

Acuerdo nº: **9/17**
Consulta: **Consejera de Transportes, Vivienda e
Infraestructuras**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **11.10.17**

ACUERDO del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad en su sesión de 11 de octubre de 2017, sobre la solicitud formulada por el consejero de Transportes, Vivienda e Infraestructuras de la Comunidad de Madrid al amparo del artículo 5.3.f) d. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, sobre resolución del contrato de obras denominado «*Adecuación de la protección acústica a la declaración de impacto ambiental del proyecto “Duplicación de la carretera M-501 entre Quijorna y Navas del Rey” de la Comunidad de Madrid*», solicitada por la contratista.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 27 de septiembre de 2017 tuvo entrada en la Comisión Jurídica Asesora una solicitud de dictamen formulada por el consejero de Transportes, Vivienda e Infraestructuras en relación con la resolución del contrato identificado en el encabezamiento.

A dicho expediente se le asignó el número 395/17, comenzando el cómputo del plazo de treinta días para la emisión del dictamen previsto en el artículo 23.1 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de

la Comisión Jurídica Asesora, aprobado por el 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 Doña Ana Sofía Sánchez San Millán, quien formuló y firmó la propuesta de acuerdo, deliberada y aprobada por el Pleno de la Comisión Jurídica Asesora en sesión celebrada el día 11 de octubre de 2017.

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

1. Por Orden del consejero de Transportes, Vivienda e Infraestructuras de 11 de junio de 2015, se aprobó el proyecto de ejecución de las obras de *«Adecuación de la protección acústica a la declaración de impacto ambiental del proyecto "Duplicación de la Carretera M-501 entre Quijorna y Navas del Rey" de la Comunidad de Madrid»*.

El 31 de diciembre de 2015 se aprobó el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) que había de regir la licitación del contrato, a adjudicar por procedimiento abierto.

A tenor del PCAP, el objeto del contrato consistía *«en el establecimiento de pantallas acústicas en la autovía autonómica M-501 entre Quijorna y Navas del Rey, dando cumplimiento a las condiciones de la Declaración de Impacto Ambiental del Proyecto de "Duplicación de la carretera M-501 entre Quijorna y Navas del Rey" en los términos municipales de Quijorna, Villanueva de Perales, Navalagamella, Colmenar del Arroyo, Chapinería y Navas del Rey»*.

Conforme a la cláusula 18, la ejecución del contrato se realizaría a riesgo y ventura del contratista sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 231 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSPP) para casos de fuerza mayor.

Por lo que se refiere al plazo para la ejecución del contrato, la cláusula 24 del PCAP en relación con el apartado 15 de la cláusula 1 lo establecía en un mes computado desde el día siguiente al de la fecha del acta de comprobación del replanteo, si la Administración autorizaba el inicio de la obra.

Asimismo, la cláusula 43, dentro del capítulo dedicado a la extinción del contrato, contemplaba su resolución, además de por las causas recogidas en los artículos 85, 223 y 237 del TRLCSP, por las consistentes en:

- La pérdida sobrevenida de los requisitos para contratar con la Administración.
- El incumplimiento de las limitaciones establecidas en materia de subcontratación, sin perjuicio de las penalidades que, en su caso, se pudieran imponer, conforme a lo establecido en la cláusula 25.
- La obstrucción a las facultades de dirección e inspección de la Administración.
- El incumplimiento de la obligación del contratista de guardar sigilo respecto de los datos o antecedentes que, no siendo públicos o notorios, estén relacionados con el objeto del contrato y de los que tenga conocimiento con ocasión del mismo.
- El incumplimiento culpable por parte del contratista de lo establecido en la Ley 8/2005, de 26 de diciembre, de Protección y Fomento del Arbolado Urbano de la Comunidad de Madrid, siempre y cuando su conducta haya sido objeto de sanción muy grave, conforme a lo dispuesto en el artículo 11.2.1 de dicha Ley.

En cuanto a las consecuencias de la resolución, el penúltimo párrafo de la cláusula prevé que

“En los casos de resolución por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados. La indemnización se hará efectiva sobre la garantía, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada”.

