

Dictamen n^o: **185/10**
Consulta: **Alcalde de Madrid**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **30.06.10**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 30 de junio de 2010, sobre consulta formulada por el Vicealcalde de Madrid (por delegación del Alcalde mediante Decreto de 1 de septiembre de 2008), a través del Consejero de Presidencia, Justicia e Interior, al amparo del artículo 13.1 f), apartado cuarto de su Ley reguladora, 6/2007, de 21 de diciembre, sobre resolución del contrato de obras de “Reformas en el antiguo colegio público Jacinto Benavente para la creación de una escuela infantil en el Distrito de Salamanca”, adjudicado a la empresa A.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 18 de junio de 2010 tuvo entrada en el registro del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, solicitud de dictamen preceptivo formulada por el Vicealcalde de Madrid por delegación del Alcalde, mediante escrito de 14 de junio de 2010, sobre expediente de resolución del contrato de obras más arriba referenciado por desistimiento.

SEGUNDO.- Los hechos deducidos del expediente administrativo son los siguientes:

1. Por Decreto del Concejal del Distrito de fecha 10 de septiembre de 2007 se adjudicó a la empresa A, el contrato de obras de reforma en el

antiguo colegio público Jacinto Benavente para la creación de una escuela infantil por importe de 1.349.275,61 € para las anualidades 2007 y 2008, con un plazo de ejecución de 16 meses. El correspondiente contrato se firmó el 12 de septiembre siguiente (folios 193 y ss del expediente administrativo).

2. Las obras se iniciaron al día siguiente de la firma del Acta de Comprobación del Replanteo, que tuvo lugar el 10 de octubre de 2007, siendo el plazo de ejecución previsto de 16 meses a contar desde el día siguiente a la indicada fecha.

Durante la ejecución del contrato, se propone la suspensión de las obras, para la redacción de un proyecto modificado, como consecuencia de la aparición de una serie de circunstancias nuevas sobrevenidas que se ponen de manifiesto en el informe técnico de 18 de junio de 2008, obrante a los folios 222 a 224 del expediente administrativo.

Las obras a realizar contemplaban de un lado la demolición y nueva edificación del edificio colindante con la calle Almería 8, y por otro lado la rehabilitación de la planta baja del edificio que se conservaba. Como se indica en tal informe, una vez realizados los trabajos de demolición se procedió al movimiento de tierras correspondiente al nuevo edificio a realizar, momento en que se detectaron deficiencias en relación con la cimentación en el proyecto presentado, que se justifican en la circunstancia de que el edificio estaba en uso cuando se hizo el proyecto y no se pudieron realizar las catas necesarias, además se señala que *“el diseño de la cimentación se hizo y la estructura se hizo bajo ciertas hipótesis que se inferían de los análisis efectuados, pero que era preciso comprobar después de la demolición y antes del inicio de la nueva construcción”*. Dichas modificaciones se concretan en el informe indicado en relación con diversos elementos constructivos. En concreto medianerías de los edificios colindantes, sótano, galerías, terreno, y cimentación del edificio existente.

3. El Concejal del Distrito por Decreto de 19 de junio de 2008 dispuso la suspensión temporal total de las obras (folio 225 del expediente). El acta de suspensión y la medición de la obra ejecutada y de los materiales acopiados incorporados a la misma figuran a los folios 226 a 263 del citado expediente.

4. Coincidiendo con esta situación de suspensión de las obras, se planteó la posibilidad de que la Comunidad de Madrid cediese al Ayuntamiento la parte del edificio que venían ocupando con el Centro de Formación del Profesorado, la Comisión de Escolarización y algún otro servicio interdisciplinario ya que, al parecer, habían encontrado un lugar más idóneo para sus instalaciones, de tal forma que ya no tenían previsto retomar al edificio tras la finalización de las obras como estaba planteado desde un primer momento.

