

Acuerdo n^o: **4/11**
Consulta: **Consejero de Economía y Hacienda**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **07.09.11**

ACUERDO de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 7 de septiembre de 2011, sobre consulta formulada por el Consejero de Economía y Hacienda, al amparo del artículo 13.1 f), apartado cuarto, de su Ley reguladora, 6/2007, de 21 de diciembre, sobre resolución del contrato de obras del “*Centro de Salud El Rosón-Las Margaritas, en Getafe*”, suscrito por ARPROMA, Arrendamientos y Promociones de la Comunidad de Madrid, S.A., con la empresa A (en adelante la contratista).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 30 de agosto de 2011 el Consejero de Economía y Hacienda, acuerda remitir al presente Consejo Consultivo el expediente para la emisión de dictamen al amparo del artículo 13.1 f) de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, reguladora del Consejo Consultivo, habiendo tenido entrada en este Consejo Consultivo el 31 de agosto de 2011, por trámite de urgencia.

El estudio de la ponencia ha correspondido, por reparto de asuntos, a la Sección VII, presidida por la Excm. Sra. Dña. M.^a José Campos Bucé que firmó la oportuna propuesta de acuerdo, siendo deliberado y aprobado por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 7 de septiembre de 2011.

SEGUNDO.- Con fecha 20 de mayo de 2010, el Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid encomendó a la empresa pública ARPROMA, Arrendamiento y Promociones de la Comunidad de Madrid, S.A., la ejecución de las obras de construcción del Centro de Salud El Rosón-Las Margaritas, en Getafe, y el 1 de julio del mismo año acordó aprobar el Plan Económico-Financiero de Inversiones relacionado con dicho encargo.

Con fecha de 23 de septiembre de 2010, se inició el expediente de contratación de las obras, publicándose en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid de 6 de octubre de 2010, el anuncio de licitación para el contrato de ejecución de las obras del Centro de Salud El Rosón-Las Margaritas, en Getafe, por procedimiento abierto con pluralidad de criterios.

Con fecha 19 de noviembre de 2010, el contrato se adjudicó a la empresa A por un importe de 1.767.749,99 euros, y por un plazo de ejecución de siete meses y medio.

El 9 de diciembre de 2010 se formalizó el citado contrato, y a continuación, el 17 de enero de 2011 se firmó el acta de comprobación de replanteo de las obras, comenzando el plazo de ejecución el día 18 de enero, teniendo como fecha prevista de finalización el 1 de septiembre de 2011.

La licencia de obra, concedida el 9 de febrero de 2011 por el Ayuntamiento de Getafe, queda sometida a las siguientes condiciones:

- El edificio se situará de acuerdo con el Informe de Alineación Oficial de 7 de febrero de 2011 del expediente que se tramita con el n° aaa, Además las rasantes de la parcela y de los accesos al edificio deberán realizarse de acuerdo con las rasantes de las calles existentes (Paseo de la Estación y Calle Magallanes).

- La escalera será protegida desde su inicio (planta primera) hasta su desembarco (planta semisótano) y su recinto en todas las plantas estará

compartimentado del resto del edificio mediante elementos separadores EI 120 y las puertas serán EI₂60-C5.

- El pasillo protegido de planta semisótano debe estar compartimentado del resto del edificio mediante elementos separadores EI 120 y las puertas serán EI₂60-C5. La ventilación del pasillo protegido se proyecta mediante el sistema de sobreimpresión, y por ello deberá garantizarse el suministro eléctrico en caso de pérdida del fluido eléctrico.

- La sala de usos múltiples deberá situarse de tal forma que se cumplan las distancias máximas de evacuación, según lo establecido en la normativa sectorial de aplicación.

- Los aseos adaptados para minusválidos deben disponer de un espacio libre a ambos lados del inodoro de 80 cm de ancho y las barreras de apoyo serán adecuadas.

