

Dictamen n^o: **155/14**
Consulta: **Alcalde de Casarrubuelos**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **09.04.14**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 9 de abril de 2014, emitido ante la consulta formulada por el consejero de Presidencia, Justicia y portavoz del Gobierno, al amparo del artículo 13.1 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, sobre la resolución del contrato de obra denominado “*Urbanización de los sectores residenciales SUS-R1, SUS-R2 y SUS-R3 y redes generales exteriores de saneamiento*”.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 3 de marzo de 2014 tuvo entrada en el registro de este Consejo Consultivo solicitud de dictamen, del Ayuntamiento de Casarrubuelos, cursada a través del consejero de Presidencia, Justicia y portavoz del Gobierno, en relación al expediente de resolución del contrato de obra denominado “*Urbanización de los sectores residenciales SUS-R1, SUS-R2 y SUS-R3 y redes generales exteriores de saneamiento*”, celebrado con la empresa A. Correspondió su ponencia a la Sección IV, presidida por la Excm. Sra. Dña. Cristina Alberdi Alonso, quien firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 9 de abril de 2014.

El escrito solicitando el dictamen fue acompañado de la documentación que, numerada y foliada, se consideró suficiente.

SEGUNDO.- De los antecedentes que obran en el expediente resultan de interés los siguientes hechos:

1. El pleno del Ayuntamiento de Casarrubuelos en sesión celebrada el día 19 de octubre de 2007 adjudicó a la empresa A el contrato de ejecución de la obra “*Urbanización de los sectores residenciales SUS-R1, SUS-R2 y SUS-R3, proyecto de colectores de la red general de saneamiento*”.

El contrato se formalizó el día 7 de noviembre de 2007. Consta en el expediente administrativo copia del contrato (folios 1 a 8) y del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares para la contratación por procedimiento abierto mediante concurso de las obras de “*Urbanización de los sectores residenciales SUS-R1, SUS-R2 y SUS-R3, y redes generales exteriores de saneamiento*” (folios 9 a 47).

Según la cláusula cuarta del contrato, el plazo de ejecución de las prestaciones era de doce meses, plazo que comenzaría a contar desde la firma del acta de comprobación del replanteo.

2. Con fecha 7 de diciembre de 2007 se firmaron tres actas de replanteo y de comienzo de obras correspondientes al proyecto de urbanización de los sectores *SUS-R1, SUS-R2 y SUS-R3* y de redes generales del PGOU de Casarrubuelos (folios 48 a 51). Solicitado por la empresa contratista un aplazamiento de la fecha de inicio de las obras, con fecha 20 de diciembre de 2007, el alcalde de Casarrubuelos accedió a la solicitud planteada y determinar como fecha de inicio de las obras para el día 8 de enero de 2008.

El día 26 de junio de 2008, el Pleno del Ayuntamiento de Casarrubuelos aprueba, por razones de interés público, la modificación de las mediciones de obra de los sectores *SUS-R1, SUS-R2 y SUS-R3* y

redes generales exteriores de saneamiento presentadas por la Dirección Técnica, repercutiendo el incremento del coste de la obra en cuotas a abonar por los propietarios de los terrenos afectados y la ampliación de 12 a 18 meses del plazo de ejecución de la obra, por imposibilidad de ejecutar la red de distribución de agua antes de la Addenda al Convenio del Ayuntamiento-Canal de Isabel II, prevista para finales de junio o primeros de julio de 2008 (folios 81 a 83).

3. Con fecha 30 de junio de 2008, se firma por el alcalde de Casarrubuelos y la empresa contratista el contrato de obra de red general de energía eléctrica para los sectores SUS-R1, SUS-R2, SUS-R3 y SUS-R4, complementaria de la urbanización de los SUS-R1, SUS-R2 y SUS-R3 señalando la cláusula séptima del contrato como plazo de ejecución de la obra el de seis meses (folios 86 a 94). El acta de replanteo y comienzo de obra se firma el día 30 de junio de 2008 (folio 95).

4. Como consecuencia de los cambios exigidos por la Dirección General de Carreteras de la Comunidad de Madrid –ya el día 5 de junio de 2008 la empresa contratista solicitó paralización parcial temporal de unidades obra-con fecha 21 de abril de 2009 se firma el contrato complementario, para el proyecto de acondicionamiento parcial, cruce y paralelismos de servicios de la carretera M-417, del de obra de urbanización de los sectores SUS-R1, SUS-R2 y SUS-R3 y redes generales exteriores de saneamiento (folios 96 y 97). El plazo de ejecución de las obras era de un mes desde la fecha del acta de comprobación de replanteo. No figura en el expediente remitido el acta de comprobación del replanteo.

