la concesión del dominio público constituido por una parcela municipal sita en el sector de suelo apto para urbanizar residencial número 2 de Dolores de Pacheco, término municipal de Torre Pacheco, a los fines de la construcción y puesta en funcionamiento de un Centro de Educación con las modalidades legalmente permitidas.

El contrato se formalizó, según se desprende de los informes que obran en el expediente, el día 4 de marzo de 2008, y, según la base 3 del Pliego de Condiciones Jurídicas, Económicas y Administrativas (en lo sucesivo, Pliego de Condiciones), *"la construcción y puesta en funcionamiento del Centro de Educación habrá de tener lugar dentro de los dos años siguientes a la formalización del documento de concesión. En el mismo plazo habrán de obtenerse la oportunas licencias de construcción y apertura de los centros y la autorización de la Administración competente, en los términos legales correspondientes, y la suscripción de concierto educativo con dicha Administración a los efectos de que tal concierto permita el sostenimiento con fondos públicos"*.

El acuerdo plenario antes citado recoge, entre otros, los siguientes compromisos, ofertados por la adjudicataria en su proposición:

- La duración de la concesión será de 45 años.
- El canon a abonar al Ayuntamiento será de 6.000 euros anuales.

SEGUNDO.- El 20 de febrero de 2008, la adjudicataria propone al Ayuntamiento una cesión del contrato a favor de la mercantil --, SL, sociedad constituida por x, como único socio, a cuyo efecto la primera *"manifiesta su compromiso de asumir todas las obligaciones derivadas de la concesión que se pretende ceder"*. La solicitud es atendida por la Corporación Local que, en sesión plenaria celebrada el día 27 de marzo de 2008, acordó aprobar el cambio de titularidad de la concesión a favor de la mercantil --, S.L.

Dicha cesión se formaliza en documento administrativo de fecha 30 de mayo de 2008 y figura incorporado al expediente (folios 1 a 27).

TERCERO.- Mediante escrito que tuvo entrada en el Registro General del Ayuntamiento de Torre Pacheco el 7 de septiembre de 2009, la contratista se dirige a la Corporación Local indicando la imposibilidad de construir el centro escolar para la fecha prevista en el contrato, es decir, el 4 de marzo de 2010, debido a que la Consejería de Educación, Ciencia e Investigación de la Región de Murcia, *"ha resuelto que sólo sería procedente conceder el régimen de conciertos a las enseñanzas de Educación Secundaria Obligatoria. De este modo se excluye la posibilidad de acceder a este régimen concertado la Educación Infantil de primer y segundo ciclo y la Educación Primaria"*. También hace constar la imposibilidad de construir el centro educativo, dado que no ha podido obtener la financiación necesaria para ello debido a la crisis económica que atraviesa el país.

La imposibilidad de construir el centro educativo, por la ausencia de financiación, unida a la falta de concierto de

los niveles educativos antes citados, constituyen, a juicio de la contratista, un supuesto de riesgo imprevisible que le impide cumplir en plazo el objeto del contrato. Solicita, pues, la resolución del contrato por imposibilidad de acometer la inversión por causas ajenas a la adjudicataria, o bien que se le conceda una prórroga de, al menos, dos años, a contar desde el vencimiento del plazo, de modo que el cumplimiento de las obligaciones de construcción y puesta en funcionamiento del centro educativo no sean exigibles hasta el 4 de marzo de 2012.

CUARTO.- Previo informe jurídico emitido por el Jefe de Sección de Asuntos Generales y Personal del Ayuntamiento, el Pleno de dicha Entidad adopta, el día 29 de abril de 2010, acuerdo por el que se decide iniciar procedimiento de resolución del contrato basándose para ello en el hecho de que *"si bien aún no se ha cumplido el plazo máximo para el cumplimiento de las condiciones impuestas al concesionario (marzo de 2010), sí que se ha manifestado expresamente por la interesada la imposibilidad de cumplir dichos plazos y, además, se han incumplido las condiciones del contrato al no abonarse los gastos en concepto del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, así como al habersele denegado el concierto por la Consejería correspondiente de la CARM"*. Se acuerda, asimismo, conceder trámite de audiencia al contratista y, en el supuesto de que se proponga la incautación de la fianza, conceder el mismo trámite a x., entidad avalista.

