

Dictamen nº:

101/10

Consulta:

Consejero de Presidencia, Justicia e Interior

Asunto:

Contratación Administrativa

Aprobación:

14.04.10

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 14 de abril de 2010, sobre consulta formulada por la Agencia de la Comunidad de Madrid para la Reeducación y Reinscripción del Menor Infactor efectuada a través del Consejero de Presidencia, Justicia e Interior, al amparo del artículo 14.2, de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, sobre resolución del convenio suscrito con la Fundación A el 7 de noviembre de 2007.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 7 de diciembre de 2009 mediante Resolución del Presidente del Consejo de Administración de la Agencia de la Comunidad de Madrid para la Reeducación y Reinscripción del Menor Infactor, en lo sucesivo “*la Agencia*”, se acordó iniciar el expediente para la resolución del convenio de colaboración suscrito el 7 de noviembre de 2007 entre la Agencia y la Fundación A, en adelante “*la Fundación*”.

Los hechos deducidos del expediente administrativo son los siguientes:

El 25 de mayo de 2005 la Agencia y el Ayuntamiento de Aranjuez suscribieron un acuerdo marco de colaboración por el que el Ayuntamiento se obligaba a facilitar las gestiones necesarias para la construcción de un centro para menores para la ejecución de las medidas judiciales derivadas

de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de Responsabilidad Penal de los Menores y de su reglamento de desarrollo aprobado por el Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, y la Agencia a impulsar aquellos proyectos municipales en los que se solicite colaboración expresa.

El 1 de junio de 2005 se suscribió un protocolo general entre la Agencia y la Fundación por la que esta última se obliga a construir un centro destinado a la ejecución de medidas judiciales derivadas de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de Responsabilidad Penal del Menor, para 120 menores/jóvenes en el término municipal de Aranjuez. Por su parte, la Agencia manifiesta su interés en ingresar en ese centro, durante un periodo de 15 años, a menores en los términos previstos en el convenio a suscribir para desarrollar.

Posteriormente, el 7 de noviembre de 2007 se suscribió un convenio de colaboración entre la Agencia y la Fundación, por el que esta última se obligaba a poner a disposición de la Agencia un centro destinado a la guarda y reeducación de doscientos (200) menores y jóvenes en régimen de ejecución de medidas judiciales (190 plazas en régimen cerrado y 10 plazas para el internamiento terapéutico), así como a gestionar de forma integral el centro, atendiendo a su funcionamiento y mantenimiento de las infraestructuras del centro y, todo ello, bajo la supervisión y control de la Agencia. La Agencia se obliga a concertar con la Fundación, por un periodo mínimo de quince años, las doscientas plazas destinadas a la guarda y reeducación de los mismos en régimen de ejecución de medidas judiciales, así como a abonar a la Fundación el coste plaza/día fijado por menor pagadero a mes vencido.

De conformidad con la cláusula cuarta del convenio la Fundación se obliga a:

1º) Adquirir una parcela sita en el término municipal de Aranjuez, comprendida entre las parcelas aaa y bbb, del polígono ccc.

2º) Construir el centro sobre la parcela mencionada, de acuerdo con el proyecto que se adjunta como anexo I del Convenio.

Dicho convenio dispone que la Fundación deberá poner a disposición de la Agencia un total de 200 plazas, en dos fases:

- Veinticuatro plazas en fecha 17 de diciembre de 2007.
- El resto de las plazas (ciento setenta y seis) en septiembre de 2008.

Dicho Convenio fue aprobado mediante acuerdo del Consejo de Gobierno de 26 de abril de 2007, en el que también se acordó autorizar el gasto de 249.496,52 euros derivado de las obligaciones reconocidos en el mismo por el periodo de quince años.

Mediante acuerdo del Consejo de Administración de la Agencia de 2 de febrero de 2009 se aprobó la resolución del Convenio suscrito al haberse dictado por la Dirección General de Evaluación Ambiental de la Consejería de Medio Ambiente, Vivienda y Ordenación del Territorio informe desfavorable el 18 de noviembre de 2008 a la construcción del centro denominado B, promovido por la Fundación en el término municipal de Aranjuez.

El 27 de enero de 2009 se inició de oficio, el expediente de resolución del convenio de colaboración suscrito el 7 de noviembre de 2007 entre la Agencia y la Fundación. Consta informe emitido por el Servicio Jurídico de fecha 3 de marzo de 2009 en el que se dispone que *“la Fundación A, antes de adquirir la parcela correspondiente, debería haberse informado acerca de la situación urbanística y ambiental del terreno afectado y una vez hubiera comprobado la imposibilidad de ejecución en todo el territorio se hubiera procedido a una modificación del Protocolo en cuanto a dicho*

lugar se refiere. No siendo así, pero constando claramente la buena fe con la que han actuado ambas partes, este Servicio Jurídico considera que, en efecto, la resolución del mismo no debe afectar a la entidad A, siendo más oportuno llegar a un acuerdo entre ambas partes, que conlleve, o bien la indemnización de los terrenos adquiridos, o bien cualquier otra forma de compensación que las partes interesadas consideren oportuno”.