5. Con fecha 19 de enero de 2010, el Pleno del Ayuntamiento de Casarrubuelos acuerda, a la vista de la solicitud formulada por la empresa contratista consistente en ampliación del plazo de ejecución del contrato

por causa de la meteorología adversa, ampliar hasta el 14 de junio de 2010 el plazo de ejecución del contrato de obra de urbanización de los sectores SUS-R1, SUS-R2 y SUS-R3 y redes generales exteriores de saneamiento (folio 102).

6. El día 23 de marzo de 2010, la empresa contratista presenta solicitud de paralización total temporal de la obra de los sectores SUS-R1, SUS-R2 y SUS-R3 y redes generales exteriores de saneamiento, para posibilitar los trabajos de ejecución de diversas parcelas de la urbanización, *“hasta el momento en que la Propiedad, el Ayto. de Casarrubuelos, considere adecuado según los intereses de simultaneidad de las obras, así como a la recepción por parte del CYII y B de las redes de agua y electricidad, respectivamente, a punto de finalizarse a fecha actual”*.

Esta solicitud fue informada favorablemente por la entonces secretaria interventora del Ayuntamiento, quien emite informe en el que hace constar que se han reconocido gastos por valor de 6.959.633,20 € de los que se han pagado un 36% y, en relación con los ingresos, se han hecho liquidaciones de cuotas de urbanización a propietarios, afectadas a obras o servicios realizadas por la empresa contratista u otros (como la obra de aducción de agua, gastos asociados de redacción de proyectos, tramitaciones, dirección de obra, etc.) por importe de 6.269.674,10 €, de lo que solo se ha recaudado el 45,97%. En dicho informe, la secretaria interventora considera que podría acordarse la suspensión de las obras *“por retraso en el pago de certificaciones, justificable en parte por el retraso en el cobro de las cuotas de urbanización”* (folios 105 a 107).

Solicitado informe a la dirección facultativa de la obra, con fecha 9 de abril de 2010, ésta emite informe que dice:

“Dado el estado de ejecución del Sector, con todos los firmes de hormigón prácticamente finalizados, y a la vista de las previsibles solicitudes de simultaneidad de obras de edificación, es conveniente la paralización temporal de las obras, para evitar futuros deterioros de las capas de finalización de las calzadas, de la jardinería y del mobiliario urbano, dejando la finalización de dicho trabajo para una fase posterior, adecuada a los intereses de la propia simultaneidad de las obras”.

El día 22 de abril de 2010 el Pleno del Ayuntamiento de Casarrubuelos acuerda la suspensión del contrato de la obra de urbanización de los sectores SUS-R1, SUS-R2 y SUS-R3 (folios 104 a 112).

El día 27 de abril de 2010, se levanta acta de suspensión de la ejecución de las obras de urbanización de los sectores de los sectores SUS-R1, SUS-R2 y SUS-R3 (folio 113). En la misma, las partes reconocen que el contrato se ha ejecutado en un 82,53% por importe total de 11.949.984,12 € y *“el plazo máximo por el que se suspende la obra es de 12 meses, prorrogable previo acuerdo de las partes, en caso necesario”*. En el acta, firmada por el alcalde, la secretaria interventora, los directores de obra y la empresa contratista, ésta hace constar una salvedad que dice:

“La empresa A declara no estar conforme con el plazo máximo por el que se suspende la obra (12 meses) y que se refleja en este acta, puesto que supone una vulneración de su derecho a instar la resolución del contrato cumplido el plazo máximo legalmente establecido por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en su artículo 171”.

7. Acordada la suspensión temporal de las obras, el Ayuntamiento de Casarrubuelos solicita a la empresa contratista *“la posibilidad de efectuar las labores de vigilancia de dichas obras durante la suspensión temporal por parte de personal de este Ayuntamiento. La responsabilidad en caso de robo o vandalismo pasaría a ser de este Ayuntamiento. Los costes de este servicio se repercutirán a los propietarios de los sectores”*. Esta solicitud es aceptada por la empresa contratista el 18 de junio de 2010, que hace constar *“el traspaso de dicha vigilancia y responsabilidad desde el momento de esta comunicación al Ayuntamiento”* (folios 115 y 116).

8. El día 7 de julio de 2011, se levanta por el arquitecto director de las obras, la arquitecta municipal, el técnico municipal y el jefe de obra de la empresa contratista acta del estado de las obras del sector SUS-R1 de Casarrubuelos. Según consta en dicho documento:

“Se visualiza el estado exterior de toda la urbanización, paralizada desde abril de 2010, en la que se han otorgado Licencia de Ejecución con simultaneidad a varias obras en los viales calle aaa y bbb, correspondientes a los promotores C, parcelas ccc, ddd y eee, P. parcelas fff y ggg. Se han firmado los correspondientes convenios de simultaneidad, de fechas 29 de julio de 2010 y 15 de octubre de 2010 respectivamente.