Por esta razón, la Junta Municipal del Distrito, con fecha 23 de julio de 2008 planteó al Área de Gobierno de Hacienda y Administración Pública la posibilidad de proceder a la demolición de la totalidad del edificio existente y a la construcción sobre rasante de un edificio de nueva planta que agotase la edificabilidad que el vigente Plan General de Ordenación Urbana de Madrid admite para la parcela, calificada con el uso dotacional de equipamiento, y que es aproximadamente de 3.000 m², de forma que la nueva edificación permitiría albergar una escuela infantil de mayor capacidad y otros usos dotacionales, aprovechando así mismo el bajo rasante de la parcela, construyendo un sótano de cuatro plantas destinadas a garaje aparcamiento para residentes, con unas 240 plazas de aparcamiento, 15 de las cuales se destinarían a cubrir la dotación obligatoria exigida en el artículo 7.5.35 de las Normas Urbanísticas del citado Plan General (Folios 264 a 276 del expediente administrativo).

En el informe técnico de fecha 3 de octubre de 2008, que obra a los folios 278 y 279 del expediente, se informaba que el Área de Gobierno de

Hacienda y Administración Pública había aceptado la propuesta formulada desde la Junta Municipal de Distrito.

5. Dado que este nuevo planteamiento sobre la parcela modificaba sustancialmente las condiciones originales del contrato de obras adjudicado y obligaba a la redacción de un nuevo proyecto de obras y a la realización de una nueva licitación, se consideró oportuno poner en conocimiento de la empresa adjudicataria esta situación y la conveniencia de resolver el contrato de obras objeto de las presentes actuaciones.

Por tal motivo se consideró procedente la resolución del contrato de obras suscrito, al amparo de lo dispuesto en el artículo 149, apartado c) del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por RDL 2/2000, de 16 de junio.

Asimismo, y puesto que las obras habían de ser continuadas por otro contratista, se propuso tramitar paralelamente la liquidación del contrato mediante la propuesta de liquidación de las obras formulada por la Dirección Facultativa, de acuerdo con lo establecido en el artículo 172.1 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por RD 1098/2001, de 12 de octubre, y a la recepción de la obra con levantamiento de la correspondiente Acta de recepción por resolución del contrato según el artículo 164 del citado Reglamento.

6. De acuerdo con la propuesta formulada, el Concejal del Distrito dispuso por Decreto de 10 de octubre de 2008 el inicio de las actuaciones encaminadas a la resolución y liquidación del contrato de obras, resolución a la que la empresa contratista prestó su conformidad, reservándose el derecho a reclamar los gastos en que decía haber incurrido por incidencias ajenas acaecidas en las obras.

En el procedimiento de resolución y consiguiente liquidación del contrato se procedió al acto de constatación y medición de las obras

previsto en el indicado artículo 172 del RGLCAP, con fecha 10 de noviembre de 2008, del que resultaron las mediciones que figuran a los folios 290 a 323, y posteriormente, el 2 de febrero de 2009 se procedió a la recepción de las obras ejecutadas, recogándose en el anexo al Acta de Conformidad suscrita la medición de la obra ejecutada y la relación valorada de los materiales pendientes de ser utilizados en la misma, que no se encontraban acopiados a pie de obra y por los que en su día se realizaron abonos a cuenta (folios 762 a 797).

7. A la vista de la documentación aportada al expediente la empresa contratista aporta con fechas 18 de diciembre de 2008 (folios 330 a 335), 23 de enero de 2009 (folios 338 a 759), 8 de julio de 2009 (folios 806 a 808) y 1 de octubre de 2009 (folios 817 a 847) justificantes de los gastos en los que dicha empresa habría incurrido y que habrían de ser indemnizados en concepto de daños y perjuicios.

Los servicios técnicos del Ayuntamiento a la vista de la anterior documentación emitieron informes de fecha 22 de junio (folios 799 a 802), 21 de septiembre (folios 814 a 816) y 14 de octubre de 2009 (folios 848 a 849) en los que se concretaron los gastos vinculados directamente a la obra que se entendían susceptibles de indemnización y consideraba suficientemente acreditados.