Asimismo, en la reunión mantenida el 30 de marzo de 2009 entre ambas partes se acordó:

“Tomando la palabra M.A., éste manifiesta que más que hablar de indemnización, sugiere la posibilidad de reconducir el proyecto que se deriva del convenio, a otro de más pequeñas dimensiones.

A ello, la Ilma. Sra. Directora-Gerente le pregunta si ello sería factible sin hacer una evaluación de impacto medio ambiental, a lo que contesta M.A. que podría ser, aunque no ofrece datos sobre qué terrenos.

Llegado a este punto, se desarrollan distintas intervenciones por ambas partes.

M.A. y S.A. insisten a la Directora-Gerente en reconsiderar el proyecto en otros términos menos amplios, arguyen que desde la Dirección General de Urbanismo no se les dijo no al proyecto y exponen a la misma si se pudiera alegar ante el órgano competente un interés social prioritario en la construcción del centro B.

Por parte de la Ilma. Sra. Directora-Gerente, sobre la base de los distintos informes que se leen y presentan, es decir, el informe desfavorable de impacto medio ambiental y el dictamen jurídico de fecha 3 de marzo de 2009 emitido por los servicios jurídicos de la Consejería de Presidencia, Justicia e Interior, manifiesta que por parte de esta Gerencia se ha puesto total empeño en sacar el proyecto adelante, habiendo realizado desde hace

dos años la correspondiente retención de crédito, pero no puede ir en contra del informe desfavorable de evaluación de impacto medio ambiental. Añade que replantear el proyecto, da lugar a otro convenio independiente del que se cuestiona. Por todo ello, insiste en que, en términos legales, hay que resolver el Convenio suscrito, al margen de poder seguir planteando proyectos de futuro, dejando asentado que son dos temas totalmente diferenciados. Asimismo, insta a que se resuelva de mutuo acuerdo el Convenio citado conforme a Ley, y que por parte de la Fundación A se traslade a la Gerencia la cantidad indemnizatoria que estimen procedente.

Los representantes de la Fundación A acuerdan mantener, en breve plazo, otra reunión para concretar la resolución de mutuo acuerdo del convenio citado, conviniendo la cantidad indemnizatoria.

A las 13,35 horas, se da por concluida la reunión“.

Finalmente, mediante resolución de 29 de octubre de 2009 de la Directora Gerente de la Agencia se acordó declarar la caducidad del expediente de resolución al haberse superado el plazo de tres meses para su tramitación. Dicha resolución fue notificada a la Fundación el 2 de noviembre de 2009.

El 7 de diciembre de 2009 el Presidente del Consejo de Administración de la Agencia acordó iniciar el expediente de resolución del convenio de colaboración como consecuencia “*del incumplimiento por parte de la Fundación de la cláusula cuarta del convenio, que recogía la obligación de poner a disposición de la Agencia, en primera fase, 24 plazas a partir del 17 de diciembre de 2007 y el resto en diciembre de 2008*”.

La Fundación en el trámite de alegaciones ha presentado un escrito oponiéndose a la pretensión de resolución, alegando que no ha lugar a la aplicación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, la falta de respuesta al escrito presentado por la Fundación el 18 de noviembre de

2009 por el que propone la modificación del convenio suscrito en cuanto a la localización de la parcela donde ha de situarse el centro y que el incumplimiento no puede imputarse a la misma por las siguientes razones:

1º) La localización de la finca sobre la que había de construirse el centro no dependía de la Fundación, sino que en el convenio suscrito, se designaba con toda precisión el polígono y la parcela sobre la que había de edificarse el mencionado centro, obligando a la Fundación a adquirir ésta y no otra parcela.

2º) El obstáculo que ha impedido la ejecución del convenio en sus términos, viene dado por la Resolución de la Dirección General de Evaluación Ambiental de 18 de noviembre de 2008, en la que se pronunció desfavorablemente, lo que impedía la construcción del centro en la parcela designada en el convenio.

El 28 de enero de 2010 la Directora Gerente de la Agencia ha emitido un informe en el que manifiesta que la resolución del convenio deriva no de la falta de construcción del centro sino de la falta de puesta a disposición de la Agencia de las plazas para atención de menores/jóvenes prevista en el convenio a partir de diciembre de 2007, y acuerda que “*en virtud de lo establecido en la cláusula décima del convenio, en el artículo 59 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, artículos 111 h), 112.1 y 113.4 , esta Agencia propone la resolución del convenio referenciado, por haber devenido el mismo de imposible cumplimiento*”. Concluye dicha resolución que “*las obligaciones asumidas por la entidad en el convenio suscrito el 7 de noviembre de 2007, y recogidas en la cláusula tercera y quinta se han incumplido absolutamente, dado que en la fecha de elaboración del presente informe el centro no está edificado, en consecuencia no se ha puesto el mismo a disposición de la*

Agencia ni las primeras 24 plazas previstas para el 17 de diciembre de 2007 ni las restantes plazas en septiembre de 2008”.