2. Mediante Orden del consejero de Transportes, Vivienda e Infraestructuras de 27 de mayo de 2016, se adjudicó el contrato a la Unión Temporal de Empresas M-501 ARIOLIVA APINSE UTE, por un importe de la adjudicación de 208.772,19 euros (IVA incluido), y el plazo de ejecución de un mes a contar desde el acta de comprobación del replanteo.

El contrato se formalizó el 29 de junio de 2016.

3. Con fecha 15 de julio de 2016, el representante de la contratista y la dirección de la obra levantaron el acta de comprobación del replanteo con el siguiente contenido:

« (...) En la solución contemplada en proyecto de las cimentaciones de la pantalla mediante pilotes de sustentación de pilares y vigas de atado de unión de los mismos se observa lo siguiente:

Existen dudas sobre la ejecución según lo indicado en el Proyecto ya que los pilotes descritos en el proyecto se ejecutan en una superficie horizontal que en el terreno no existe. El contratista adjudicatario expresa lo siguiente: "Existe un problema constructivo para la ejecución de la pantalla definida en el proyecto como P-5. Dicha pantalla se encuentra situada en una vía de servicio en la cual hay una parada de autobús; la alineación de esta pantalla intersecta con

una obra de drenaje transversal (marco prefabricado de hormigón) y además el proyecto en este punto define una viga de atado, que una vez realizada la visita a la obra parece imposible de ejecutar. Existe también una línea de alumbrado público que posiblemente también se vería afectada”.

PANTALLA 5:

En esta pantalla nos encontramos con la misma problemática que en la 4b, ya que es continuación de la misma, una vez salvado el vado de entrada a la finca donde se ubica la edificación a proteger acústicamente (edificación en la actualidad abandonada)

(...) Asimismo, el adjudicatario del contrato manifiesta lo siguiente:

"En ningún punto del proyecto se define la unión entre el pilote y la estructura metálica de la pantalla. Sólo en un plano aparece como empotrada en el pilote. A nuestro entender habría que ejecutar dicha unión mediante una placa de anclaje a la cual se soldaría o atornillaría la estructura metálica. Habría que realizar los cálculos que definan dicha placa de anclaje y someterlo a aprobación por parte de la Dirección Facultativa.

En el proyecto definen una Pantalla Acústica Fonoabsorbente que coincide con una marca determinada; esa empresa ya no existe. Nos ponemos en contacto con empresas que fabrican Pantallas Acústicas Fonoabsorbentes y que cumplen con todas las especificaciones que indica el Proyecto, encontrándonos con el problema, que ese material se fabrica únicamente sobre pedido y su plazo de entrega es de 1,5 meses desde la formalización del mismo, siendo el plazo de ejecución de la obra de 1 Mes”.

Por todo lo anteriormente mencionado, se debe estudiar la viabilidad constructiva de acuerdo a lo manifestado en esta acta, lo cual podría provocar la aprobación de nuevos precios o de una modificación de contrato, y por lo tanto NO SE AUTORIZA al Contratista el comienzo de las obras (...).».

3. Por Orden de 14 de marzo de 2017 se autorizó el inicio de un expediente de modificación del contrato en virtud de la solicitud formulada por la Subdirección General de Planificación, Proyectos y Construcción.

TERCERO.- 1. El 16 de marzo de 2017 tuvo entrada en la consejería competente un escrito presentado en representación de la UTE contratista en el que se comunicaba el fallecimiento el día 8 de marzo de 2017 del administrador único de las empresas integrantes de la UTE. En el escrito se decía que dicho suceso iba a provocar en la empresa falta de liquidez y retrasos a la hora de habilitar pagos, hacer pedidos y demás problemas, dado que debían realizar gestiones que iban a retrasar enormemente todos los trámites.

En virtud de todo lo expuesto se solicitaba la rescisión del contrato ante la imposibilidad por parte de la empresa de poder llevarlas a cabo.

