

Dictamen n^o: **94/10**
Consulta: **Alcalde de Madrid**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **07.04.10**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 7 de abril de 2010, sobre consulta formulada por el Vicealcalde de Madrid (por delegación del Alcalde mediante Decreto de 1 de septiembre de 2008), a través del Consejero de Presidencia, Justicia e Interior, al amparo del artículo 13.1.f).1^o de su Ley Reguladora, 6/2007, de 21 de diciembre, de creación del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, en relación con expediente sobre imposición de penalización por demora en ejecución de contrato Centro Comercial Torrijos, a la empresa A (en adelante la contratista).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 4 de febrero de 2010 tuvo entrada en el registro del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen preceptivo formulada por el Consejero de Presidencia, Justicia e Interior el 29 de enero de 2010, acerca de la petición procedente del Ayuntamiento de Madrid, firmada por su Vicealcalde relativa a la interpretación de imposición de penalizaciones, por demora, al adjudicatario del concurso público para la enajenación de la parcela donde se ubica el Mercado de Torrijos, vinculada a la construcción de un nuevo Centro Comercial y a su posterior transmisión a la Asociación de Comerciantes del Centro Comercial de Torrijos o persona jurídica que la sustituya (en adelante

Asociación de Comerciantes), así como a la implantación del uso residencial.

Admitida a trámite con esa misma fecha se procedió a dar entrada en el registro de expedientes con el número 39/10, iniciándose el computo 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.

Ha correspondido su ponencia a la Sección V, presidida por el Excmo. Sr. D. Ismael Bardisa Jordá, quien firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 7 de abril de 2010.

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

Por acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Madrid de 20 de junio de 2002 se aprobaron los Pliegos de Prescripciones Técnicas y Cláusulas Administrativas Particulares que habían de regir el concurso público para la enajenación de la parcela situada en la calle General Díaz Porlier número 8, c/v a la calle Hermosilla número 80, donde se ubicaba el Centro Comercial Torrijos, vinculada a la construcción de un nuevo centro comercial, y su posterior transmisión a la Asociación de Comerciantes, así como a la implantación de uso residencial. El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares fue modificado por acuerdo de la Junta de Gobierno Local, el 9 de septiembre de 2004.

El 12 de mayo de 2005 se adjudicó el concurso a la empresa referenciada en el encabezado del presente Dictamen, por un importe de 45.600.000 €, más IVA, formalizándose la adjudicación en contrato

administrativo de 15 de junio de 2005, en cuya cláusula séptima se estipula que *“la edificación e instalaciones del nuevo centro comercial deberán estar terminadas para el inicio de la actividad en el plazo máximo de 23 (veintitrés) meses contados desde la fecha de la obtención de la correspondiente licencia”*. La licencia fue concedida el 15 de enero de 2007 y notificada a la contratista el 26 de enero siguiente.

El 13 de noviembre de 2008 la contratista solicita una ampliación del plazo en once meses y quince días, como consecuencia de una serie de incidencias que se relatan: huelga en el sector del transporte, iniciada el 4 de junio de ese mismo año; la introducción de cambios por parte de la Asociación de Comerciantes y modificaciones al Proyecto de ejecución, así como el retraso del Ayuntamiento en la concesión de autorización para la ocupación de la calzada, precisa para la instalación de grúas (folios 502 a 507).

Por Decreto de 23 de diciembre de 2008, del Delegado del Área de Gobierno de Economía y Empleo se resuelve la solicitud de prórroga, acogiendo únicamente como motivo de prórroga la huelga de transporte, concediendo la misma por un periodo de 21 días naturales. Contra este Decreto interpuso la contratista recurso de reposición el 15 de enero de 2009, que fue desestimado por Decreto de 17 de marzo de 2009.

El 4 de febrero de 2009 se solicita nueva prórroga como consecuencia del temporal de nieve, que supuso la paralización de la obra desde el 9 hasta el 12 de enero de ese mismo año (folios 605 y 606); solicitud que se resolvió por Decreto del Delegado del Área de Gobierno de Economía y Empleo, de 4 de marzo de 2009, denegando la prórroga al haber sido solicitada cuando ya había finalizado el plazo para la ejecución del contrato. Tal denegación fue recurrida en reposición por la contratista, desestimándose el recurso mediante Decreto de 12 de mayo de 2009.

Consta en el expediente que contra la denegación de las prórrogas la contratista interpuso recurso contencioso-administrativo (folio 622).

Por otra parte, el expediente pone de manifiesto que se han producido diversas vicisitudes en relación a las certificaciones de obra. De acuerdo con la cláusula 31^a del PCAP, las certificaciones de obra han de ser supervisadas y con el visto bueno del arquitecto designado por la Asociación de comerciante, si bien *“la falta de acuerdo será resuelta por el técnico municipal que designe la Dirección General de Comercio y Consumo, cuya opinión será prevalente en caso de desacuerdo, pudiendo estar asistido a tales efectos por una consultoría”*. En lo referente a las certificaciones 1 a 6, las discrepancias entre la contratista y la Asociación de Comerciantes se saldó con la aplicación de la citada cláusula. En aplicación de estas previsiones, el 27 de noviembre de 2008, el técnico municipal, con la asistencia técnica de un arquitecto del Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid, validó las citadas certificaciones.