El servicio jurídico ha emitido informe favorable a la resolución por incumplimiento el 12 de febrero de 2010.

Finalmente, se dicta propuesta de resolución del Convenio con fecha 16 de febrero de 2010 de conformidad con lo manifestado en el informe de la Directora-Gerente de la Agencia.

SEGUNDO.- El Consejero de Presidencia, Justicia e Interior acordó remitir al presente Consejo Consultivo el expediente para la emisión de dictamen al amparo del artículo 14.2 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, reguladora del Consejo Consultivo, habiendo tenido entrada en este Consejo Consultivo el 24 de febrero de 2010, por trámite ordinario, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, a la Sección III, presidida por el Excmo. Sr. D. Javier María Casas Estévez.

El 11 de marzo de 2010 el Presidente del Consejo Consultivo acordó solicitar la subsanación del expediente, consistente en las actuaciones derivadas del primer expediente de resolución tramitado, con la suspensión del plazo para la emisión del dictamen. Dicha subsanación ha tenido entrada en el Registro del Consejo el 18 de marzo de 2010.

Asimismo, en fecha 4 de marzo de 2010 tuvo entrada en el presente Consejo Consultivo escrito de la Fundación en el que formulaba alegaciones al expediente de resolución. Mediante resolución del Secretario General del Consejo se ha acordado la devolución del precitado escrito al no estar contemplado en la ley reguladora del Consejo el trámite de audiencia, sin perjuicio del derecho del interesado a acceder al expediente como consagra el artículo 35. a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC).

El presidente de la Sección III firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 14 de abril de 2010.

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 el antecedente de hecho anterior.

A la vista de los hechos anteriores cabe hacer las siguientes

CONSIDERACIONES EN DERECHO

PRIMERA.- El convenio es un negocio jurídico bilateral que tiene por objeto la colaboración, cooperación o coordinación de las partes que los suscriben en asuntos de interés común y del que se derivan compromisos para la realización de actuaciones determinadas dentro del ámbito de la competencia propia de las partes (véase criterio 2º del Acuerdo de 16 de octubre de 2003, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueban criterios de coordinación de la actividad convencional de la Comunidad de Madrid). Por tanto, los convenios de colaboración si bien tienen naturaleza negocial, no se regulan por la legislación de contratos. El TRLCAP en la redacción vigente a la fecha del convenio, disponía en su artículo 3.1 letra d) que se excluía de su ámbito de aplicación:

“Los convenios de colaboración que, con arreglo a las normas específicas que los regulan, celebre la Administración con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado, siempre que su objeto no esté comprendido en los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales”.

Dicho artículo 3, en su apartado segundo, señala que dichos convenios se “regularán por sus normas especiales, aplicándose los principios de esta Ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse”. De la literalidad de este precepto se desprende que la aplicación supletoria del TRLCAP sólo cabe en el supuesto de que existan “dudas y lagunas” en el régimen de los convenios de colaboración, es decir, en defecto o cuando sea oscura y de difícil interpretación la normativa especial reguladora del convenio en cuestión.

En el caso objeto de dictamen el convenio tiene su origen en lo dispuesto en el artículo 45.3 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de Responsabilidad Penal del Menor, que dispone que “*las Comunidades Autónomas y las Ciudades de Ceuta y Melilla podrán establecer los convenios o acuerdos de colaboración necesarios con otras entidades, bien sean públicas, de la Administración del Estado, Local o de otras Comunidades Autónomas, o privadas sin ánimo de lucro, para la ejecución de las medidas de su competencia, bajo su directa supervisión, sin que ello suponga en ningún caso la cesión de la titularidad y responsabilidad derivada de dicha ejecución*”.

En primer lugar, hemos de analizar si el presente convenio cumple con las exigencias dispuestas en el TRLCAP. A tal efecto no demos olvidar que si bien el artículo 45.3 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de Responsabilidad Penal del Menor, admite la celebración de convenios para la ejecución de las competencias de las Comunidades Autónomas en la materia, dicha admisibilidad debe concertarse con lo dispuesto en el artículo 3.1d) del TRLCAP, en la redacción vigente a la fecha de suscripción del convenio el 7 de noviembre de 2007.

La Ley 13/1995, de 18 de mayo, ya dispuso en su artículo 3.1d) que quedaban excluidos de dicha Ley los convenios de colaboración que, con arreglo a las normas específicas que los regulan, celebre la Administración

con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado, siempre que su objeto no esté comprendido en los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales.

Por lo tanto, son dos los requisitos exigidos para que el convenio no se someta a las consideraciones del TRLCAP: que exista una normativa específica que lo admita y que su objeto no esté comprendido en los contratos regulados en la referida Ley o en normas administrativas especiales (*vid. informe 70/1999, de 11 de abril de 2000 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa*).