QUINTO.- Por el Interventor del Ayuntamiento se lleva a cabo una valoración de los daños y perjuicios ocasionados por la contratista al Ayuntamiento, cifrándolos en la cantidad de 7.500 euros, según el siguiente desglose:

- 4 Plenos x 1.000 euros..... 4.000 euros

- 1 Junta de Gobierno Local x 500 euros..... 500 euros

- Informes 3 x 1.000 euros..... 3.000 euros

SEXTO.- El acuerdo de iniciación del procedimiento resolutorio, así como la valoración de daños y perjuicios, son notificados a la empresa --, S.L., con fecha 9 de septiembre de 2010, y el siguiente día 15, x., en nombre y representación de --, S.L., presenta alegaciones en las que hace constar lo siguiente:

1. El contrato administrativo ya se encuentra resuelto de mutuo acuerdo por silencio administrativo. En efecto, afirma el contratista que el 7 de septiembre de 2009 presentó escrito solicitando la resolución del contrato y al haber transcurrido más de un año desde esa fecha sin haber recibido contestación, debe entenderse estimada la solicitud.

2. Existiendo un acto administrativo presunto, no se puede dictar una resolución expresa que contradiga dicho acto, por prohibirlo así expresamente el artículo 43.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en lo sucesivo, LPAC), al establecer que *"en los casos de estimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior a la producción del acto sólo podrá dictarse de ser confirmatorio del mismo"*.

3. Inexistencia de incumplimiento imputable a la empresa concesionaria, pues en la oferta presentada en su día y aceptada por el Ayuntamiento, se preveía que el colegio funcionara exclusivamente en régimen de concierto en todos los niveles ofertados.

"No obstante -manifiesta la empresa alegante- la Dirección General de Centros Docentes de la Consejería de Educación de Murcia ha resuelto que sólo sería procedente conceder el régimen de conciertos a las enseñanzas de Educación Secundaria Obligatoria. La Dirección ha desechado expresamente la posibilidad de que la Educación infantil de primer y segundo ciclo y la Educación Primaria accedan al régimen de concierto."

A la vista de la denegación del concierto educativo, todas las entidades de crédito han denegado la financiación para llevar a cabo la obra de construcción del colegio..."

Todo lo anterior, a juicio del contratista, determina la imposibilidad de ejecución del contrato por causas completamente ajenas a su voluntad, constituyendo un claro caso de riesgo imprevisible e inevitable, lo que conlleva:

a) Que la resolución haya de ser por mutuo acuerdo, sin que quepa, por lo tanto, la incautación de fianza ni la indemnización por daños causados a la Corporación Local.

b) Que, sin perjuicio de lo anterior, se considera que la valoración de daños que se ha llevado a cabo resulta desproporcionada e injustificada.

SÉPTIMO.- El 23 de septiembre de 2010 se emite informe jurídico por una Técnica de Administración General, conformado por el Jefe de Sección de Asuntos Generales y Personal, en el que manifiesta que procede continuar con el procedimiento de resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista, rechazando las alegaciones presentadas y la solicitud de resolución por mutuo acuerdo, indicando, en síntesis, lo siguiente:

1. En cuanto a la posibilidad de que el contrato se hubiera resuelto de mutuo acuerdo por silencio administrativo positivo, se estima que dicho acto presunto sería, de haberse producido, nulo en función de lo establecido en el artículo 62.1,f) LPAC.

2. Respecto del incumplimiento del contrato por parte de la mercantil --, S.A. (sic), no sólo se ha incumplido por no haber obtenido la financiación necesaria para su ejecución, sino que, además, no se han abonado por la adjudicataria los gastos originados por el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, lo que constituye una obligación para ella por así establecerlo el Pliego de Condiciones.