- Los niveles de ruidos transmitidos por la actividad al medio ambiente exterior o a viviendas próximas, no excederán de los límites establecidos en la Ordenanza General para la protección del medio ambiente de Getafe (Protección de la atmósfera frente a la contaminación por formas de energía) que se indican:

Al medio ambiente exterior:

De 8 a 22 horas..... 55 dBA

De 22 a 8h..... 45 dBA

A viviendas colindantes:

De 8 a 22 horas.....35 dBA

De 22 a 8 horas..... 30 dBA

Con fecha 6 de julio de 2011 se emitió informe técnico en el que se indica que las exigencias impuestas por el Ayuntamiento de Getafe al conceder la licencia “*conllevan únicamente:*

- *El recálculo de las zapatas aisladas definidas en proyecto, por zapatas excéntricas, correspondientes al muro de la acera perimetral con la calle Magallanes.*
- *La elevación de cota del edificio para su adaptación a las rasantes de las calles.*

Estas dos consecuencias no suponen una modificación de la tipología del edificio ni del sistema constructivo, ya que el edificio continúa siendo igual al proyectado, y la cimentación sigue siendo una cimentación superficial mediante zapatas aisladas y excéntricas, sino que, únicamente determina un aumento de medición debido al cambio de cota del edificio.

Por otra parte, hay que indicar que según establece la Cláusula 25 del Pliego de Condiciones Administrativas que rigen el contrato de ejecución de las obras de referencia, una de las obligaciones del contratista es la presentación del programa de trabajo, dentro de un plazo de treinta días contados desde la fecha de formalización del contrato”.

Añade que, a fecha de elaboración del informe la contratista “no ha presentado el programa de trabajo adaptado al importe de adjudicación del contrato y de acuerdo al formato y exigencias técnicas correspondientes, por lo que se viene aplicando el programa de trabajo que se aportó en la documentación técnica presentada en el proceso de licitación.

Por otro lado, conviene destacar que desde la firma del acta de comprobación de replanteo han transcurrido cinco meses y quince días, sin que las obras lleven el ritmo establecido en el programa de trabajo, ya que conforme a la última certificación expedida correspondiente al mes de mayo, sólo se ha certificado una parte del capítulo de movimiento de

tierras, y de hormigón de limpieza correspondiente al capítulo de cimentación y contenciones, lo cual sólo supone un porcentaje del 2,87 del importe de adjudicación del contrato.

En este sentido y teniendo en cuenta el programa de trabajo aportado en la documentación técnica por A, a finales del mes de mayo debería de haberse certificado un 76% aproximadamente, y sin embargo, solo se ha realizado el 2,87%, existiendo un desfase en ejecución de un 73,13 %, pese a los continuos y reiterados requerimientos por parte de los Colaboradores Técnicos de ARPROMA”, por lo que recomienda a la Gerencia de la empresa pública contratante que proceda a la resolución del contrato.

A la vista del anterior informe, el 7 de julio de 2011, mediante Acuerdo del Gerente de ARPROMA, S.A., se inició el expediente de resolución del referido contrato de obras por la demora de la contratista en el cumplimiento de los plazos parciales que hacen presumir razonablemente la imposibilidad del plazo final del contrato, al amparo de lo dispuesto en el párrafo quinto de la cláusula 29 “*Cumplimiento del plazo, y penalidades por demora y ejecución defectuosa*”, del Pliego de Condiciones Administrativas que rigen el contrato, advirtiéndole de la pérdida de la garantía definitiva y de la indemnización de daños y perjuicios ocasionados que pudiera corresponder.

En dicho Acuerdo, se concedió audiencia al contratista y al avalista, presentando el primero de ellos escrito de alegaciones, el 21 de julio de 2011, en el que se opone a la resolución del contrato con los siguientes argumentos:

- 1) Falta de motivación del expediente de resolución.
- 2) La causa de resolución alegada no es imputable a la mercantil contratista, pues la demora en la ejecución viene impuesta por las

condiciones establecidas en la licencia concedida por el Ayuntamiento de Getafe, que precisan de la modificación del proyecto inicial, pues para cumplir con lo establecido en la licencia se ha de reubicar el edificio dentro de la parcela, modificar la entrada de vehículos y el muro de la fachada sur, todo lo cual obliga a cambiar sustancialmente la tipología de las cimentaciones de la obra y su forma de ejecución. Con motivo de estas incidencias la contratista solicitó con fecha 18 de febrero de 2011 la paralización temporal de las obras, sin que por parte de la empresa contratista se contestara a dicha solicitud.

3) Que se han introducido otras modificaciones (pasarela de acceso al edificio, diseño interior del mismo) que introducen cambios en las mediciones del proyecto inicial. Asimismo, dado la alta demanda energética que va a precisar el edificio, la compañía eléctrica suministrará la energía en media tensión, por lo que se precisa la construcción de un centro de transformación que no estaba previsto en el proyecto inicial.