Como hemos visto anteriormente, la primera de las premisas se cumple adecuadamente. Por lo que resta por determinar si el objeto del convenio es similar a las fórmulas contractuales reguladas en la Ley de Contratos.

El Convenio tiene por objeto las siguientes obligaciones de las partes, la Fundación se obligaba a poner a disposición de la Agencia un centro destinado a la guarda y reeducación de doscientos (200) menores y jóvenes en régimen de ejecución de medidas judiciales (190 plazas en régimen cerrado y 10 plazas para el internamiento terapéutico), así como a gestionar de forma integral el centro, atendiendo a su funcionamiento y mantenimiento de las infraestructuras del centro y, todo ello, bajo la supervisión y control de la Agencia. En la cláusula cuarta se concreta dicha obligación de la Fundación de la siguiente manera:

1º) Adquirir una parcela sita en el término municipal de Aranjuez, comprendida entre las parcelas aaa y bbb, del polígono ccc.

2º) Construir el centro sobre la parcela mencionada, de acuerdo con el proyecto básico que se adjunta como anexo I del Convenio.

Por su parte, la Agencia se obliga a concertar con la Fundación, por un periodo mínimo de quince años, las doscientas plazas destinadas a la guarda

y reeducación de los mismos en régimen de ejecución de medidas judiciales, así como a abonar a la Fundación el coste plaza/día fijado por menor, pagadero a mes vencido.

A la vista de lo pactado se puede concluir que el objeto del contrato es complejo, pues de un parte se obliga a construir un centro, según las especificaciones del proyecto que se anexan al convenio, y posteriormente a gestionar el servicio de reeducación de menores en régimen de internamiento en los términos previstos en la Ley de Responsabilidad Penal del Menor, así como a sufragar y gestionar los servicios de alimentación, seguridad, limpieza y suministros del referido centro.

Su objeto se asimila al de un contrato de gestión de un servicio público, en sus modalidades de concesión o de concierto de conformidad con lo dispuesto en el artículo 156 del TRLCAP.

Para ello analizaremos el contenido de dichos contratos a efectos de determinar la necesidad de sometimiento a las disposiciones de la Ley de Contratos. El artículo 155.1 de la Ley de Contratos regula el contrato de gestión de servicios públicos, disponiendo que *“la Administración podrá gestionar indirectamente, mediante contrato, los servicios de su competencia, siempre que tengan un contenido económico que los haga susceptibles de explotación por empresarios particulares. En ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos”*. A la vista de dicho artículo son dos los requisitos exigidos para que un servicio público pueda gestionarse indirectamente, en primer lugar que tengan un contenido económico que lo haga susceptible de explotación por empresarios y, en segundo lugar, que dichos servicios no impliquen el ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos.

El objeto del convenio es la construcción y gestión integral de un centro de reeducación de menores en los términos previstos en la Ley de Responsabilidad Penal del Menor, se trata de la ejecución de las sentencias dictadas por los Juzgados de Menores, al proceder al internamiento de los jóvenes en dichos centros. El artículo 45 de la Ley de Responsabilidad Penal del Menor atribuye a las Comunidades Autónomas y de las Ciudades de Ceuta y Melilla la ejecución de las medidas adoptadas por los Jueces de Menores en sus sentencias firmes. En el ámbito de la Comunidad de Madrid la Ley 3/2004, de 10 de diciembre, por la que se crea la Agencia de la Comunidad de Madrid para la Reeducación y Reinserción del Menor Infractor, le atribuye, ex artículo 2, la competencia para la ejecución de dichas medidas judiciales.

La cláusula sexta del Convenio regula la forma de gestión del centro remitiéndose a las líneas de actuación que se adjuntan como anexo II del convenio, cuya copia no consta en el expediente, y manifestando que el ejercicio de las autoridades de inspección, supervisión y control de centro corresponderá a la referida Agencia. A la vista del contenido de dicho Convenio se puede concluir que se ha encomendado a una Fundación la participación en la gestión de un servicio público de ejecución de medidas judiciales de restricción de la libertad.

Como señala el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Pública 2/2006, de 24 de marzo, existe dificultad a la hora de determinar que tipología legal de servicios implican el ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos, *“de concretar tal expresión, señalándose como ejemplos de materias vedadas a la contratación, la potestad sancionadora, la defensa nacional, la seguridad ciudadana y el sistema penitenciario en su núcleo fundamental”*. Por ello, aún cuando se desconoce el alcance concreto de las facultades de gestión del centro objeto del contrato, sí puede concluirse que son los encargados de la gestión integral del centro, entre lo que incluye los

servicios de reeducación de los menores infractores, por lo tanto actuaciones que implican el ejercicio de autoridad pública y que por ello no pueden ser objeto del contrato analizado.

A mayor abundamiento, tampoco existe un riego y ventura del supuesto concesionario ya que no existe un riesgo de explotación ni se traslada a la Fundación responsabilidad sobre la organización o funcionamiento del centro.