La contratista, con fecha 25 de febrero y 2 de marzo de 2009, remitió a la Dirección General de Comercio las certificaciones 7 a 12, solicitando su supervisión de acuerdo con la cláusula 31^a del PCAP, y con fecha 4 de marzo de 2009, remitió la certificación final de obra, solicitando la conformidad con ella y la puesta en conocimiento a la Asociación de Comerciantes al objeto de formalizar la escritura pública de transmisión del centro comercial. Como consecuencia de ello, la Dirección General mencionada procedió a comunicar a la contratista, con fecha 12 de marzo de 2009, que la supervisión y el visto bueno a las certificaciones de obra, incluida la certificación final, correspondía, de acuerdo con el PCAP, a la Asociación de Comerciantes y que en las comunicaciones remitidas no quedaba acreditada la disconformidad de dicha Asociación.

Con fecha 2 de abril de 2009, la Asociación de Comerciantes del Centro Comercial Torrijos comunica a la Dirección General de Comercio que con fecha 27 de marzo de 2009 han sido recibidas las certificaciones de obra números 7^a a 12^a, ambas incluidas, más la certificación final fechada el 26 de febrero de 2009 de la entidad B. Asimismo manifiesta que procederá al examen, comprobación y visado, si procede, de las certificaciones recibidas, poniendo en conocimiento del órgano de contratación cuanto sea preciso.

El 3 de abril de 2009, la Asociación de Comerciantes del Centro Comercial Torrijos expone a la citada Dirección General que con fecha 31 de marzo de 2009 se ha personado en el edificio del nuevo Centro Comercial, habiéndole sido impedida la entrada por el personal de la obra. La Asociación se persona en la Dirección General los días 14, 18 y 19 de mayo al objeto de comprobar la adecuación de las certificaciones recibidas al Proyecto de Ejecución del Centro Comercial.

El 25 de junio de 2009, la Asociación de Comerciantes presenta a la mentada Dirección General copia de los informes de su arquitecto en referencia al impedimento por parte de la contratista, para la entrada en el centro. En uno de dichos informes, el arquitecto de la asociación, que de acuerdo con lo dispuesto en la cláusula 31^a del PCAP, es quien debe supervisar y dar el visto bueno a las certificaciones, expone textualmente *“No estoy conforme con la distribución de los puestos. Por tanto, y en defensa de la ACCCT a la que asesoro, no puedo dar por bueno el mercado.”*

Ante esta notificación de desacuerdo por parte de la Asociación de Comerciantes, la Dirección General de Comercio solicita el informe del arquitecto asesor al objeto de proceder a la resolución de dicho desacuerdo de conformidad con lo establecido en la cláusula 31^a del PCAP.

En dicho informe (folios 691 a 930), visado por el Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid el 7 de julio de 2009, se pone de manifiesto que las certificaciones de obra 7 a 12 son correctas y se pueden visar. Sin embargo, en relación a la certificación final emitida por B en fecha 26 de febrero de 2009 y enviada tanto a la Dirección General de Comercio, como a la Asociación de Comerciantes del Centro Comercial Torrijos, se indica que es un documento parcial al que deben añadirse los capítulos que no contiene y que la completan: señalización, instalación eléctrica de aparcamientos, sistema de rampas y ascensores, sistema de recogida neumática de basuras y equipamiento de locales. Estos capítulos figuran tanto en el documento de mediciones y presupuesto del proyecto de ejecución visado y aprobado, como en el Pliego de Prescripciones Técnicas del concurso.

En el certificado final de obra, emitido por la Dirección Facultativa y visado por el Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid y el Colegio Oficial de Aparejadores y Arquitectos Técnicos de Madrid, obrante en el folio 928 consta como fecha de terminación de la obra el 8 de mayo de 2009, por lo que la certificación final de obra debería ser modificada y ajustada a dicha fecha.

A la vista de este informe, la Dirección General de Comercio el 15 de julio de 2009 envió requerimiento a la contratista y a la Asociación de Comerciantes. A la primera se le requería para que en el plazo de tres días a partir de la notificación de la comunicación, remitiera a la Asociación de Comerciantes las certificaciones correspondientes a señalización, instalación eléctrica de aparcamientos, sistema de rampas y ascensores, sistema de recogida neumática de basuras y equipamiento de locales. A la segunda, se le requería para que en el plazo de 10 días a partir de la recepción de las certificaciones mencionadas, o de 10 días desde la recepción de la citada comunicación si dichas certificaciones le hubieran sido ya remitidas con

anterioridad, manifestara a la contratista su conformidad o disconformidad con las certificaciones de obra (folios 936 y 937).