El estado de la urbanización es deficiente, por el nulo mantenimiento realizado desde abril de 2010 hasta la fecha actual. No ha sido posible comprobar el estado de la red de saneamiento por estar varios pozos ocupados por las obras de edificación, por lo cual al final de las obras será necesaria su inspección mediante cámara, para garantizar la coexistencia de vertidos de morteros, etc, en dicha red de pluviales y/o fecales”.

Realizado un reportaje fotográfico del estado de las obras (aunque se dice que están anexas, no aparecen en el expediente) el acta concluye:

“Una vez reiniciadas las obras, corresponderá a la Dirección Facultativa definir el causante de cada desperfecto, al objeto de la repercusión de las reparaciones necesarias para el buen fin de la obra de urbanización”.

9. Con fecha 23 de septiembre de 2011, la nueva secretaria interventora del Ayuntamiento de Casarrubuelos, M.S.C., emite informe sobre la reanudación parcial de la obra de urbanización del Sector SUS-R1 que concluye:

“1. Esta Secretaría desconoce las razones de la suspensión de la ejecución de las obras de urbanización.

2. Esta Secretaría informa de disconformidad en cuanto al procedimiento de ejecución del gasto pues no se realizó en su momento la retención de crédito, requisito sin el cual el contrato administrativo devendría nulo de pleno derecho.

3. De haberse seguido el procedimiento de ejecución del gasto debidamente, las certificaciones deberían de haberse abonado en los plazos señalados anteriormente, según la normativa de aplicación.

4. Si se han otorgado licencias para la ejecución de viviendas, no se podrán conceder las licencias de 1ª ocupación correspondientes en tanto no estén recibidas las mencionadas obras de urbanización, lo que determina la necesidad de acabar dichas obras, pues de lo contrario el Ayuntamiento estaría incumpliendo con sus compromisos para con los propietarios de las parcelas. Ahora bien, esta Intervención desconoce la realidad de las cantidades que

aparecen en las certificaciones pendientes de pago ni de las cantidades que el Ayuntamiento se compromete a abonar dada la fecha reciente de mi incorporación al servicio del mismo”.

10. El Pleno del Ayuntamiento de Casarrubuelos en sesión del 1 de octubre de 2011 aprueba la *“reanudación parcial obra de urbanización del sector SUS-R1”*. Este documento no consta en el expediente. Este hecho aparece recogido en las actas de reinicio de obra firmadas el 14 de noviembre de 2011 (folios 685 y 686) y 20 de noviembre de 2012 (folio 683 y 684).

Como consecuencia del mismo, con fecha 14 de noviembre de 2011, se firma acta de reinicio de la obra (folios 685 y 686). Según este documento, *“el plazo para la realización de las obras de terminación de la Urbanización del Sector SUS-R1 de Casarrubuelos Madrid, es de tres meses a contar desde el inicio efectivo de la obra que se hará a real en el momento de la existencia de documento de garantía del depósito del presupuesto de finalización de la obra”*.

El día 27 de enero de 2012, la empresa contratista solicita autorización de cesión parcial del contrato, en lo que se refiere al Sector SUS-R1, a la sociedad D. Con fecha 31 de enero de 2012, la secretaria interventora del Ayuntamiento emite informe favorable a la cesión parcial siempre que la cesionaria reúna los requisitos de solvencia y capacidad para contratar y se constituya por la cesionaria la garantía correspondiente. El informe añade que para proceder a la devolución de la garantía de la empresa cedente es necesario el informe favorable del director facultativo de la obra. Además, la secretaria interventora advierte de la posible causa de resolución del contrato por tener conocimiento de que la empresa cedente ha iniciado procedimiento de concurso de acreedores (folios 144 a 157).

Con fecha 9 de febrero de 2012, el Pleno del Ayuntamiento autoriza la cesión parcial del contrato.

Con fecha 15 de febrero de 2012, un representante de la empresa D aporta copia de la escritura pública de cesión gratuita de ejecución de obra otorgada el día 10 de febrero de 2012. En dicha escritura, se hace constar en el expositivo II que *“las obras de urbanización correspondientes al referido contrato se encuentran paralizadas conforme consta en el acta, del que se incorpora a la presenta una copia, como anexo II”* (acta de 27 de abril de 2010). En el expositivo V se recoge que se ha certificado a origen un importe total de 3.149.742,39 €, IVA excluido, correspondiente al sector SUS-R1, *“por lo que el cedente tiene ejecutado el 85,11% del importe del contrato correspondiente a dicho sector”*.

El día 20 de febrero de 2012 se firma acta de reinicio de obra, para la terminación del proyecto de urbanización del sector SUS-R1 de Casarrubuelos (Madrid).