Otra nota interesante es que en las concesiones el servicio incide de manera directa en el destinatario de la prestación. En este caso, si bien el destinatario es el menor, es una prestación de la Administración en virtud de competencias asumidas en materia del menor, que al no poder efectuarlas plenamente con sus propios medios, acude a medios externos, pero el servicio se presta para dar cumplimiento a una resolución judicial o administrativa que compromete al menor y a su familia y que nada tiene que ver con la libre utilización por éstos de un servicio concesional por que paga un precio público o tarifa.

Dicho lo cual, no obstante, existe una dificultad añadida en tanto el convenio abarca otros conceptos más allá de la ejecución de las medidas judiciales, como son los servicios de mantenimiento, limpieza, comida y vigilancia que no parece que dichos servicios debieran estar excluidos de la Ley de Contratos y reservadas a entidades sin ánimo de lucro, por cuanto el artículo 45.3 de la Ley del Menor al permitir acudir al convenio para la ejecución de las medidas, ello no puede implicar la totalidad de los servicios inherentes a los inmuebles en los que se desarrollan dichos servicios.

A la vista del carácter complejo del objeto del convenio y sin perjuicio de lo manifestado respecto de alguna de las prestaciones accesorias de las principales, se admite la figura del convenio por no tener por objeto las prestaciones típicas de los contratos regulados en la Ley de contratos.

Por lo tanto, el presente convenio se ha suscrito al amparo de lo dispuesto en el artículo 45.3 de la Ley del Menor y se regirá por lo pactado en el mismo y supletoriamente por lo dispuesto en la Ley de contratos y en lo no previsto en la misma por las normas de derecho privado de carácter contractual.

La cláusula décima del convenio regula las causas de resolución del convenio y establece un mecanismo para la resolución en caso de incumplimiento por parte de la Fundación.

La petición de dictamen no se sustenta formalmente en precepto alguno de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, sin embargo la propuesta de resolución cita los artículos 111 y 59.3 del TRLCAP, por lo que la petición se encuentra fundamentada en lo dispuesto en el artículo 13.1f) apartado cuarto de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, a cuyo tenor el Consejo Consultivo deberá ser consultado 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”*. El artículo 59.3 del TRLCAP, a la sazón vigente, se refiere a la necesidad de dictamen del Consejo de Estado u órgano equivalente de las Comunidades Autónomas cuando, en los supuestos manifestados, se formule oposición por el contratista.

Sin perjuicio de las matizaciones en relación a la aplicación directa de dichos preceptos, este Consejo considera que dicha fundamentación resulta adecuada para la emisión de dictamen.

SEGUNDA.- El convenio fue suscrito el 7 de noviembre de 2007, y el procedimiento de resolución se inició el 7 de diciembre de 2009 por lo que de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Transitoria Primera

apartado segundo de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, resulta de aplicación, siempre con carácter supletorio, las disposiciones en materia de resolución de contratos previsto en el TRLCAP.

En materia de procedimiento, la resolución de contratos administrativos exige atenerse a lo previsto en los artículos 59.1 del TRLCAP a cuyo tenor *“dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, (...) acordar su resolución y determinar los efectos de ésta. En el correspondiente expediente se dará audiencia al contratista”*. El apartado tercero de dicho artículo dispone que será preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de interpretación, nulidad y resolución, cuando se formule oposición por parte del contratista.

Por su parte el artículo 112 del TRLCAP dispone en su apartado primero que *“la resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, en su caso, mediante el procedimiento en la forma que reglamentariamente se determine”*. 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 (RGCAP), regula el procedimiento, estableciendo:

“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”.*

De la meritada normativa resulta, aparte de la necesidad de emisión de dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, la ineludible necesidad de dar audiencia al contratista (cfr. artículos 59.1 del TRLCAP y 114.2 del RGCAP). Al no existir avalista se obvia dicho trámite. En nuestro caso, se ha observado el trámite de audiencia a la Fundación el 17 de diciembre de 2009, habiéndose presentado escrito de alegaciones el 28 de diciembre siguiente.

En dicho escrito la Fundación ha manifestado que no ha lugar a la aplicación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, la falta de respuesta al escrito presentado por la Fundación el 18 de noviembre de 2009, por el que propone la modificación del convenio suscrito en cuanto a la localización de la parcela donde ha de situarse el centro, y que el incumplimiento no puede imputarse a la misma por las siguientes razones:

1º) La localización de la finca sobre la que había de construirse el centro no dependía de la Fundación, sino que en el convenio suscrito, se designaba con toda precisión el polígono y la parcela sobre la que había de edificarse el mencionado centro, obligando a la Fundación a adquirir ésta y no otra parcela.

2º) El obstáculo que ha impedido la ejecución del convenio en sus términos, viene dado por la Resolución de la Dirección General de Evaluación Ambiental de 18 de noviembre de 2008, en la que se pronunció desfavorablemente, lo que impedía la construcción del centro en la parcela designada en el convenio.