El día 27 de julio de 2009 fueron recepcionadas notarialmente por la Asociación de Comerciantes del Centro Comercial Torrijos, las certificaciones correspondientes a los capítulos omitidos en la certificación final de obra, tal y como comunica la citada Asociación a la Dirección General de Comercio el día 30 de julio de 2009, de forma que la Asociación disponía de diez días a partir de la citada recepción para manifestar a la contratista su conformidad o disconformidad con las certificaciones de obra.

La contratista el día 7 de agosto de 2009 comunica a la Dirección General de Comercio que, transcurrido el plazo de 10 días desde la recepción de las certificaciones por parte de la Asociación de Comerciantes, ésta no ha manifestado su conformidad o disconformidad con las mismas, solicitando a esa Dirección General que adopte las medidas oportunas.

El 5 de octubre de 2009 se emite informe técnico del Jefe del Departamento de la Dirección General de Comercio por el que se procede a validar las certificaciones de obra 7^a a 12^a y la final de obra (folios 687 a 690).

Finalmente, el 6 de noviembre de 2009 se firma escritura pública de la transmisión del centro comercial a la entidad mercantil que sustituye a la Asociación de comerciantes.

Con fecha 3 de noviembre de 2009, el Director General de Comercio del Ayuntamiento de Madrid elabora un informe-propuesta de inicio de un procedimiento para la imposición de penalizaciones de acuerdo con lo dispuesto en la cláusula 28^a del Pliego de Cláusulas Administrativas

Particulares, fijando el importe de las penalidades en la cantidad de un millón trescientos ochenta y cuatro mil setecientos cuatro euros (1.384.704 €) por la demora en 192 días en el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el contrato.

Sobre la base de dicho informe-propuesta, el Delegado del Área de Gobierno de Economía y Empleo, mediante Decreto de 4 de noviembre de 2009, dispone: 1) iniciar el procedimiento para la imposición de penalidades al contratista, de acuerdo con lo dispuesto en la cláusula 28 del PCAP; 2) fijar el importe de las penalizaciones en la cantidad señalada en el informe-propuesta del Director General de Comercio, es decir, 1.384.704 €; 3) otorgar un plazo de quince días hábiles a la adjudicataria y a la Asociación de Comerciantes, para que puedan alegar y presentar los documentos y justificantes que estimen pertinentes, en aplicación del artículo 97.2 del Real Decreto 1098/2001 de 12 de octubre por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos y en concordancia con el artículo 84 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común; y 4) señalar como órgano competente para la resolución del expediente al Delegado del Área de Gobierno de Economía y Empleo, de conformidad con lo establecido en el Acuerdo de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid, de 18 de junio de 2007.

En uso del trámite de audiencia presentan alegaciones, tanto la Asociación de Comerciantes, el 23 de noviembre de 2009, como la contratista, que lo hace en diciembre de 2009 (el día de presentación no es legible en el sello de Correos).

Las alegaciones de la Asociación de Comerciantes son, básicamente, las siguientes (folios 69 a 113):

1.- El plazo de demora es superior al estimado en el Decreto de inicio del procedimiento y el informe-propuesta que le sirvió de fundamento. Además, considera que no se ha tenido en cuenta que la contratista ha impedido y obstaculizado permanentemente hasta imposibilitarlo, la supervisión y visado de las certificaciones de obra, incluida la de final de obra, por el arquitecto de la Asociación. Asimismo, manifiesta su discrepancia con algunos antecedentes de hecho que se exponen en el informe-propuesta del Director General de Comercio.

2.- La transmisión del centro comercial se realizó el 6 de noviembre de 2009, por lo que en aplicación de las cláusulas 31^a y 28^a.2.3 del PCAP, procedería tomar, como mínimo, como periodo de demora desde el 16 de enero de 2009, hasta el 6 de noviembre del mismo año, fecha en que se produjo la transmisión, lo que supone una demora de 292 días, en lugar de los 192 considerados por el Ayuntamiento.

3.- La transmisión del centro comercial se ha realizado sin conformidad de la Asociación, al no conocer ésta el estado de su terminación, por lo que en el momento de la transmisión se requirió al Notario para que levantara acta de la entrada y estado de las obras, a la que se incorporan planos, fotografías tomadas el 12 de noviembre de 2009 en algunas de las cuales se observan paredes y techos de apariencia inacabada, e informe de arquitecto en el que se indica que la superficie total de locales en bruto equivale al 51,46 por ciento de la superficie total y la de los locales sin equipar al 16,38 por ciento, de modo que no estando terminadas las obras entiende la Asociación que se sigue generando la penalización diaria establecida en los Pliegos.

4.- Solicita que se conceda trámite de audiencia a la sociedad designada por la Asociación de Comerciantes para la adquisición en su conjunto del centro comercial.