3. Basándose en el informe de la Intervención Municipal de Fondos, cifra los gastos originados al Ayuntamiento por el incumplimiento contractual en la cantidad de 7.500, euros, a la que cabe adicionar la de 8.302,10 euros de gastos originados por el impuesto antes mencionado. Por lo tanto, concluye, de la fianza prestada habría que retener la cantidad total de 15.820, 10 euros.

Finaliza señalando que, al proponerse la incautación de la fianza y haberse opuesto el contratista a la resolución pretendida por la Administración, resulta preceptivo conceder trámite de audiencia a la entidad avalista y solicitar Dictamen del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

OCTAVO.- Figura en el expediente escrito dirigido a x., notificado el 30 de septiembre de 2010, por el que se le comunica el inicio del expediente de resolución de contrato en el que se propone incautar la fianza por el importe antes indicado. La avalista no hace uso de su derecho al no comparecer ni formular alegación alguna.

NOVENO.- Mediante oficio registrado de salida en el Ayuntamiento de Torre Pacheco el 2 de noviembre de 2010, el Teniente de Alcalde-Delegado del Área de Presidencia y Función Pública, solicita de este Consejo Jurídico la emisión de su preceptivo Dictamen, acompañando el expediente tramitado e índice de los documentos que lo conforman. Dicha solicitud es registrada en este órgano consultivo el siguiente día 4 de noviembre.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

En presencia de un procedimiento por el que se pretende resolver una concesión administrativa otorgada mediante contrato, al que se opone la contratista, la consulta está comprendida en el artículo 12.7 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 59.3 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP), por lo que el Dictamen se emite con carácter preceptivo.

SEGUNDA.- Cuestiones formales.

Examinada la documentación remitida a este Consejo Jurídico, se advierten las siguientes anomalías

procedimentales que deberán subsanarse:

1.^a A tenor de lo establecido en el artículo 2.3 *in fine* del Reglamento de Organización y Funcionamiento de este Consejo Jurídico, aprobado por Decreto 15/1998, de 2 de abril (RCJ), en relación con el artículo 11 LCJ, las consultas formuladas por los Ayuntamientos a este Órgano Consultivo se llevarán a cabo a través de su Alcalde. Si dicha competencia estuviese delegada debe hacerse constar así, indicando la norma o resolución mediante la que se haya llevado a cabo.

2.^a El expediente no incorpora un extracto de secretaría, deficiencia que deberá ser subsanada, de conformidad con lo establecido en el artículo 46.2,b) del citado RCJ.

3.^a Las actuaciones realizadas han de culminar con la formal propuesta de resolución que contenga la voluntad del órgano instructor respecto de la resolución del procedimiento, que debe ser el objeto del Dictamen interesado, lo que se subsana mediante la formulación de dicha propuesta, que ha de incluir la debida separación entre hechos y fundamentos jurídicos aplicables y la parte dispositiva de la misma (art. 46.2,b)1.º RCJ).

TERCERA.- Normativa aplicable. Caducidad del procedimiento.

I. Vista la fecha de adjudicación del contrato cuya resolución se pretende, la normativa de aplicación viene constituida por el reseñado TRLCAP y su reglamento, en aplicación de lo previsto en la Disposición transitoria primera de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que establece que *"los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior"*.

II. A la vista del tiempo transcurrido desde la iniciación del presente procedimiento, aún sin resolución expresa, este Consejo Jurídico ha de entrar a considerar los efectos de la aplicación supletoria de la LPAC, por las consecuencias que ello acarrearía si estuviera incurso en caducidad.

La legislación contractual aplicable a la resolución del presente contrato no establece plazos específicos de duración de esta clase de procedimientos, ni previsiones relativas al silencio administrativo, si bien contempla la aplicación supletoria de la LPAC. Así, la Disposición adicional séptima del TRLCAP establece que *"los procedimientos en materia de contratación administrativa se regirán por los preceptos contenidos en esta Ley y en sus normas de desarrollo, siendo de aplicación supletoria los de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común"*.