El día 12 de septiembre de 2012, la empresa contratista A, responsable de la ejecución de los Sectores SUS-R2 y SUS-R3, que no fueron objeto de la cesión, solicita la resolución del contrato, al amparo del artículo 237 TRLCSP, porque *“lo que venía siendo una suspensión temporal, se ha convertido por la realidad de los hechos, en una paralización definitiva, más allá del tiempo previsto legalmente en la legislación aplicable”*.

11. Con fecha 28 de noviembre de 2012, la secretaria interventora del Ayuntamiento de Casarrubuelos emite informe en el que advierte que el contrato podría resolverse por encontrarse la contratista en situación de concurso o por incumplimiento culpable, porque el porcentaje de

ejecución de la obra resultante de las certificaciones presentadas por la empresa no coincide con la ejecución que pone de manifiesto la empresa en su escrito. En este informe, se pone de manifiesto;

“la relación de la empresa contratista A con la empresa C, esta última adjudicataria de la parcela municipal ggg del sector SUS-R1 de Casarrubuelos, que ha percibido de la misma pagarés para pago de facturas respecto de las que el único deudor era el Ayuntamiento (véase informe hhh, de 29 de diciembre e iii, de 9 de julio). Siendo que, la situación actual es que, de la documentación contable existente en esta Intervención a mi cargo, se desprende que en las arcas municipales no ha entrado la cantidad de 865.397,11 € sino tan solo 174.872,26 €. Y que el pagaré que venció el 30 de junio de 2012 tampoco ha entrado en las arcas municipales, ni tampoco el último que vencía el 30 de noviembre de 2012.

Considerando además que, remitido el expediente, junto con el informe de la empresa externa auditora contratada al efecto, E, para su examen al Tribunal de Cuentas, la Sección de Enjuiciamiento del mismo Departamento 1º, mediante diligencia de ordenación, recibido en este Ayuntamiento con nº jjj el día 22 de noviembre de 2012, comunica el nombramiento de Delegado instructor para que realice las funciones previstas en el artículo 47 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas”.

En este informe, la secretaria interventora indica el procedimiento de resolución del contrato en el que se advierte que, en caso de oposición del contratista o avalista, se debe solicitar informe al Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid (folios 284 a 309).

12. El día 3 de diciembre de 2012, el alcalde de Casarrubuelos acuerda providencia por la que solicita informe a la dirección facultativa de la obra y a los servicios técnicos municipales sobre el posible incumplimiento por la empresa contratista de sus obligaciones y, a la vista de aquellos informes, elevar al Pleno el expediente para que acuerde lo que legalmente proceda. Esta providencia se notifica a la empresa contratista (el día 11 de diciembre de 2012), a la Dirección Facultativa (el día 12 de diciembre de 2012) y a la arquitecta municipal.

En respuesta a la anterior solicitud de informe, con fecha 14 de diciembre de 2012, la dirección facultativa de la obra declara:

“La medición y liquidación de las obras realizadas por A, relativas a la adjudicación arriba mencionada, es la que se recoge en la certificación n° kkk, con fecha 27 de abril de 2010 y firmada por la constructora y esta Dirección Facultativa de las obras, de la que adjuntamos los resúmenes correspondientes y que fue tramitada en el Ayuntamiento de Casarrubuelos” (folio 322). Con su escrito acompaña copia de varias certificaciones de abril de 2010 (folios 323 a 336).

Notificada a la empresa contratista la providencia del alcalde solicitando informe a la dirección facultativa sobre el posible incumplimiento por la empresa contratista de sus obligaciones, ésta efectúa alegaciones en las que manifiesta que no procede nueva medición, ya que ésta fue ratificada por el pleno del Ayuntamiento de 22 de abril de 2010, sin que tal acuerdo fuera objeto de recurso o impugnación ni que haya sido declarado nulo (folios 337 y 338).

Con fecha 27 de marzo de 2013 se notifica a la empresa contratista el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de 21 de diciembre de 2012 (adoptado por mayoría absoluta) de resolver el contrato de obras suscrito

con la empresa A, concediéndole –de conformidad con el artículo 109 y ss. del RGLCAP- una audiencia por un plazo de diez días (folios 435 y 436). El acuerdo notificado tiene pie de recurso en el que se indica que:

“contra el presente acuerdo, que agota la vía administrativa, Vd. podrá interponer recurso de reposición en el plazo de un mes contra el mismo órgano que dictó el acto a contar desde el día siguiente al de la recepción de la presente, o, directamente, contencioso-administrativo, en el de dos, ante la jurisdicción contencioso-administrativa, sin perjuicio, de cualesquiera otro que sea necesario para la defensa de sus derechos”.