Adjunta a su escrito de alegaciones, el acta notarial referido; acta notarial de seis de noviembre de 2009 para dejar constancia, de su disconformidad con la entrega y las circunstancias que la rodean, su disconformidad con el estado en que se entrega el centro comercial, y con las certificaciones de obra visadas y aceptadas por parte del Ayuntamiento, entre otros extremos; denuncia presentada por el Presidente de la Asociación en la Comisaría de Policía del distrito de Salamanca, manifestando que personados él y el arquitecto en el centro comercial el día 28 de julio de 2009 para entrar en el centro a efectos de supervisar el estado del mismo con el fin de visar las certificaciones de obra, se le impidió la entrada; y escrito de la Asociación de Comerciantes, de 3 de noviembre de 2009, dirigido a la contratista, en el que muestran su disconformidad con las certificaciones de obra y solicitan la entrega de todas las licencias necesarias para el inicio de las actividades y usos del centro comercial.

La sociedad adquirente del centro comercial se personó en el procedimiento, mediante escrito registrado el 1 de diciembre de 2009, adhiriéndose a las alegaciones presentadas por la Asociación de Comerciantes.

La contratista, por su parte, alegó, en síntesis, lo siguiente (folios 115 a 260):

1.- La licencia de obras fue concedida el 15 de enero de 2007 y notificada el 26 de enero de 2007, por lo que el plazo de veintitrés meses para la realización de las obras terminaría el 26 de diciembre de 2008, si bien se solicitaron dos prórrogas (de las que se ha dejado constancia más arriba). Entiende la alegante que se han producido retrasos por causas no imputables a ella, que justifican que se hubiera concedido la prórroga en 11 meses y 18 días, por lo que en ese caso no existiría incumplimiento del plazo a ella imputable.

2.- Subsidiariamente a lo anterior, considera que tanto la cláusula 7ª del PCAP, como la cláusula 7ª del contrato prevén un plazo máximo de 23 meses para terminar las instalaciones del centro comercial para el inicio de la actividad. Discrepa de la interpretación que de dichas cláusulas hace el Ayuntamiento al considerar que en ese plazo no sólo debió terminar la obra, sino también haber obtenido la supervisión y control de las certificaciones de obra en la forma prevista en la cláusula 31ª del PCAP.

3.- Entendiendo que la obligación se cumple en el momento en que se finaliza la edificación e instalaciones, considera que la fecha de cumplimiento es la de 26 de febrero de 2009, fecha en la que la empresa encargada de la construcción emite la certificación final de obra. Niega que la fecha de finalización sea la de 8 de mayo de 2009, que consta en el certificado final de obra emitido por la Dirección facultativa y visado por el Colegio de Arquitectos, pues ya el 19 de febrero de 2009 la Dirección facultativa de la obra manifestó por escrito que la obra se encontraba en estado que permitiría la emisión de certificado final de obra, pero que ello no era posible dada la existencia de un expediente de modificación de licencia que no había recibido todavía aprobación por el Ayuntamiento de Madrid, de modo que no le es imputable a la contratista, sino al Ayuntamiento, el retraso debido a la tramitación de dicha licencia.

Además, el hecho de que las certificaciones 7ª a 12ª y la final de obra fueran aprobadas por el técnico municipal del Ayuntamiento, de acuerdo con lo dispuesto en la cláusula 31ª del PCAP demuestra, a su juicio, que la obra estaba terminada desde el 26 de febrero de 2009.

4.- Igualmente los certificados correspondientes a instalaciones no incluidas en la certificación final de obra expedida por la empresa encargada de la construcción, tales como ascensores, señalización, sistema

de seguridad, etc., fueron emitidos en fecha anterior a la de 26 de febrero de 2009.

5.- En el proceso de visado de las certificaciones se han producido retrasos que no son imputables a la contratista: para el visado de las certificaciones 7^a a 12^a y la de final de obra el Ayuntamiento le requirió el cumplimiento de requisitos especiales no previstos ni requeridos con anterioridad; el arquitecto de la Asociación de Comerciantes se negó a tomar en consideración las certificaciones que se le presentaban en la propia obra y por parte de la Asociación se ha producido una actitud obstaculizadora para la entrega de las obras; el Ayuntamiento varió el procedimiento a seguir en cuanto a la presentación y visado de las certificaciones 7^a a 12^a respecto al seguido para las anteriores.

6.- A la hora de imponer penalidades, hay que tomar en cuenta que la Asociación de Comerciantes renunció, por escrito de 2 de febrero de 2006, al cobro de penalidades por plazo de 1 mes.

7.- Debiera darse traslado a la sociedad en la que se ha subrogado la Asociación para la transmisión del centro comercial, y solicitarse dictamen preceptivo del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

Adjunta a sus alegaciones diversa documentación en apoyo de las mismas.

