

Acuerdo nº: **3/17**
Consulta: **Alcaldesa de Madrid**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **09.02.17**

ACUERDO del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 9 de febrero de 2017, emitido ante la consulta formulada por la alcaldesa de Madrid, por conducto del consejero de Medio Ambiente, Administración Local y Ordenación del Territorio, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en relación con el expediente sobre resolución del contrato de gestión del servicio público de construcción y explotación de una planta de secado térmico de lodo en la Estación Reguladora de Aguas Residuales (ERAR) Sur de Madrid, adjudicado a la Unión Temporal de Empresas (UTE) formada por S. S.A. (actualmente denominada V.S.M. S.A.), B. S.A. y S.O. S.A.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 23 de enero de 2017 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen en relación al expediente aludido en el encabezamiento.

A dicho expediente se le asignó el número 23/17, comenzando el día señalado el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 23.1 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la

Comunidad de Madrid, aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero, del Consejo de Gobierno (en adelante ROFCJA).

La ponencia ha correspondido, por reparto de asuntos, a la letrada vocal Dña. Ana Sofía Sánchez San Millán, quien formuló y firmó la propuesta de acuerdo, que fue deliberada y aprobada por el Pleno de la Comisión Jurídica Asesora, en sesión celebrada el día 9 de febrero de 2017.

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

1.- El 30 de abril de 1998 el Pleno del Ayuntamiento de Madrid aprobó los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y de Prescripciones Técnicas (PPT) que habían de regir el proyecto de construcción y explotación de una instalación de secado térmico de lodos en la ERAR Sur.

De los Pliegos interesa destacar que el objeto del contrato consiste en el tratamiento mediante secado térmico de los lodos deshidratados, generados básicamente en la ERAR Sur, de Madrid, de competencia municipal, en cantidad no inferior a 200.000 toneladas/año de lodos deshidratados, con un contenido en materia seca igual o mayor del 23%. Los licitadores debían presentar un proyecto del sistema o sistemas a emplear en el secado térmico de los lodos, detallando los correspondientes procesos, siendo el Ayuntamiento el que determinara la solución técnica a adoptar, de entre las propuestas ofertadas por los licitadores. El adjudicatario debía responsabilizarse de la redacción del proyecto definitivo y de la ejecución de las obras e instalaciones y posteriormente mantener la actividad de secado de los lodos que sirviese el Ayuntamiento procedentes de la ERAR Sur o de otra estación municipal.

En cuanto a la contraprestación del contratista se estipula que percibiría el precio de la obra y después un canon de amortización correspondiente al coste de amortizar las instalaciones de suministro de energía y la parte de obra que excediese del precio tipo, y un canon de explotación correspondiente al coste de mantenimiento, conservación y explotación de las instalaciones. Ambos cánones se fijan en un importe por tonelada de lodo tratado. Para fijar la oferta económica los licitadores debían tener en cuenta unas condiciones básicas entre las que se incluye *“Tipo de secado: indirecto. Cantidad mínima de lodos a tratar por secado térmico: 200.000 tm/año...”*.

2.- El Pleno del Ayuntamiento de Madrid acordó el 27 de octubre de 1998 adjudicar el contrato a la UTE integrada por las empresas S. S.A. (actualmente denominada V.S.M. S.A.), B. S.A. y S.O. S.A., en su oferta Variante 1, con un plazo de 12 meses para la construcción de las obras y 26 años de vigencia del contrato.

En la adjudicación se valoró que la planta ofertada permitía tratar 290.000 toneladas de lodos al año, lo que suponía el 20% de los lodos que producía la ciudad en el año 1998.

3.- El contrato se formalizó el 28 de enero de 1999 por el precio de 1.208.068.000 Ptas., para las obras de la planta de secado térmico, un plazo de construcción de doce meses y con los siguientes cánones:

Canon de Explotación (E): 2.385,62 Ptas./Tm.

Canon de Amortización (A): 554,38 Ptas./Tm.

Cánones Complementarios:

Canon de Compostaje (C): 1.284,94 Ptas./Tm.

Canon de Vertedero (V): 0,00 Ptas./Tm.

4.- El 17 de octubre de 2000 tuvo lugar la recepción de las obras.