Consta en el expediente (folios 437 a 631) informe del arquitecto municipal, emitido en enero/abril 2013 que concluye:

“En conclusión con lo expuesto luego del análisis de la documentación relativa en relación con medición y liquidación de las obras realizadas con arreglo al proyecto y conforme a certificaciones presentadas hasta abril de 2010, y con motivo de poder determinar los términos en que pueda llevarse a cabo la resolución del contrato con la empresa A se ha comprobado que existe una diferencia con respecto a la Obra certificada de los sectores SUS-R2 y SUS-R3, consistente en trabajos que han sido certificados pero no han sido ejecutados y en trabajos mal ejecutados, dicha diferencia asciende a la suma de QUINIENTOS CINCUENTA Y TRES MIL CIENTO VEINTISÉIS EUROS Y SESENTA Y OCHO CÉNTIMOS, (553.126,68 €).

En este sentido informar que en las visitas realizadas a los sectores se han observado estas irregularidades que son visibles y

posibles de detectar teniendo en cuenta que el porcentaje de ejecución de las obras es de un 80% aproximadamente.

	SUS-R2	SUS-R3	
ADJUDICADO	2.191.116,40	2.794.914,5€	
S/CERTIFICACIÓN			
CERTIFICADO	1.729.097,78	2.287.325,80€	
PENDIENTE	462.018,62	507.588,76€	
S/CERTIFICACIÓN			
DIFERENCIA	345.470,32	207.656,36€	
DETECTADA			
TOTAL PENDIENTE	807.488,94	715.245,12€	1.522.734,06€

De esto resulta que conforme a las certificaciones referenciadas en este informe más la diferencia encontrada quedaría pendiente de ejecutar para el sector SUS-R2 la suma de (807.488,94 €) OCHOCIENTOS SIETE MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y OCHO EUROS Y NOVENTA Y CUATRO CÉNTIMOS y para el sector SUS-R3 la suma de (715.245,12 €) SETECIENTOS QUINCE MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y CINCO EUROS Y DOCE CÉNTIMOS.

En caso de que existiere una resolución del contrato con la empresa A, que diera motivo a una nueva contratación de las obras de urbanización pendientes, deberá estudiarse el precio final de las mismas teniendo en cuenta vicios ocultos que pudieren existir en la obra ejecutada, el índice de precios de la construcción, y alguna otra consideración que fuese oportuna al efecto”.

Con fecha 25 de abril de 2013, consta la emisión de informe por un despacho profesional, previa firma del contrato de prestación de servicios

de asesoramiento jurídico al Ayuntamiento de Casarrubuelos, en el que considera que la empresa contratista ha incumplido el plazo de ejecución de la obra, por lo que procede la resolución del contrato y la incautación de la garantía y que se cuantifique por los servicios técnicos municipales la reparación y/o ejecución del resto de la obra de urbanización que queda pendiente de ejecutar, o que no ha tenido la conservación necesaria (folios 634 a 654).

Con fecha 13 de mayo de 2013 (registro de salida día 8 de mayo) se notifica a la empresa contratista el informe del arquitecto municipal de abril de 2013, relativo al estado del desarrollo urbanístico de los sectores SUS-R2 y SUS-R3.

El día 1 de junio de 2013, el Pleno del Ayuntamiento acuerda:

“Primero: Proceder a la retención del aval en base a los desperfectos existentes en la ejecución de las obras de urbanización de los sectores urbanísticos a resultas de los informes emitidos por los servicios técnicos y jurídicos del Ayuntamiento.

Segundo: Requerir a la entidad aseguradora F la ejecución de la garantía definitiva prestada por el contratista A, adjudicatario del contrato para realización consistente en la urbanización de los sectores SUS-R1, SUS-R2 y SUS-R3, mediante certificado de seguro de caución nº III y que asciende al importe de 412.121,66 €.

Dicho importe deberá ingresarse en el plazo de 10 días naturales en la cuenta bancaria de los sectores constituida al efecto.

Tercero: Proceder a la notificación del presente acuerdo al avalista y al contratista”.

La notificación contiene un pie de recurso en el que se indica que la citada resolución pone fin a la vía administrativa y que, contra la misma, puede interponerse recurso potestativo de reposición en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a su notificación o, recurso contencioso-administrativo, en el plazo de dos meses.

El citado acto es notificado a la empresa contratista y a la entidad avalista el día 11 de junio de 2013.

Aunque no figura en el expediente remitido a este Consejo Consultivo el recurso de reposición interpuesto por la entidad avalista el día 26 de junio de 2013, del contenido del informe jurídico, emitido por la secretaria interventora del Ayuntamiento, resultan las alegaciones en las que se fundamenta el citado recurso: omisión del trámite de audiencia a la entidad avalista e improcedencia de la incautación de la garantía ante la inexistencia de una liquidación definitiva de obras pendientes o defectuosas correspondientes a dichas obras de urbanización. El citado informe jurídico, emitido el día 22 de julio de 2013, propone estimar la primera alegación, concediéndole nuevo plazo para efectuar alegaciones (folios 729 a 731).