2. Consta en el expediente que el día 3 de mayo de 2017 la jefa adjunta del Servicio de Contratación emitió informe en el que indicaba que a la vista de las causas de resolución del contrato de obras enumeradas en el TRLCSP ni el fallecimiento del administrador único de las empresas integrantes de la UTE ni la falta de liquidez constituirían causa de resolución del contrato de referencia, por lo que procedería desestimar la solicitud de resolución formalizada por el contratista.

3. El 27 de junio de 2017, al amparo de lo establecido en el artículo 44 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, se publicó en el BOE la

audiencia a la empresa contratista ante la imposibilidad de hacerlo en su domicilio. Según consta en el expediente el día 10 de mayo de 2017 la notificación había sido devuelta por el Servicio de Correos por destinatario desconocido. No consta en el expediente que la UTE contratista haya formulado alegaciones.

4. Se ha recabado informe del Servicio Jurídico en la Consejería de Transportes, Vivienda e Infraestructuras, en el que se estima que no concurre causa legal para resolver el contrato de obras.

5. El 19 de septiembre de 2017 el subdirector general de Régimen Jurídico de la Consejería de Transportes, Vivienda e Infraestructuras emite informe propuesta de denegación de la solicitud de resolución del contrato.

6. Consta en el expediente administrativo una propuesta de resolución denegatoria de la solicitud de resolución del contrato, formulada por el viceconsejero de la Consejería afectada, en el que a la vista de las causas de resolución del contrato de obras enumeradas en el TRLCSP entiende que ni el fallecimiento del administrador único de las empresas integrantes de la UTE ni la falta de liquidez constituiría causa de resolución del contrato de referencia, por lo que deniega la solicitud formulada por la empresa contratista.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

ÚNICA.- La petición de dictamen se ha de entender realizada al amparo de lo dispuesto en el artículo 5.3.f) d. de la Ley 7/2015, de 28 de

diciembre, a cuyo tenor la Comisión Jurídica Asesora deberá ser consultada en los expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid en los supuestos de *“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”*, y ha sido formulada por órgano competente para ello en virtud de lo dispuesto en el artículo 18.3.a) del ROFCJA.

La legislación contractual del sector público 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 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, sino que, como hemos expuesto en los antecedentes, fue la empresa contratista la que solicitó a la Consejería de Transportes, Vivienda e Infraestructuras de la Comunidad de Madrid el inicio del procedimiento de resolución contractual invocando la imposibilidad de ejecución del contrato ante el fallecimiento del administrador único de las empresas integrantes de la UTE, con la consiguiente falta de liquidez y retrasos que iban a imposibilitar la realización de las obras por la empresa contratista.

El criterio de esta Comisión Jurídica Asesora sobre el 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 los acuerdos 9/16, de 1 de diciembre, y 3 y 4/2017, ambos de 9 de febrero, en los que declinamos el carácter preceptivo de nuestra intervención aun a pesar de haberse planteado oposición del contratista en cuanto a los efectos de la resolución del contrato a su instancia pretendida. Más recientemente en nuestro Acuerdo 7/17, de 5 de octubre, hemos reiterado nuestra postura contraria a la preceptividad del dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora cuando es el contratista el que insta la resolución contractual y es la Administración la que se opone a la misma, al considerar que no concurre el presupuesto exigido por los preceptos legales transcritos de que *“se formule oposición por parte del contratista”*.

En todos los acuerdos precitados nos hicimos eco de la línea jurisprudencial plasmada en las sentencias del Tribunal Supremo de 9 de enero de 2012 y de 26 de marzo de 2012 (recursos de casación 1523/2009 y 57/2010, respectivamente), que abordaron 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 Públicas, 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 la consejería competente le ponga fin mediante el dictado de la resolución que considere procedente en derecho.

En mérito a lo que antecede esta Comisión Jurídica Asesora adopta 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, 11 de octubre de 2017

La Vicepresidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Acuerdo nº 9/17

Excma. Sra. Consejera de Transportes, Vivienda e Infraestructuras

C/ Maudes nº 17 - 28003 Madrid