5.- Resulta del expediente que existiendo un retraso de más de seis meses en el pago de facturas correspondientes a trabajos realizados por la adjudicataria, ésta solicitó el 20 de mayo de 2011 la resolución del contrato.

El 26 de mayo de 2011 la adjudicataria solicitó que el Ayuntamiento le indemnizase por el incumplimiento de no haberle suministrado la cantidad mínima de lodos prevista en el contrato (200.000 toneladas).

6.- La adjudicataria interpuso recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta de su solicitud de resolución del contrato, lo que dio lugar al procedimiento ordinario 129/11 seguido ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1, de Madrid.

De igual manera la empresa contratista interpuso recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta de su solicitud de indemnización por incumplimiento de la obligación del Ayuntamiento de suministrar 200.000 toneladas de lodo, tramitándose el procedimiento ordinario 122/11 ante el mismo Juzgado.

Por Auto de 31 de octubre de 2012 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1, de Madrid, se ordenó la acumulación de ambos procedimientos.

7.- El 1 de septiembre de 2015 el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1, de Madrid, dictó sentencia en el procedimiento acumulado.

Por lo que se refiere a la solicitud de indemnización por incumplimiento de la obligación de suministrar 200.000 toneladas de lodos, el fallo es del siguiente tenor literal:

“Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por SECADO TÉRMICO UTE (V. y B.) declaro la nulidad de la desestimación presunta impugnada en el PO 122/11, la cual quedará sin efecto, debiendo abonar el ayuntamiento a la demandante el importe de 1.617.518,86 UN MILLÓN SEISCIENTOS NOVENTA Y SIETE, MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y TRES EUROS CON OCHENTA Y SEIS CÉNTIMOS, 1.697.693,86 € más IVA, menos la cantidad inferior de las dos siguientes: una, el importe pagado por el Ayuntamiento por canon se (sic) compostaje de setenta y dos toneladas de lodos del año 2009; y otra, la parte de los costes fijos del año 2009 que corresponde proporcionalmente a estas 72 toneladas; y ello, en concepto de indemnización por no haber servido el mínimo de 200.000 toneladas de lodos durante los años 2008, 2009 y 2010; estimando parcialmente la otra solicitud del PO 122/11; declaro que el ayuntamiento quedó obligado desde la firma del contrato de planta de secado térmico de la ERAR SUR adjudicado el 30 abril 1998, a servir anualmente a la demandante como mínimo, 200.000 toneladas de lodos para tratar; todo ello, sin hacer expresa condena en costas. ...”.

Por lo que se refiere a la petición de la contratista de resolución del contrato, el fallo señala lo siguiente:

“Estimando la demanda interpuesta por la misma demandante en el PO 129/2011, se declara existente desde antes el día 20.5.2011, causa de resolución por incumplimiento de la Administración, del contrato de gestión del servicio público de construcción y explotación de una planta de secado térmico de lodos en la estación regeneradora de aguas residuales sur de Madrid, contrato adjudicado a la unión temporal de empresas demandante por el pleno de 30 abril 1998; resolución que deberá decretar el órgano de contratación en el plazo de DOS MESES desde recibida la orden de

ejecutar esta sentencia; debiendo iniciar procedimiento para recibir el ayuntamiento la planta de secado y abonar a la demandante su valor que se fijará por el órgano de contratación; y simultáneamente, se deberá iniciar procedimiento para fijar la indemnización a que tiene derecho la demandante en concepto de los daños y perjuicios sufridos por la resolución del contrato, sin incluir beneficios futuros no producidos; y una vez entregada la planta y dejado de prestar el servicio, se deberá iniciar procedimiento para liquidar el contrato, determinar los perjuicios a indemnizar a la demandante desde que se declaró la resolución del contrato por acto administrativo sin incluir beneficios futuros, fijar en su caso las responsabilidades de que responda la fianza, descontar por compensación, las indemnizaciones pendientes de pagar a la contratista, y en función del resultado, decidir sobre la devolución o ejecución de la fianza; resoluciones todas ellas, que serán recurribles ante este juzgado si contravienen los términos de esta sentencia; y serán recurribles en vía administrativa y contencioso administrativa ordinaria, si el recurso es por incumplir la legalidad en algún otro aspecto; y sin condena en costas”.