Por escrito de 21 de diciembre de 2009 se procede a conceder un nuevo trámite de audiencia a los tres interesados en el procedimiento. En uso del mismo el 5 de enero de 2010 la contratista y la Asociación de Comerciantes conjuntamente con la sociedad que se subroga, presentan sendos escritos de alegaciones. La primera rebate, en defensa de sus intereses, cada una de las alegaciones efectuadas por la Asociación en el anterior trámite de audiencia. Por su parte, las segundas se oponen a que

sea tomado en consideración el inicial escrito de alegaciones de la contratista por haber sido presentado fuera de plazo y se reiteran en las alegaciones iniciales presentadas el 23 de noviembre de 2009.

El 15 de enero de 2010, el Director General de Comercio del Ayuntamiento de Madrid formula propuesta de resolución en el sentido de imponer penalización en la cantidad de un millón trescientos ochenta y cuatro mil setecientos cuatro euros (1.384.704 €) por la demora en 192 días en el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el contrato.

Por Decreto del Delegado del Área de Gobierno de Economía y Empleo, de 15 de enero de 2010, se dispone *“suspender el procedimiento administrativo iniciado por mi Decreto de fecha 4 de noviembre de 2009 a [la contratista], de imposición de penalizaciones por demora en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, desde el día 15 de enero de 2010, fecha en la que se han remitido las actuaciones a la Asesoría Jurídica y le ha sido solicitada la emisión del correspondiente informe preceptivo”*. Por sendos escritos, registrados el 18 de enero de 2010, se pone en conocimiento de los interesados dicha suspensión, si bien no consta en el expediente la recepción de las notificaciones.

El 25 de enero de 2010 se emite informe por parte de la Asesoría Jurídica, en el que, en síntesis, se considera correcta la interpretación efectuada en la propuesta de resolución, por lo que se informa favorablemente la misma.

En este estado del procedimiento se remite el expediente a este Consejo Consultivo para la emisión de informe preceptivo en relación a la interpretación del contrato.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES EN DERECHO

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite 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 Vicealcalde de Madrid (por delegación del Alcalde) 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 interpretación 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 supuesto examinado, habida cuenta que la adjudicación tuvo lugar el 12 de mayo de 2005, cuando aún no había sido promulgada la LCSP, la normativa a aplicar está constituida por el TRLCAP del año 2000, y por tanto, 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 relación al procedimiento seguido debe advertirse lo siguiente. La legislación de contratos atribuye al órgano de contratación “*la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, acordar su resolución y determinar los efectos de ésta*” (artículo 59.1, párrafo primero del TRLCAP –en términos similares el artículo 114.1 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local (en lo sucesivo TRRL)–, mas la imposición de una determinada interpretación en el ejercicio de la prerrogativa legalmente reconocida requiere desarrollar un procedimiento específico dirigido a tal fin en el que por expresa exigencia del artículo 59.1, último

párrafo, y 59.3.a) del TRLCAP se dará audiencia al contratista y será preceptivo el dictamen del Consejo Consultivo, si se formula oposición por aquél.

En el caso que nos ocupa no obra en el expediente remitido a este Consejo ningún acuerdo de inicio de un procedimiento o un incidente de interpretación contractual, si bien pudiera considerarse, en una interpretación antiformalista y en aras de la economía procedimental, que el expediente se inició con el acuerdo de suspensión del procedimiento de imposición de penalidades y la remisión del expediente para la emisión de Informe de la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento acerca de la interpretación de las cláusulas contractuales, de acuerdo con lo previsto en el artículo 57 del Reglamento Orgánico del Gobierno y la Administración del Ayuntamiento de Madrid, de 31 de mayo de 2004.

En lo que se refiere al trámite de audiencia a los interesados, se ha cumplimentado en el seno del procedimiento de imposición de penalidades al contratista, del que trae causa las dudas interpretativas que ahora se pretenden despejar. No se ha evacuado un nuevo trámite de audiencia en relación a la interpretación contractual, si bien ello no genera indefensión por cuanto que no se han incorporado datos nuevos de los que no hayan tenido conocimiento los interesados, pues el informe de la Asesoría Jurídica viene a respaldar la interpretación efectuada por el Ayuntamiento en la propuesta de resolución de imposición de penalidades.

Por su parte, el apartado 3 del artículo 114 del TRRL establece con carácter previo a la decisión sobre la interpretación del contrato el informe de la Secretaría y de la Intervención de la Corporación. No obstante, La disposición adicional octava de la LBRL, introducida por la Ley de Modernización del Gobierno Local establece una serie de especialidades de las funciones correspondientes a los funcionarios de la Administración

Local con habilitación de carácter nacional en los municipios de gran población –como es el de Madrid–. En lo que ahora interesa, el apartado e) dispone que *“las funciones que la legislación sobre contratos de las Administraciones públicas asigna a los secretarios de los ayuntamientos, corresponde al titular de la asesoría jurídica, salvo las de formalización de los contratos en documento administrativo”*.