En este punto, y respecto a los procedimientos iniciados de oficio en los que la Administración ejercite facultades de intervención susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, debe señalarse que, de la interpretación conjunta de los artículos 44.2 y 42.3 LPAC, resulta que el vencimiento del plazo establecido (tres meses desde la fecha del acuerdo de iniciación) producirá la caducidad, con los efectos previstos en el artículo 92 LPAC.

La aplicación supletoria de los indicados preceptos de la LPAC a los procedimientos de resolución contractual no ha estado exenta de controversia hasta fechas recientes, en las que la doctrina jurisprudencial se ha decantado por su aplicación, como más adelante se expondrá.

Por el contrario, el Consejo de Estado (por todos, Dictamen 78/2003) ha mantenido, con carácter general, la inaplicación del instituto de la caducidad establecido en el artículo 44.2 LPAC a los procedimientos de resolución contractual, por las razones indicadas en nuestro Dictamen 96/2009, al que nos remitimos.

Muy tempranamente, este Consejo Jurídico (por todos, Dictamen 57/2000) sostuvo una posición integradora entre la normativa contractual y la procedimental, que se concreta, en términos generales, en que son aplicables a la legislación de contratos las prescripciones de la LPAC sobre caducidad de los procedimientos en el supuesto de que se esté ante una resolución contractual por causa imputable al contratista, pues el procedimiento incoado por la Administración es de los llamados de intervención y susceptible de producir efectos desfavorables a los

interesados, es decir, es uno de los previstos en el artículo 44.2 LPAC, dado que, de prosperar la pretensión administrativa, acarreará la pérdida de la fianza prestada, la indemnización de los daños y perjuicios causados a la Administración y concurrirá el presupuesto legal para, en su caso, declarar la prohibición del contratista de contratar con aquélla.

Sin embargo, también el Consejo Jurídico, conociendo las peculiaridades inherentes a la contratación administrativa y la especial presencia del interés público que en cada caso la justifica, consideró que esta circunstancia podría excluir en algunos supuestos la declaración de caducidad, con base en el artículo 92.4 LPAC, que impide declararla cuando la cuestión suscitada afecte al interés general. Si bien ha señalado asimismo que esta excepción debe aplicarse con cautela, sólo a los casos en que el contrato afecte al mantenimiento de un servicio público esencial, pues de entenderse de un modo general, a estos precisos efectos de caducidad, que el interés público concurre en toda contratación administrativa, no sería nunca operativa la aplicación de este instituto, siendo como es una garantía que se ofrece al afectado para evitar una excesiva pendencia del procedimiento. Así se consideró esta excepción en nuestro Dictamen 103/2003.

En fechas recientes, la doctrina del Tribunal Supremo sostiene la plena aplicabilidad del instituto de la caducidad en los procedimientos de resolución contractual iniciados de oficio (SSTS, Sala 3ª, de 2 de octubre de 2007, y 13 de marzo de 2008).

Así, en la primera de las sentencias citadas se señala (F.D. Cuarto):

"...al haberse iniciado de oficio por el órgano de contratación competente para ello el procedimiento de resolución de contrato, y atendiendo a la obligación de resolver y notificar su resolución que a las Administraciones Públicas impone el artículo 42 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común, la Administración hubo de resolver el procedimiento dentro de plazo, que al no estar establecido en su norma reguladora, la Ley lo fija en tres meses en el artículo citado. Lo expuesto ha de completarse con lo que mantiene el artículo 44 de la Ley 30/1992, en la redacción que le dio la Ley 4/1999, en vigor cuando se inició el procedimiento, que en su apartado 1 mantiene que "en los procedimientos iniciados de oficio, el vencimiento del plazo máximo establecido sin que se haya dictado y notificado resolución expresa no exime a la Administración del cumplimiento de la obligación legal de resolver, produciendo los siguientes efectos y que en su número 2 dispone como efecto del vencimiento del plazo que "en los procedimientos en que la Administración ejercite potestades (...) de intervención susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, se producirá la caducidad. En estos casos, la resolución que declare la caducidad ordenará el archivo del expediente, con los efectos previstos en el artículo 92".