4) Todas estas alteraciones hacen necesaria, a juicio de la contratista, la aprobación de nuevas unidades de obra que conllevan un incremento presupuestario superior al 20 por ciento del precio primitivo del contrato.

5) En cuanto al incumplimiento de la entrega de una planificación de obra se alega que se entregó una reflejando las nuevas circunstancias y la empresa contratante las rechazó.

6) Que la sociedad contratante ha incumplido sus obligaciones básicas, entre las que se encuentra el realizar el replanteo del proyecto antes de la tramitación del expediente de contratación, y realizar la modificación del contrato dado las variaciones sustanciales del mismo, por lo que no puede pretender resolver la parte que ha incumplido con sus obligaciones.

7) No procede incautación de la garantía por no existir culpabilidad alguna por parte de la contratista en relación a las causas de resolución invocadas.

Adjunta al escrito de alegaciones la licencia municipal de obras, escrito de solicitud de paralización temporal de las obras, planos que reflejan la modificación de la ubicación del edificio, del acceso peatonal y del interior del edificio, actas de visita de obra de 22 de marzo, 7 y 28 de abril de 2011, diversos correos electrónicos, documento sobre la necesidad e un centro de transformación y estadillo con los nuevos precios.

El escrito solicitando el dictamen fue acompañado de la documentación que, numerada y foliada, se consideró suficiente, y de la que se ha dado cuenta en lo esencial en los antecedentes de hecho.

A la vista de los hechos anteriores cabe hacer las siguientes

CONSIDERACIONES EN DERECHO

ÚNICA.- La solicitud de dictamen se cursa al amparo de lo establecido en el 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*”, en el entendimiento de que en el expediente

remitido se ha formulado oposición por parte del contratista a la resolución del contrato por la empresa pública contratante.

Con carácter previo ha de señalarse que ARPROMA, Arrendamiento y Promociones de la Comunidad de Madrid, es una sociedad mercantil (en concreto una sociedad anónima) participada íntegramente por la Comunidad de Madrid. Sentado esto debe señalarse cuál es la naturaleza de los contratos que celebra y, en consecuencia, el régimen jurídico aplicable a los mismos.

La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en lo sucesivo LCSP) diferencia entre contratos administrativos y contratos privados, lo que determina la aplicación de distinto régimen jurídico en función del carácter del contrato.

De acuerdo con el artículo 20.1, de la meritada ley: *“Tendrán la consideración de contratos privados los celebrados por los entes, organismos y entidades del sector público que no reúnan la condición de Administraciones Públicas.*

Igualmente, son contratos privados los celebrados por una Administración Pública que tengan por objeto servicios comprendidos en la categoría 6 del Anexo II, la creación e interpretación artística y literaria o espectáculos comprendidos en la categoría 26 del mismo Anexo, y la suscripción a revistas, publicaciones periódicas y bases de datos, así como cualesquiera otros contratos distintos de los contemplados en el apartado 1 del artículo anterior”.

Este precepto debe ser puesto en conexión con el artículo 3, que regula el ámbito subjetivo de la Ley de Contratos del Sector Público. A tenor de su apartado primero, tiene la consideración de sector público a los efectos de esta Ley:

a) La Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las Entidades que integran la Administración Local.

b) Las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social.

c) Los organismos autónomos, las entidades públicas empresariales, las Universidades Públicas, las Agencias Estatales y cualesquiera entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas a un sujeto que pertenezca al sector público o dependientes del mismo, incluyendo aquellas que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad.

d) Las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de entidades de las mencionadas en las letras a) a f) del presente apartado sea superior al 50 por 100.

e) Los consorcios dotados de personalidad jurídica propia a los que se refieren el artículo 6.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y la legislación de régimen local.

f) Las fundaciones que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias entidades integradas en el sector público, o cuyo patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 por 100 por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades.

g) Las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social.

h) Cualesquiera entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia, que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos pertenecientes al sector público financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.

i) Las asociaciones constituidas por los entes, organismos y entidades mencionados en las letras anteriores.”