En consecuencia, aunque el artículo 114.3 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de Disposiciones Vigentes en materia de Régimen Local establece el informe previo de la Secretaría General y de la Intervención, hay que entender que, el informe de la Secretaría General en el caso del Ayuntamiento de Madrid se entiende cumplido con el Informe de la Asesoría Jurídica, por lo que sólo se aprecia omisión del informe de la Intervención, si bien ello no constituye un defecto invalidante.

TERCERA.- Entrando a considerar el fondo del asunto, este Consejo debe pronunciarse acerca de la interpretación que debe darse a las cláusulas del contrato y de los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares en relación a cuál es el plazo de que dispone el contratista para la ejecución del contrato y, en consecuencia, cuándo se entienden cumplidas sus obligaciones a fin de determinar si incurrió en demora en el cumplimiento de las mismas, lo que faculta al Ayuntamiento para la imposición de las penalidades previstas en los Pliegos.

El punto de partida inexcusable es que la prerrogativa interpretativa que posee la Administración contratante ha de sustentarse en el contenido de los Pliegos, pues de acuerdo con lo establecido en el artículo 94 del TRLCAP *“los efectos de los contratos administrativos se regirán por la presente Ley, sus disposiciones de desarrollo y por los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas, generales y particulares”*.

La relevancia que los pliegos presentan en la regulación de la relación contractual es tal que la jurisprudencia ha afirmado metafóricamente que los pliegos constituyen la ley del contrato. En este sentido, puede traerse a colación la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2009, dictada en el recurso 5947/2007 (JUR\2009\428086), que resume la doctrina jurisprudencial en los siguientes términos: *“Constituye doctrina reiterada (por todas Sentencia de 27 de mayo de 2009, recurso de casación 4580/2006) que en nuestro ordenamiento contractual administrativo el pliego de condiciones es la legislación del contrato para la contratista y para la administración contratante teniendo, por ende, fuerza de ley entre las partes. Por ello, la jurisprudencia continúa manteniendo la posición esgrimida por la recurrente en las sentencias invocadas de los años ochenta y noventa del siglo pasado.*

No ofrece duda, por tanto, la relevancia tanto de los Pliegos de cláusulas administrativas generales, como del Pliego de cláusulas administrativas particulares como del Pliego de prescripciones técnicas. Bajo el marco de la Ley 30/2007, de 30 de octubre (RCL 2007, 1964), de Contratos del Sector Público, aquí no aplicable por razones temporales, se ha avanzado aún más en su significancia, al establecer incluso un recurso especial administrativo para impugnar los pliegos reguladores de la licitación.

En la legislación aquí concernida, TRLCAP, el ámbito en que se definen los derechos y obligaciones de ambos contratantes es el pliego de cláusulas administrativas particulares que obligatoriamente deberá aprobarse por el órgano de contratación competente, previa o conjuntamente a la autorización del gasto y siempre antes de la perfección, y en su caso, de la licitación del contrato (art. 49 TRLCAP, idéntico a su precedente art. 50 LCAP).

Cabe establecer modelos de contratación tipo de general aplicación a los contratos de naturaleza análoga. Mas lo significativo es que la participación en el concurso por los licitadores comporta la asunción de los derechos y deberes definidos en el pliego que, como ley primordial del contrato, constituye la fuente a la que debe acudir para resolver todas las cuestiones que se susciten en relación al cumplimiento, interpretación y efectos del contrato en cuestión.

No conviene olvidar que los contratos se ajustarán al contenido de los Pliegos Particulares cuyas cláusulas se consideran parte integrante de los respectivos contratos (art. 49. 5 TRLCAP).

Y nuestra jurisprudencia insiste en que el Pliego de Condiciones es la Ley del Contrato por lo que ha de estarse a lo que se consigne en él (Sentencia de 17 de octubre de 2000 (RJ 2000, 8917), rec. casación 3171/1995 con cita de otras muchas)”.

Además de atenerse a los pliegos, la prerrogativa de interpretación del contrato que ostenta la Administración debe ajustarse a las reglas hermenéuticas establecidas en los artículos 1281 a 1289 del Código Civil (en lo sucesivo CC), que resulta ser de aplicación supletoria. En efecto, como ya estableciera el Tribunal Supremo en su Sentencia de 10 de febrero de 1999 (RJ 1999\2070) “la facultad de interpretación de los contratos corresponde realizarla al órgano competente para su formalización (...) en la medida en que, como ha declarado reiterada jurisprudencia de esta Sala (Sentencias de 28 de septiembre de 1954, 16 de marzo de 1964, 16 de enero de 1974, 10 de abril y 9 de junio de 1978 y 17 de marzo de 1979, entre otras), la facultad interpretativa de la Administración no tiene otro alcance que el encontrar el verdadero sentido y contenido a las cláusulas a que se someten las partes, sin perjuicio de la aplicación supletoria de las reglas que con carácter general establecen los artículos

1281 y siguientes del Código Civil, criterio que además ha sido tenido en cuenta, igualmente, por el Consejo de Estado (así en dictámenes de 23 de noviembre de 1961, 3 de mayo de 1962 y 24 de abril de 1969, entre otros), pudiéndose llegar a la consideración final que, si bien en determinada jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (así, en Sentencia de 9 de diciembre de 1976 y otras anteriores), se ponía de manifiesto que existía una presunción de autenticidad en la interpretación llevada a cabo por la Administración, lo que significaba que debía aceptarse ésta, mientras no se acreditase que fuera errónea, la jurisprudencia más reciente de dicha Sala (así, en Sentencia de 6 de julio de 1990) establece y acepta, sin más, los criterios interpretativos del Código Civil”.