Como consecuencia de lo expuesto, cuando la Administración dictó la resolución por la que resolvía definitivamente el contrato y procedía a la incautación de la garantía había transcurrido en exceso el plazo de tres meses de que disponía para hacerlo, de modo que en ese momento no podía acordar la resolución del contrato ni la incautación de la garantía (...)".

En la segunda sentencia citada (F.D. Tercero, B), se responde a las posturas que sostienen la incompatibilidad entre la caducidad del procedimiento prevista en la LPAC y los principios generales que inspiran la contratación administrativa, señalando el Alto Tribunal que dicha incompatibilidad *"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 a la contratista de un incumplimiento culpable. La previsión de la caducidad de un 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 aquélla, 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 (...)"*.

La anterior doctrina sobre la aplicación de la caducidad a este tipo de procedimientos ha sido ya incorporada en

diversos pronunciamientos de Tribunales Superiores de Justicia, entre ellos el de nuestra Región (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 11 de marzo de 2008). También las sentencias de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 7 de noviembre de 2007 y 7 de octubre de 2008.

Dicha doctrina jurisprudencial ha sido seguida por este Consejo Jurídico en los Dictámenes 90, 96 y 181 de 2009, entre otros.

Aplicado todo ello al caso que nos ocupa, y sin que en el mismo se adviertan razones de excepcional interés público que, en hipótesis, pudieran justificar la inaplicación del instituto de la caducidad, resulta que el procedimiento de referencia se inició el 29 de abril de 2010, por lo que en el momento de su remisión al Consejo Jurídico el pasado 2 de noviembre, ya había transcurrido el plazo de tres meses establecido al efecto, procediendo, en consecuencia, declarar su caducidad, sin perjuicio de incoar uno nuevo con el mismo objeto, al no haber prescrito la correspondiente potestad de la Administración.

CUARTA.- Actuaciones posteriores.

Declarada la caducidad del procedimiento por el órgano contratante, conforme a la doctrina jurisprudencial expuesta, y notificada a los interesados, puede incoarse por el órgano de contratación un nuevo procedimiento de resolución contractual, al que se deberían incorporar en tal caso las actuaciones seguidas en el caducado, por evidentes razones de economía procesal, aunque no puede eludirse en ningún caso una nueva audiencia a la contratista y avalista, ni el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico sobre la cuestión de fondo planteada, en cuya solicitud deben atenderse las observaciones contenidas en la Consideración Segunda del presente Dictamen.

En relación con el trámite de audiencia a la mercantil contratista deberá indicarse que las alegaciones han de ser formuladas por la empresa cesionaria, --, S.L., y no por la empresa adjudicataria, --, S.L., al haber asumida la primera la total responsabilidad de la ejecución del contrato frente a la Administración, en virtud del contrato suscrito el 30 de mayo de 2008, tras haber aceptado la Corporación Local la cesión propuesta por el adjudicatario.

Cabe advertir, por último, que también puede adoptarse en el nuevo procedimiento, dentro del plazo, la suspensión por el tiempo que medie entre la nueva petición de Dictamen sobre el fondo del asunto al Consejo Jurídico, y la recepción del mismo, en los términos previstos en el artículo 42.5, c) LPAC, decisión que debe comunicarse a los interesados.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Procede declarar la caducidad del procedimiento de referencia y la posterior incoación y tramitación de uno nuevo con el mismo objeto, por las razones expresadas en la Consideración Tercera del presente Dictamen.

SEGUNDA.- En consecuencia, la propuesta de resolución objeto de Dictamen se informa desfavorablemente.

No obstante, V.S. resolverá.