El 28 de enero de 2010 la Directora Gerente de la Agencia ha emitido un informe en el que manifiesta que la resolución del convenio deriva no de la falta de construcción del centro sino de la falta de puesta a disposición de la Agencia de las plazas para atención de menores/jóvenes prevista en el convenio a partir de diciembre de 2007, y acuerda que “*en virtud de lo establecido en la cláusula décima del convenio, en el artículo 59 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, artículos 111 h), 112.1 y 113.4, esta Agencia propone la resolución del convenio referenciado, por haber devenido el mismo de imposible cumplimiento*”. Concluye dicha resolución que “*las obligaciones asumidas por la entidad en el convenio suscrito el 7 de noviembre de 2007, y recogidas en la cláusula tercera y quinta se han incumplido absolutamente, dado que en la fecha de elaboración del presente informe el centro no está edificado, en consecuencia no se ha puesto el mismo a disposición de la Agencia ni las primeras 24 plazas previstas para el 17 de diciembre de 2007 ni las restantes plazas en septiembre de 2008*”.

El servicio jurídico ha emitido informe favorable a la resolución por incumplimiento de conformidad con lo establecido en el artículo 111 h) del TRLCAP el 12 de febrero de 2010.

Por lo que se refiere al plazo para resolver el expediente de resolución de contrato, ni el TRLCAP ni el RGCP establecen nada al respecto. Tanto el Consejo de Estado (dictámenes nº 1255/2006 y 692/2006) como la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (informe 16/2000, de

16 de abril) consideran que no ha lugar a aplicar supletoriamente la LRJ-PAC, por ser un procedimiento especial en materia de contratación en donde no se ejercitan potestades administrativas ni de intervención como de forma expresa se recoge en el artículo 44.2 de la LRJ-PAC. Ello no obstante, el Tribunal Supremo, en sentencias de 2 de octubre de 2007 (RJ 2007/7035) y de 13 de marzo de 2008 (RJ 2008/1379) ha declarado la aplicación supletoria de la LRJ-PAC de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional Séptima del TRLCAP, de forma que si no se resuelve en un plazo de tres meses habiéndose iniciado de oficio, se entiende caducado ex artículo 44.2 de la LRJ-PAC.

El presente expediente se ha iniciado el 7 de diciembre de 2009 y si bien el transcurso del plazo de tres meses supondría que el expediente habría caducado el 7 de marzo de 2010; sin embargo, al haberse solicitado la emisión de dictamen en plazo no se ha producido la caducidad del mismo. La remisión al presente Consejo tuvo lugar el 24 de febrero de 2010 por lo que de conformidad con lo previsto en el artículo 42.5 c) de la LRJ-PAC el plazo se suspende desde que se solicite la emisión de dictamen hasta la recepción del mismo, sin que dicho plazo pueda exceder de tres meses. Dicho precepto exige que tanto la solicitud de dictamen como la recepción del mismo se comuniquen a los interesados. En el caso objeto de dictamen, si bien no consta en el expediente que se haya notificada a la Fundación la solicitud de emisión de dictamen al presente Consejo, queda acreditado que la misma ha tenido conocimiento de ello, y así lo manifiesta en el escrito de alegaciones presentado ante este organismo el pasado 4 de marzo en el que declara que ha tenido conocimiento de la solicitud efectuada el pasado 16 de febrero. Por todo ello, el plazo para la resolución del expediente se encuentra suspendido desde el 24 de febrero de 2010.

TERCERA.- Resta por determinar si concurre o no la causa de resolución alegada por la Agencia. A tal efecto el propio convenio dispone en su cláusula décima que “*los incumplimientos graves y reiterados, imputables a la Fundación A de la obligación expresada en la Cláusula Primera desarrollada en la Cláusula sexta del presente convenio, facultará a la Agencia para resolver el Convenio. El ejercicio de la facultad resolutoria estará condicionado a que:*

- 1) Se trate de incumplimientos graves y reiterados, imputables a la Fundación A.*
- 2) La Agencia notifique fehacientemente a la Fundación A la naturaleza de los incumplimientos, con descripción pormenorizada de los mismos.*
- 3) Sólo será posible subsanar por una sola vez, y el segundo requerimiento determinará la resolución del convenio.*

Subsidiariamente, se aplicarán las establecidas en el artículos 167 de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas (Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio).

La cláusula primera del convenio dispone que la Fundación se obliga a poner a disposición de la Agencia un Centro destinado a la guarda y reeducación de doscientos menores/jóvenes en régimen de ejecución de medidas judiciales, así como a gestionar de forma integral el centro, atendiendo a su funcionamiento y mantenimiento bajo la supervisión y control de la Agencia. En la cláusula sexta se desarrolla esta obligación indicando que las facultades administrativas de inspección, supervisión y control del centro corresponderá a la Agencia de conformidad con la Ley 3/2004, de 10 de diciembre, de creación de la Agencia y que la gestión del centro se llevará a cabo de acuerdo con el proyecto de gestión del centro de menores de Aranjuez que se incorpora como anexo al convenio.