Además de por la jurisprudencia citada, la aplicación del Código Civil en materia de interpretación viene avalada por el propio Código Civil, cuya supletoriedad se reconoce en el Título Preliminar, al afirmar que “*Las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras Leyes*” (artículo 4.3 del CC), así como por la norma contractual administrativa, que prevé tal alcance supletorio en el artículo 7 del TRLCAP, y los propios pliegos del contrato objeto de interpretación (cláusula 11), que establecen la supletoriedad de segundo grado de las normas de Derecho Privado.

CUARTA.- El problema interpretativo que se suscita en el expediente objeto del presente dictamen deriva del tenor de la cláusula 7^a, párrafo primero, del PCAP, intitulada “*Plazo de ejecución del Centro Comercial*” y séptima, también párrafo primero, del contrato y las remisiones que a ella se efectúan en otras cláusulas del Pliego. Con arreglo a la citada cláusula del contrato “*La edificación e instalaciones del nuevo Centro Comercial deberán estar terminadas para el inicio de la actividad en el plazo máximo de 23 (veintitrés) meses, contados desde la fecha de la obtención*

de la correspondiente licencia” (En similares términos se expresa la cláusula 7ª del PCAP con la única diferencia de que se prevé un plazo de veinticuatro meses. No obstante, ha de estarse al plazo de veintitrés meses que se prevé en el contrato, pues la reducción del plazo es fruto de la mejora propuesta por el contratista en su oferta).

No cabe perder de vista que el objeto del contrato es múltiple, pues no se ciñe únicamente a la construcción del centro comercial, sino que comprende, a tenor de la cláusula 1ª del PCAP, la enajenación de la parcela vinculada a la construcción de un centro comercial donde se encuentra ubicado el Centro Comercial Torrijos, y su posterior transmisión a la Asociación de Comerciantes o persona jurídica que le sustituya.

Así pues, son dos las obligaciones principales del contratista asumidas en virtud del contrato: la construcción del centro comercial y su transmisión a la Asociación de Comerciantes, de tal manera que, como dispone la cláusula 28ª.1 del PCAP *“el contrato no se entenderá cumplido por el contratista hasta que no haya realizado la totalidad de su objeto, ejecutándose a su riesgo y ventura, salvo causa de fuerza mayor”*.

El conflicto interpretativo que se plantea es el de si el plazo estipulado (veintitrés meses) lo es para el cumplimiento del contrato en su conjunto o solamente de la obligación de construcción del centro comercial y, en este último caso, si la fecha de cumplimiento es la de emisión de las certificaciones de obra o la de su visado.

En cuanto a lo primero, esto es, si en el plazo de veintitrés meses el contratista debía cumplir con la obligación de realización de las obras, y, además, con la de transmisión del centro comercial a la Asociación de Comerciantes o entidad que le sustituya, debe tomarse en consideración lo estipulado en las cláusulas 7ª; 28ª.2.3, tercer guión; 31ª y 35ª de los PCAP.

Ya hemos visto que la cláusula 7^a establece un plazo de veinticuatro meses que quedó reducido a veintitrés en el contrato como consecuencia de la oferta del contratista para la *“edificación e instalaciones del centro comercial”*. El tenor literal de esta cláusula se cohonesta mal con la cláusula 31^a, párrafo segundo, con arreglo a la cual *“El adjudicatario, en el plazo establecido en la Cláusula 7^a, deberá transmitir, en pleno dominio, el Centro Comercial a la Asociación de Comerciantes del Centro Comercial Torrijos, o a la persona jurídica que a tal fin la sustituya, (...)”*, así como con la cláusula 28^a.2.3 que faculta a la Administración para optar indistintamente por la resolución del contrato o la imposición de penalidades en el caso de *“falta de terminación de la obra del Centro Comercial y la transmisión a la Asociación de Comerciantes (...) en el plazo establecido en la cláusula 7^a”*.

De estas dos últimas cláusulas se infiere que en el plazo establecido en la cláusula 7^a debieran cumplirse las dos obligaciones del contratista –terminación de las obras y transmisión del centro comercial–.