El día 11 de julio de 2013, tiene entrada en el registro del Ayuntamiento recurso de reposición interpuesto por la empresa contratista (folios 732 a 749).

Tras la interposición de este recurso de reposición, ha informado la empresa externa al Ayuntamiento de Casarrubuelos, la auditora E y la secretaria interventora del Ayuntamiento. El informe de E de 12 de septiembre de 2013 (folios 750 a 759) concluye que *“no pueden prosperar las alegaciones realizadas por la recurrente”* y que procede la confirmación del acto impugnado. Por su parte, la secretaria interventora

del Ayuntamiento, con fecha 17 de septiembre de 2013, considera que procede la desestimación del recurso de reposición (folios 760 a 763).

A la vista de los anteriores informes, el Pleno del Ayuntamiento, el día 26 de septiembre de 2013, acuerda estimar el recurso de reposición interpuesto por la aseguradora de la empresa contratista, concediéndole un plazo de diez días naturales para hacer alegaciones y desestimar el recurso interpuesto por la empresa contratista (folio 764 y 765). La notificación del anterior acuerdo, efectuada el día 2 de octubre de 2013 a la aseguradora y el día 3 de octubre a la empresa contratista, indica que contra el acuerdo del Pleno, *“que pone fin la vía administrativa”*, cabe recurso potestativo en el plazo de un mes o recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses.

En ejecución de dicho acuerdo, se ha dado traslado de cinco de los informes obrantes en el expediente a la empresa aseguradora de la contratista quien, con fecha 21 de octubre de 2013 efectúa alegaciones (folios 794 a 796).

Por su parte, la empresa contratista con fecha 4 de noviembre de 2013 interpone nuevo recurso de reposición contra el acuerdo de 26 de septiembre de 2013. Aunque este documento no consta en el expediente remitido, este hecho resulta del informe emitido por la empresa externa “E” que considera improcedente la interposición de un recurso de reposición contra otro recurso de reposición y, por tanto, procede la inadmisión del recurso. Esta misma empresa, con fecha 31 de octubre de 2013, emite informe sobre las alegaciones presentadas por la aseguradora el día 23 de octubre de 2013, alegaciones que considera extemporáneas y, por tanto, declara su inadmisión y *“resuelve”* que *“que no pueden prosperar las alegaciones realizadas por la recurrente en el presente*

recurso administrativo, por lo que en consecuencia procede la confirmación del acuerdo impugnado”.

Por el Pleno del Ayuntamiento de Casarrubuelos del día 14 de diciembre de 2013 se acordó, por mayoría simple, la resolución de las alegaciones presentadas por la aseguradora de la empresa contratista (folio 811).

El día 30 de enero de 2014, el alcalde de Casarrubuelos firma solicitud de dictamen al Consejo Consultivo para la resolución del contrato de obra denominado *“Urbanización de los sectores residenciales SUS-R1, SUS-R2 y SUS-R3 y redes generales exteriores de saneamiento”*.

A la vista de los hechos anteriores cabe hacer las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su 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”*.

Con carácter previo, es preciso determinar la normativa aplicable al contrato. El Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público

aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), en su disposición transitoria primera, apartado 2 establece:

“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 presente caso, el contrato objeto del presente dictamen fue adjudicado por el Pleno del Ayuntamiento el día 19 de octubre de 2007, por lo que la normativa aplicable al contrato sería la vigente en el momento de la adjudicación, el 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 (TRLCAP).

En cualquier caso, la normativa aplicable al procedimiento de resolución viene dada por la existente en el momento de su iniciación (dictámenes 403/09, de 15 de diciembre, 380/10, de 10 de noviembre), el TRLCSP y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP).

SEGUNDA.- En materia de procedimiento de resolución de contratos administrativos, el artículo 211 TRLCSP exige que en el correspondiente expediente se dé 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 224.1 TRLCSP, 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, siguiendo el procedimiento que en las normas de desarrollo de esta Ley se establezca”.

En el presente caso, no consta en el expediente acto de inicio del procedimiento de resolución del contrato adoptado por el órgano de contratación, esto es, el Pleno.

Como acto de inicio del procedimiento adoptado por órgano incompetente podría considerarse la providencia del alcalde de 3 de diciembre de 2012, por la que solicita informe a la dirección facultativa de la obra, y al arquitecto municipal sobre el posible incumplimiento por la empresa contratista de sus obligaciones y, a la vista de aquellos informes, elevar al Pleno el expediente para que acuerde lo que legalmente proceda. Acto que se notifica a la empresa contratista el día 11 de diciembre de 2012 (folios 310 a 313). Ahora bien, el acuerdo de inicio del expediente de resolución contractual debería haber sido adoptado por el Pleno del Ayuntamiento.