TERCERO.- 1.- Por Decreto 555/2016, de 18 de agosto, de la delegada del Área de Gobierno de Medio Ambiente y Movilidad, se acuerda el inicio y la tramitación del expediente para la resolución del contrato, a propuesta de la Dirección General de Gestión del Agua y Zonas Verdes, para dar cumplimiento a la Sentencia de 1 de septiembre de 2015.

2.- El 3 de noviembre de 2016 emite informe la Dirección General de Contratación y Servicios sobre la valoración de las obras y el importe de las indemnizaciones correspondientes.

3.- El 7 de noviembre de 2016 se procedió a conferir trámite de audiencia a la UTE contratista para que en un plazo de diez hábiles pudiera tomar vista del expediente y formular alegaciones.

Consta en el expediente que conferida una ampliación del plazo a instancias de la adjudicataria, ésta formuló alegaciones el día 25 de noviembre de 2016 en las que manifiesta su total conformidad con la resolución del contrato *“en la medida en que la misma se limita a dar cumplimiento a la Sentencia nº 261/2015, en la cual, como se ha manifestado, se ordena declarar resuelto el contrato de referencia por causa imputable a ese Excmo. Ayuntamiento concurrente desde el año 2011”*, si bien se opone al importe propuesto por la Administración como cantidad que debe percibir la UTE por las instalaciones que revierten a la Administración.

4.- En contestación a las alegaciones formuladas por la UTE contratista figuran en el expediente el informe de 1 de diciembre de 2016 de la Dirección General de Contratación y Servicios y el informe de 12 de diciembre de 2016 de la Dirección General del Gestión del Agua y Zonas Verdes (folios 76 a 100 del expediente).

5.- Obra incorporado al expediente el informe de 23 diciembre de 2016 de la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento de Madrid favorable a la propuesta de resolución contractual y el informe de 29 de diciembre de 2016 de la Intervención Delegada en Medio Ambiente y Movilidad, junto con el documento contable correspondiente a la anulación del importe autorizado y comprometido para el año 2016 para el contrato.

6.- Sin más trámites el expediente es remitido a la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid por conducto del consejero de Medio Ambiente, Administración Local y Ordenación del Territorio.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES DE DERECHO

ÚNICA.- La petición de dictamen a esta Comisión Jurídica Asesora, se realiza al amparo del artículo 5.3.f) d de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, conforme al cual: “(...) *la Comisión Jurídica Asesora deberá ser consultada 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: (...) d. 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 del sector público*”.

La legislación contractual ha sido constante al exigir el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente en la resolución contractual “*cuando se formule oposición por el contratista*”. Así lo recoge el artículo 211.3.a) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP) como antes lo hiciera el artículo 195.3.a) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP) o el artículo 59.3.a) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobada por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLACP)

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 (RGCAP), vigente a falta de una

disposición reglamentaria que desarrolle estos procedimientos, dice que:

“La resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, previa autorización, en el caso previsto en el último párrafo del artículo 12.2 de la Ley, del Consejo de Ministros, y cumplimiento de los requisitos siguientes:

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

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

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

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

Sin embargo, en este procedimiento no existe oposición del contratista a la resolución del contrato, es más, en este caso, como hemos expuesto en los antecedentes, fue la empresa contratista la que solicitó al Ayuntamiento de Madrid el inicio del procedimiento de resolución contractual invocando el incumplimiento de la Administración, al haber demorado más ocho meses el pago de las certificaciones mensuales correspondientes a los servicios prestados. Según resulta del expediente ante la falta de respuesta del Ayuntamiento de Madrid a la mencionada solicitud, la UTE adjudicataria interpuso recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta, lo que culminó con la Sentencia de 1 de

septiembre de 2015 en la que se estima la concurrencia de la causa de resolución invocada por la empresa contratista e impone a la Administración proceder a la resolución contractual por dicha causa.

Resulta indudable que la discrepancia que aparece en el expediente, va referida a los efectos de la resolución del contrato, por lo que se advierte la peculiaridad de que en el caso examinado, no concurre el presupuesto necesario para que esta Comisión Jurídica Asesora emita su dictamen con carácter preceptivo al no existir “*oposición*” del contratista a la resolución contractual.