La propuesta de resolución acuerda que se debe resolver el convenio “*por el incumplimiento de las obligaciones asumidas por la Fundación en las cláusulas tercera, cuarta y quinta del mismo, y ello de conformidad con el contenido de las cláusulas indicadas así como de los artículo 111, letra h), 112.1 y 113.4 del TRLCA*”.

Disponen dichas cláusulas:

“*TERCERA.- La duración del presente Convenio, abarcara un periodo de quince (15) años comprendido entre la firma del mismo y finalización el 31 de octubre de 2022. Surtirá efectos económicos a partir del día 17 de diciembre de 2.007, fecha en la que La Fundación A pondrá a disposición de la Agencia las primeras veinticuatro plazas (24) a las que se refiere la Cláusula Primera. Entendiéndose como plena eficacia del Convenio la obligación por parte de Fundación A de construir y poner en funcionamiento el centro, obligándose desde la firma del presente con los compromisos que se recogen en el mismo.*

El día inicial del plazo a que se refiere el párrafo anterior no impide que para el presente Convenio surta todos sus efectos entre las partes que lo han suscrito desde su formalización.

Finalizados los quince (15) años de este Convenio, se podrá prorrogar anualmente por acuerdo entre las partes.

CUARTA.- Para dar puntual cumplimiento a la obligación que pesa sobre la Fundación A, expresada en la Cláusula Primera del presente Convenio, consistente en poner a disposición de la Agencia un Centro destinado a la guarda y reeducación de doscientos (200) menores/jóvenes en régimen de ejecución de medidas judiciales, la Fundación A se obliga a:

Primero: Adquirir una parcela sita en el término municipal de Aranjuez (Madrid), comprendida entre las parcelas aaa y bbb, del polígono ccc.

Segundo: Construir el Centro sobre la parcela mencionada en el número anterior, que ha sido objeto del Proyecto suscrito por el Arquitecto J.M.M., estando en trámite su visado por el Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid, al que la Agencia y la Fundación A han dado su conformidad y cuyos datos fundamentales se recogen en el Anexo I “Proyecto Básico del Centro Reeducador de Menores en Régimen Cerrado de Aranjuez”, que se une al presente Convenio.

QUINTA. - La gestión de la obra de construcción, que incluye la designación de la Dirección Facultativa, la contratación de la empresa constructora, la administración y control económico y técnico de la edificación hasta la total terminación de la obra, sus infraestructuras, equipamientos y servicios, será por cuenta de la Fundación A y los profesionales que ésta designe. La Agencia, si lo considera conveniente, podrá supervisar los trabajos que se vayan realizando, pudiendo introducir modificaciones en el Proyecto de acuerdo con el Director facultativo de las obras, y siempre que las mismas no impliquen variaciones sustanciales del Proyecto.

Las obras se realizarían en dos fases de forma que, acabada la primera fase, se pueda poner a disposición de la Agencia, veinticuatro plazas (24) de las doscientas (200) plazas concertadas, marcando una división que permitiera la ejecución de la segunda fase sin que afecte de forma importante a la primera, ya en funcionamiento. La primera fase consistirá en la construcción de las oficinas, comunicaciones, sala de ingresos y los módulos correspondientes para veinticuatro plazas.

La primera fase deberá encontrarse terminada y, por tanto, a disposición de la Agencia a partir del 17 de diciembre de 2.007. La segunda fase deberá encontrarse terminada y, por tanto, a disposición de la Agencia, en septiembre de 2.008.

La terminación y puesta en funcionamiento del centro será notificada, de forma fehaciente, por la Fundación A a la Agencia, la cual dará su conformidad al Centro y supervisará que se ajusta a las exigencias previstas en el Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores“.

La Fundación alega, en su defensa, que no ha podido construir el centro por haberse dictado resolución por la Dirección General de Evaluación Ambiental de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del territorio de fecha 18 de noviembre de 2008 en la que se pronuncia desfavorablemente a la construcción del centro. Asimismo, declara que la ubicación concreta del centro deriva de las propias cláusulas del convenio. Por ello, solicita que se acuerde la modificación del convenio, en los términos manifestados en el escrito presentado el 18 noviembre de 2009, que no consta en el expediente remitido al presente Consejo.

Como se ha analizado anteriormente el convenio contiene en su cláusula décima las disposiciones específicas para la resolución del convenio por el incumplimiento grave y reiterado del convenio por parte de la Fundación; sin embargo dicha cláusula parece referirse más a los incumplimientos de la Fundación en la gestión del centro que a la falta de puesta a disposición del mismo, atendiendo a un principio de interpretación sistemática consagrada en el artículo 1.285 del Código Civil, a cuyo tenor “*las cláusulas de los contratos deberán interpretarse las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas*”.