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 211.1 TRLCSP) y al avalista si se propone la incautación de la garantía (artículo 109.1.b) del RGCAP).

En el ámbito local, se preceptúan como necesarios, asimismo, para la resolución del contrato los informes de la Secretaría y de la Intervención de la Corporación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 114.3 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril (TRRL).

De acuerdo al citado artículo 211 del TRLCSP resulta 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.

En el presente caso, del expediente remitido a este Consejo Consultivo resulta, tal y como ha quedado expuesto en los antecedentes de hecho, que el Pleno del Ayuntamiento Casarrubuelos el día 21 de diciembre de 2012 (adoptado por mayoría absoluta) acordó resolver el contrato de obras suscrito con la empresa A, concediéndole –de conformidad con el

artículo 109 y ss. del RGLCAP- una audiencia por un plazo de diez días. El acuerdo notificado tenía un pie de recurso en el que se indicaba que contra el mismo podía interponerse recurso de reposición en el plazo de un mes contra el mismo órgano que dictó el acto a contar desde el día siguiente al de la notificación del acuerdo, o, directamente, contencioso-administrativo, en el plazo de dos meses, ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Se observa, por tanto que entre el acuerdo de inicio de 3 de diciembre de 2012 y el 21 de diciembre de 2012, fecha en la que se acuerda la resolución del contrato no ha existido más acto de instrucción que la solicitud de informe a la dirección facultativa de la obra y a la arquitecta técnica municipal sin que, una vez emitidos, se haya dado audiencia a la empresa contratista del contenido de los mismos.

Además, y aunque en el expediente remitido existen numerosos informes de la secretaria interventora del Ayuntamiento, no consta en el expediente de resolución que se haya solicitado y emitido dicho informe.

El acuerdo de resolución del contrato debe adoptarse una vez instruido el oportuno procedimiento administrativo. Como es sabido, la instrucción es la fase intermedia entre la iniciación del procedimiento y la resolución del expediente y, como establece el artículo 78 LRJ-PAC, comprende todos los actos necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales debe pronunciarse la resolución. Se realizarán de oficio por el órgano que tramite el procedimiento, sin perjuicio del derecho de los interesados a proponer aquellas actuaciones que requieran su intervención o constituyan trámites legal o reglamentariamente establecidos.

Por tanto, habiendo dictado el acto de resolución del contrato el día 21 de diciembre de 2012, sin haberse tramitado procedimiento alguno, debe concluirse que dicho acto es nulo de pleno derecho. Así, en el expediente de resolución del contrato se observan las siguientes irregularidades:

No se ha practicado correctamente el trámite de audiencia, porque se concede este trámite una vez acordada la resolución del contrato. En un supuesto idéntico, este Consejo Consultivo consideró en el Dictamen 14/10, de 20 de enero, que la inobservancia del trámite de audiencia, por haberse concedido éste en el mismo acto de resolución del contrato, determinaba la nulidad del procedimiento *“porque la resolución del contrato se ha dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido”*.

Además, el trámite de audiencia exige la puesta de manifiesto del expediente administrativo de forma íntegra, con entrega o puesta a disposición de los informes en los que se determinen los hechos constitutivos de la causa de resolución.

Finalmente, el acuerdo de resolución se ha adoptado sin haber solicitado el preceptivo dictamen al Consejo Consultivo.

Como ya tuvimos ocasión de señalar en nuestros dictámenes 574/13, de 27 de noviembre y 342/10, de 13 de octubre, *“los acuerdos de resolución de contratos tienen ejecutividad inmediata ex artículo 195.4 de la LCSP, y ponen fin al procedimiento en cuestión. Por ello, la petición de dictamen al presente Consejo, con carácter ulterior a la adopción del acuerdo de resolución del contrato, no tiene acomodo en ninguna de las causas que el artículo 13 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, reguladora del presente Organismo, contempla para la emisión de dictamen”*.

En el citado Dictamen 342/10 concluimos que el procedimiento de resolución contractual adolecía de un vicio de nulidad radical al haberse solicitado el dictamen al Consejo Consultivo con posterioridad a la adopción del acuerdo.

En efecto, el artículo 62.1 de la LRJ-PAC, establece en su letra e) la nulidad de los actos administrativos *“dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados”*. En relación con esta causa de nulidad, es doctrina de este Consejo, en consonancia con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, limitar su aplicación a aquellos casos en que se ha omitido total y absolutamente el procedimiento legalmente establecido y en los que se han omitido trámites esenciales.