De acuerdo con la letra d) del precepto transcrito, ARPROMA forma parte del sector público, ahora bien, no tiene la condición de Administración Pública, pues tal condición sólo la reúnen las entidades, organismos e instituciones que se indican en el apartado segundo del artículo 3 y que son las siguientes:

“a) Los mencionados en las letras a) y b) del apartado anterior.

b) Los Organismos Autónomos.

c) Las Universidades Públicas.

d) Las entidades de derecho público que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad, y

e) las entidades de derecho público vinculadas a una o varias Administraciones Públicas o dependientes de las mismas que cumplan alguna de las características siguientes:

1ª Que su actividad principal no consista en la producción en régimen de mercado de bienes y servicios destinados al consumo individual o

colectivo, o que efectúen operaciones de redistribución de la renta y de la riqueza nacional, en todo caso sin ánimo de lucro, o

2ª que no se financien mayoritariamente con ingresos, cualquiera que sea su naturaleza, obtenidos como contrapartida a la entrega de bienes o a la prestación de servicios.

No obstante, no tendrán la consideración de Administraciones Públicas las entidades públicas empresariales estatales y los organismos asimilados dependientes de las Comunidades Autónomas y Entidades locales.”

Así pues, de la aplicación combinada del artículo 20.1 y 3 de la LCSP, resulta que el contrato celebrado por ARPROMA con la empresa contratista es un contrato privado.

Por su parte, el Pliego de Condiciones Administrativas califica el contrato en su cláusula primera como contrato privado al señalar que *“El contrato al que se refiere el presente pliego tiene la consideración de contrato privado, de acuerdo con lo previsto en el artículo 20.1 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público”*, calificación que se reitera en la cláusula 49, relativa a los tribunales competentes. Asimismo, el contrato suscrito el 9 de diciembre de 2010 entre ARPROMA y la empresa contratista insiste en el carácter privado del contrato.

Sentado el carácter privado del contrato, debe señalarse cuál es su régimen jurídico. Al respecto establece el artículo 20.2 de la LCSP que *“Los contratos privados se regirán, en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas, por la presente ley y sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo o, en su caso, las normas de derecho privado, según corresponda por razón del sujeto o entidad contratante. En cuanto a sus efectos y extinción, estos contratos se regirán por el derecho privado.*

No obstante, serán de aplicación a estos contratos las normas contenidas en el Título V del Libro I, sobre modificación de los contratos”.

Este precepto viene a recoger, como ya lo hicieron las anteriores leyes de contratación administrativa, la doctrina de los actos separables, en virtud de la cual a los contratos privados de la Administración (según la legislación actual, del sector público) se les aplica un distinto régimen jurídico en función de las distintas fases por las que el contrato pasa.

Dado que el objeto de controversia en el contrato remitido a este Consejo versa sobre la demora en el cumplimiento por parte de la contratista de los plazos parciales que hacen razonablemente pensar en un incumplimiento del plazo total de ejecución de la obra, claramente estamos ante una vicisitud del contrato que no se refiere a la preparación ni adjudicación del mismo, sino que nos encontramos en la fase de su cumplimiento y ejecución, de lo que resulta que no es de aplicación la legislación administrativa de contratación, sino la legislación civil.

En consecuencia, no es aplicable a la resolución del contrato las exigencias procedimentales previstas en legislación administrativa, entre las que se encuentra la preceptividad del dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo autonómico cuando se formule oposición por parte del contratista (artículo 195.3.a) y 207.1 de la LCSP conjuntamente con 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). Tales preceptos regulan el procedimiento de resolución de contratos administrativos y, por ende, como ya hemos señalado, no son aplicables a los contratos privados.

Asimismo, debe señalarse que la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, reguladora del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, establece en su artículo 13.1.f)^{4º} entre sus competencias la consulta preceptiva de los expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid, las entidades locales y

las universidades públicas sobre *“la aprobación de pliegos de cláusulas administrativas generales, interpretación, nulidad y resolución de contratos administrativos y modificaciones de los mismos en los supuestos establecidos por la legislación de Contratos de las Administraciones Públicas”*. En la medida en que el precepto remite a la legislación de contratación administrativa y, como hemos señalado, ésta no es aplicable, como ya se ha indicado, al contrato privado que nos ocupa, no es preceptivo el dictamen de este Consejo.

Por otra parte, tampoco pudiera entenderse que se trata de una consulta facultativa, por cuanto que a tenor de lo establecido en el artículo 13.3 de la Ley 6/2007, este tipo de consulta –las facultativas– sólo puede efectuarse por el Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid o su Presidenta, en relación a asuntos que así lo requieran por su especial trascendencia o repercusión.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo adopta el siguiente



ACUERDO

Devolver el expediente de resolución del contrato de ejecución de las obras de construcción del Centro de Salud El Rosón-Las Margaritas, de Getafe, por no ser preceptivo el dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

Madrid, 7 de septiembre de 2011