Asimismo, dicha cláusula décima se remite a lo dispuesto en el artículo 167 del TRLCAP que dispone que “*son causas de resolución del contrato de gestión de servicios públicos, además de las señaladas en el artículo 111, con la excepción de sus letras e) y f), las siguientes:*

- a) La demora superior a seis meses por parte de la Administración en la entrega al contratista de la contraprestación o de los medios auxiliares a que se obligó según el contrato.*
- b) El rescate del servicio por la Administración.*
- c) La supresión del servicio por razones de interés público.*
- d) La imposibilidad de la explotación del servicio como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración con posterioridad al contrato”.*

Por su parte el artículo 111 añade las siguientes causas de resolución del contrato:

- “a) La muerte o incapacidad sobrevenida del contratista individual o la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad contratista.*
- b) La declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento.*
- c) El mutuo acuerdo entre la Administración y el contratista.*
- d) La falta de prestación por el contratista de la garantía definitiva o las especiales o complementarias de aquélla en plazo en los casos previstos en la Ley y la no formalización del contrato en plazo.*
- e) (..)*
- f) (..)*

g) El incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales.

h) Aquellas que se establezcan expresamente en el contrato.

i) Las que se señalen específicamente para cada categoría de contrato en el articulado de esta Ley”.

La obligación de poner cierto número de plazas para la reeducación de menores a disposición de la Agencia es una obligación de la Fundación según se deriva de las cláusulas transcritas. Ahora bien, si el convenio se limitase tan sólo a señalar dicha obligación no cabría duda alguna del incumplimiento del convenio. Sin embargo, de la lectura conjunta de las cláusulas del convenio se colige que la obligación de la Fundación no es sólo la de poner a disposición un centro de menores sino que también a la construcción del mismo, en una determinada ubicación del término municipal de Aranjuez.

La imposibilidad de construir el centro no deriva de la culpa de la Fundación sino del informe desfavorable de la Dirección General de Evaluación Ambiental acordado mediante resolución de 18 de noviembre de 2008. Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2007 (RJ 2008/67) “*la conclusión acerca de la culpa se obtiene contraponiendo el comportamiento del contratista con un patrón de diligencia común al estándar ordinario de las obligaciones impuestas en el contrato. Son, por tanto, esenciales las condiciones que han concurrido en el desarrollo del contrato a fin de valorar si hubo ausencia de previsión de acuerdo con la naturaleza de las obligaciones y las circunstancias concretas de tiempo y lugar. Por ello, la administración que acuerda resolver un contrato debe probar la existencia de una situación objetiva de incumplimiento por parte del contratista. Por su parte el contratista deberá acreditar la existencia de una causa exoneradora de su responsabilidad*”.

A mayor abundamiento, y atendiendo a la aplicación supletoria de la Ley de contratos tanto el artículo 95 como el artículo 96 requieren que en caso de resolución por demora en la ejecución del contrato dicho retraso sea imputable al contratista. Por todo ello, este Consejo considera que no resultando imputable a la Fundación el incumplimiento del convenio no ha lugar a la resolución del mismo en los términos invocados por la Agencia.

Sin perjuicio de que el presente Dictamen se elabora sobre la propuesta formulada, no puede dejar de manifestarse la posibilidad de que se declare su resolución al amparo de la causa contemplada en el artículo 167 consistente en “*d) La imposibilidad de la explotación del servicio como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración con posterioridad al contrato*”. En el caso sometido a dictamen hay una imposibilidad de explotar el servicio derivado de la falta de construcción del centro por la declaración de impacto ambiental de carácter negativo. Supletoriamente, aplicando el derecho civil el artículo 1.184 del Código Civil dispone que “*también quedará liberado el deudor en las obligaciones de hacer cuando la prestación resultare legal o físicamente imposible*”. Así el Tribunal Supremo en sentencia de 2 de octubre de 1984 (R 4752) lo ha aplicado a obligaciones como la de construir un inmueble. Es requisito imprescindible que se trate de una imposibilidad absoluta; a estos efectos conviene poner de manifiesto que este Consejo desconoce el contenido de la declaración de impacto ambiental de 18 de noviembre de 2008, pero si de la misma o de cualquier resolución administrativa posterior, resulta una imposibilidad absoluta de construcción del centro, si podría aplicarse la referida causa al no haberse apreciado culpabilidad por parte de la Fundación.

Todo lo anterior sin perjuicio de la posibilidad de resolverlo de mutuo acuerdo o alcanzar un acuerdo para su modificación.

En mérito a lo expuesto el Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

No procede acordar la resolución del convenio de colaboración suscrito entre la Agencia y la Fundación el 7 de noviembre de 2007 en los términos propuestos por la Agencia al no apreciarse un incumplimiento culpable de la Fundación. Ello sin perjuicio de la posible aplicación del artículo 167d) del TRLCAP, conforme a lo razonado en la parte final de la fundamentación tercera del presente dictamen.

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.

Madrid 14 de abril de 2010