En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 2012 (recurso núm.1966/2011) recuerda lo siguiente:

“(...) Nuestra jurisprudencia ha señalado que para apreciar esta causa de nulidad de pleno derecho no basta con la infracción de alguno de los trámites del procedimiento, sino que es necesario la ausencia total de éste o de alguno de los trámites esenciales o fundamentales, de modo que el defecto sea de tal naturaleza que sea equiparable su ausencia a la del propio procedimiento, como ha entendido esta Sala en sentencias, entre otras, de 5 de mayo de 2008 (recurso de casación núm. 9900/2003) y de 9 de junio de 2011 (recurso de casación núm. 5481/2008)”.

Por lo que se refiere al dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo, ya la Sentencia del Tribunal Constitucional 204/1992, de 26 de noviembre destacó la esencialidad de la intervención preceptiva de un órgano consultivo de las características del Consejo de Estado en cuanto

supone en determinados casos *“una importante garantía del interés general y de la legalidad objetiva y, a consecuencia de ello, de los derechos y legítimos intereses de quienes son parte de un determinado procedimiento administrativo”*.

Como tuvimos ocasión de señalar en el referido Dictamen 342/10, haciéndonos eco de la jurisprudencia y de la doctrina del Consejo de Estado,

“La consulta al Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente y la posterior emisión del correspondiente dictamen son trámites esenciales en aquellos procedimientos en los que la consulta es preceptiva. Esa esencialidad no deriva del eventual carácter vinculante del dictamen, sino de la posición relevante del órgano consultivo en la arquitectura institucional diseñada por la Constitución. En los casos en los que el dictamen no es vinculante, el parecer del Consejo no es determinante del contenido de la decisión que acabe tomándose, pero procesalmente es determinante para la adopción de la pertinente resolución administrativa. Es decir, cuando la consulta es preceptiva, el correspondiente dictamen es un trámite procesalmente esencial, por lo que su sola omisión equivale a prescindir total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

Lo mismo sucede cuando, siendo preceptiva la consulta al Consejo Consultivo, se dicta un acto sin recabarla y después se intenta subsanar el vicio solicitando tardíamente el correspondiente dictamen.

Este es un informe determinante para la adopción del acuerdo municipal de resolución de un contrato, es un trámite esencial para dictar ese acto administrativo y, en consecuencia, su omisión

equivale a dictarlo prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido (...)”.

En este punto recordábamos la doctrina del Consejo de Estado que expresa con claridad por qué razón no puede convalidarse la omisión de la preceptiva consulta:

«El sentido de la consulta es ilustrar al órgano que debe adoptar la decisión, ilustración que sólo tiene sentido antes de que la resolución se adopte, y por ello, la omisión de la consulta no puede subsanarse mediante una consulta tardía, una consulta evacuada cuando ya se ha adoptado una decisión. Así lo ha entendido la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1980, en la que se declara que la omisión de la consulta al Consejo de Estado no puede subsanarse debido a que “el informe omitido debe preceder las resoluciones administrativas que deben tener en cuenta su contenido antes de decidir”».

Finalmente, debe advertirse que el contrato fue cedido parcialmente – en cuanto al proyecto de urbanización del Sector SUS-R1- a la sociedad D el día 15 de febrero de 2012, previa autorización del Pleno del Ayuntamiento de 9 de febrero de 2012. Por tanto, no es posible tramitar la resolución del contrato, en relación con el citado sector, contra la empresa A porque la responsable de su finalización es la cesionaria del contrato. La cesión del contrato supone la subrogación de un tercero (cesionario) en la posición del contratista (cedente), quien desde el mismo momento de la cesión, queda desligado de su vínculo contractual con la Administración.

Conforme a lo expuesto, no cabe sino concluir que el acuerdo de resolución contractual del Pleno del Ayuntamiento de Casarrubuelos de 21 de diciembre de 2012 y los posteriores actos de desestimación del

recurso de reposición formulado, adolecen de un vicio de nulidad radical, al haberse adoptado prescindiendo de tramites esenciales, cuales son, trámite de audiencia al contratista y al avalista y el preceptivo dictamen de este Consejo Consultivo y en consecuencia no es susceptible de convalidación al amparo de lo establecido en el artículo 67 de la LRJ-PAC.

En mérito a lo expuesto el Consejo Consultivo formula la siguiente,

CONCLUSIÓN

El procedimiento de resolución contractual del contrato de obra denominado “*Urbanización de los sectores residenciales SUS-R1, SUS-R2 y SUS-R3*” y *redes generales exteriores de saneamiento*”, celebrado con la empresa A adolece de un vicio de nulidad radical, al haberse acordado la resolución contractual sin la observancia del trámite de audiencia al contratista y al avalista y el previo dictamen de este órgano consultivo.

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, 9 de abril de 2014