El criterio de esta Comisión Jurídica Asesora sobre alcance de la intervención de los órganos consultivos en los procedimientos de resolución de contratos, cuando no existe oposición del contratista, precisamente por haber sido éste el que solicita la terminación del vínculo contractual ya lo hemos plasmado con anterioridad en nuestro Acuerdo 9/16, de 1 de diciembre. En el mencionado acuerdo nos hicimos eco de la línea jurisprudencial plasmada en las sentencias del Tribunal Supremo, de 9 de enero de 2012, Recurso de Casación 1523/2009, y de 26 de marzo de 2012, Recurso de Casación 57/2010, donde se abordó explícitamente esta singular problemática significando al efecto:

“Debemos indicar que efectivamente la Sentencia de instancia [que declaraba la nulidad de un acuerdo resolutorio, por falta de dictamen del órgano consultivo competente], ha confundido, al no distinguirlos correctamente, la resolución del contrato administrativo, con los efectos que derivan de la resolución como es la liquidación. [...] La Administración declara la resolución del contrato si concurre alguna de las causas previstas en el artículo 111 y en el artículo 149 del TRLCAP. El expediente para la resolución del contrato, según dispone 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 Publicas, en la redacción vigente al tiempo de dictarse la resolución recurrida, puede iniciarse: de oficio por la Administración, y en tal caso se deberá dar audiencia por plazo de 10 días naturales al contratista, para que muestre su conformidad o disconformidad con la resolución del contrato; o a instancia del propio contratista, como fue el caso. Es en esta fase donde puede operar la oposición a la resolución del contrato por parte del contratista, y en tal supuesto será necesario ex artículo 59.3º a) del citado texto el preceptivo informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva. En el caso de autos la resolución fue a instancia del propio contratista; por lo que no había oposición a la resolución del contrato. [...] En resolución aparte, resolución que puede ser sucesiva o simultánea (si las obras deben ser continuadas por otro contratista o por la Administración), se determinan los efectos que derivan de su resolución según dispone el artículo 151 de la TRLCAP. La oposición del recurrente en la instancia venía referida a los efectos de la resolución del contrato [...] Procede por tanto estimar el recurso de casación, al haber interpretado y aplicado incorrectamente la Sentencia de instancia los artículos 59.3º.a) y 149 y 151 de TRLCAP”.

En este sentido se pronuncia también la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 4 de abril de 2014, Recurso de Apelación 356/2013, que tiene en cuenta los artículos 59 del TRLCAP y 109 del RGCAP e indica:

“Pues bien, del examen de los artículos precedentes resulta en primer término que el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente en los casos de resolución de un contrato administrativo sólo es preceptivo en el caso de que el contratista se oponga a la resolución del contrato, lo que no ha sucedido en el caso

enjuiciado, toda vez que es la propia contratista la que solicita al Ayuntamiento la resolución del contrato una vez que la Corporación suspendió las obras por más de ocho meses y solicitada por aquella su reanudación, aquel no respondió, por lo que se solicitó, como ya se ha dicho, la resolución del contrato que el Ayuntamiento denegó”.

Así, al quedar circunscrita la intervención necesaria de este órgano consultivo a aquellos expedientes de resolución contractual en los que los motivos de oposición planteados por el adjudicatario cuestionen la procedencia de la resolución del contrato, lógicamente vinculada a la concurrencia y operatividad de una o varias causas de resolución que pudieran haber sido invocadas, resulta procedente devolver el expediente para que el Ayuntamiento de Madrid, en virtud de los principios de sometimiento de la Administración a la ley y al Derecho (artículo 103 CE), del control jurisdiccional de lo administrativo (artículo 118.1 CE) y del obligado cumplimiento de las sentencias y demás resoluciones judiciales firmes (artículo 118.1 CE), resuelva el contrato ejecutando la sentencia recaída en el procedimiento contencioso-administrativo en sus propios términos.

En mérito a lo que antecede esta Comisión Jurídica Asesora aprueba el siguiente,

ACUERDO

Procede la devolución del presente expediente al no ser preceptivo el dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora.

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 esta Comisión Jurídica Asesora de conformidad con lo establecido en el artículo 22.5 del ROFCJA.

Madrid, a 9 de febrero de 2017

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Acuerdo nº 3/17

Excma. Sra. Alcaldesa de Madrid

C/ Montalbán, 1 – 28014 Madrid