Ahora bien, debe advertirse que la transmisión del centro comercial tiene como paso previo el visado de las certificaciones de obra, que de acuerdo con la cláusula 31^a, último párrafo, debe efectuarse por el arquitecto designado por la Asociación de Comerciantes o, en caso de desacuerdo, por el Ayuntamiento de Madrid. Entender que en el plazo establecido en la cláusula 7^a debiera cumplirse también la obligación de transmisión del centro comercial supondría dejar en manos de un tercero distinto del propio contratista que la obligación pudiera o no llevarse a término en el plazo señalado y, en consecuencia, que la imposición de penalidades al contratista resultara ajena a su propia responsabilidad, lo que a todas luces resulta inaceptable.

Por tal motivo, las meritadas cláusulas deben interpretarse conjunta y sistemáticamente con lo establecido en la cláusula 35ª, cláusula específicamente prevista para la transmisión del centro comercial, en la que se establece que tal transmisión “*se realizará en escritura pública ante el Notario que las partes designen de común acuerdo y en el plazo de un mes desde la certificación final de la obra*”, y como la certificación final de obra ha de ser visada por un tercero (ya sea el arquitecto designado por la Asociación de comerciantes, ya por el Ayuntamiento de Madrid), en aplicación de lo previsto en la cláusula 31ª, debe entenderse que el plazo de un mes para la transmisión debe computarse desde que se diera por válida la certificación final de obra.

A esta interpretación coadyuva la cláusula 33ª.1 en su inciso final al establecer que una vez que las certificaciones de obras se hayan conformado de acuerdo con lo previsto en la cláusula 31ª, la Asociación de Comerciantes o la persona jurídica que la sustituya no podrá oponerse a la transmisión del referido centro comercial.

En segundo término procede analizar si la obligación de construcción del centro comercial, para la que el contratista disponía de un plazo de veintitrés meses desde la concesión de la licencia (que expiraba inicialmente el 26 de diciembre de 2008, si bien fue prorrogado en veintiún días, lo que supone que el plazo finalizaba el 16 de enero de 2009) se entiende cumplida en la fecha de emisión de la certificación final de obra (26 de febrero de 2009), en la fecha en la que se pone a disposición de la Asociación de Comerciantes la misma para su visado (27 de julio de 2009), o en la fecha en que tal visado se produce (5 de octubre de 2009).

Esta última interpretación debe ser descartada por la misma consideración que efectuamos anteriormente, ya que supondría dejar al albur de la Asociación de Comerciantes –beneficiaria en su mayor parte de

las penalidades que al contratista pudieran imponérsele– el cumplimiento o incumplimiento de la obligación del contratista.

Igualmente, la primera interpretación debe ser desechada, puesto que de acuerdo con la cláusula 31^a del PCAP, tantas veces citada, las certificaciones de obra, incluida la final, debían ser puestas a disposición de la Asociación de Comerciantes para que ésta prestara su conformidad o disconformidad a las mismas. La fecha de 26 de febrero de 2009, en que se emite la certificación final de obra, no puede ser tomada en consideración como fecha de cumplimiento de la obligación del contratista, pues como se establece en el informe de arquitecto, visado por el Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid el 7 de julio de 2009, dicha certificación adolecía de una serie de defectos que impedían prestar la conformidad a la misma, entre ellos, que resultaba incompleta por faltar la parte relativa a señalización, instalación eléctrica de aparcamientos, sistema de rampas y ascensores, sistema de recogida neumática de basuras y equipamiento de locales, por lo que no podía estimarse que la obra estuviera terminada, porque de acuerdo con la cláusula 7^a del Pliego la realización de las obras ha de ser adecuada al fin al que se destinan, que es la actividad del centro comercial.

Así pues, la interpretación de la cláusula 7^a en conexión con la 31^a permite concluir que la fecha en que se puso a disposición de la Asociación de Comerciantes la certificación final de obra que finalmente resultó visada es la que debe ser tomada en consideración a efectos de cumplimiento de la obligación del contratista, esto es, como acertadamente postula el Ayuntamiento de Madrid, el 27 de julio de 2009, de lo que resulta que la contratista incurrió en retraso en el cumplimiento de sus obligaciones desde el 16 de enero hasta el 27 de julio de 2009, lo que permite al Ayuntamiento, en aplicación de lo dispuesto en la cláusula 28 del PCAP

resolver el contrato o imponer penalidades, habiendo optado por esto último por ser más beneficioso para el interés general.

De todo lo anterior se infiere que resulta ajustada a Derecho la interpretación efectuada por el Ayuntamiento de Madrid en la propuesta de resolución de imposición de penalidades.

En mérito a lo que antecede este Consejo Consultivo formula las siguientes

CONCLUSIONES

Primera.- Se aprecia un defecto no invalidante en la tramitación del procedimiento, consistente en la omisión del informe de la Intervención de la Corporación municipal.

Segunda.- Resulta conforme a Derecho la interpretación de las cláusulas contractuales efectuada por el Ayuntamiento de Madrid en la propuesta de resolución para la imposición de penalidades al contratista.

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 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, 7 de abril de 2010