8. Según los datos que figuran en el anexo al Acta de Recepción de Conformidad, suscritos por la empresa adjudicataria, el valor de las obras efectivamente realizadas asciende a 312.041,41 euros, incluyendo el porcentaje correspondiente de gastos generales, beneficio industrial e IVA.

El presupuesto de ejecución material de las obras dejadas de realizar con deducción de la baja resulta de la diferencia entre 977.452,63 euros (presupuesto de ejecución material de adjudicación sin baja) y 226.051,45 euros (presupuesto de ejecución material de las obras ejecutadas sin baja),

es decir 751.401,18 euros. Por tanto, el 6% de las obras dejadas de ejecutar asciende a 45.084,07 euros, cantidad a la que la contratista ha prestado su conformidad.

Se consideran como gastos indemnizables los costes del servicio de vigilancia de obra por importe de 49.894,29€, y los costes de los servicios de suministro por 2.836,39€.

No obstante de acuerdo con la información de los servicios técnicos quedaría un saldo a favor de la Administración de 230.039,77 euros por materiales acopiados, abonados y no incorporados a obra, de los que debería responder el aval constituido con fecha 27 de diciembre de 2007, como garantía definitiva del contrato, por la diferencia entre la cantidad correspondiente a la Administración y la correspondiente en concepto de indemnización a la contratista.

9. En este estado del procedimiento mediante Decreto del Concejal de Distrito de fecha 28 de diciembre de 2009, se declara de oficio la caducidad del procedimiento, manifestándose que era evidente que el mismo no se iba a resolver el plazo de tres meses previsto en el artículo 42 de la Ley 30/1992, dado que el expediente se inició el 10 de octubre del mismo año, si bien dicho plazo ya había transcurrido con creces.

10. Con fecha 23 de febrero de 2010, de nuevo se acuerda el inicio del expediente de resolución del contrato. En este nuevo procedimiento la empresa contratista manifiesta su disconformidad con la liquidación efectuada, en su escrito de alegaciones de fecha 3 de marzo de 2010. En concreto manifiesta su disconformidad con la desestimación del abono de 192.631,62 € en concepto de costes indirectos no amortizados y 11.408,05 € en concepto de gastos adicionales.

TERCERO.- Por el Vicealcalde de Madrid, se formula preceptiva consulta a este Consejo Consultivo por trámite de urgencia, en los términos

del artículo 109.2 del RD 1098/2001 de 12 de octubre por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de contratos de las Administraciones públicas, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, a la Sección II, presidida por la Excm. Sra. Consejera Dña. Rosario Laina Valenciano, que firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 30 de junio de 2010.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES EN DERECHO

PRIMERA.- La petición de dictamen se realiza al amparo de 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 aplicable al presente contrato por haberse adjudicado el 10 de septiembre de 2007, siendo por lo tanto anterior a la entrada en vigor de la LCSP, 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.

El dictamen ha sido evacuado dentro del plazo de urgencia establecido en el artículo 16.2 LRCC.

SEGUNDA.- 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.

En este caso si bien el contratista está de acuerdo en la procedencia de la resolución del contrato, no lo está en relación con la liquidación del mismo, por lo que concurre la oposición constituida legalmente como presupuesto de la emisión de dictamen por el correspondiente órgano consultivo.

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). En nuestro caso, se ha observado dicho trámite, al haberse concedido el mismo el 24 de febrero de 2010, habiendo presentado la contratista el correspondiente escrito de alegaciones, en el que plantea las discrepancias existentes en cuanto a la liquidación practicada, el 5 de marzo.

Consta también la emisión de informe por la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento de Madrid, con fecha 21 de abril de 2010 que obra a los folios 23 a 44 del expediente administrativo.

En este estado del procedimiento se dicta propuesta de Resolución de fecha 18 de mayo de 2010, pero sin que en el procedimiento se hubiera incorporado el correspondiente informe fiscal, que finalmente se emite el 31 de mayo de 2010 (folio 56 a 59 del expediente administrativo).

La propuesta de resolución considera la procedencia de la resolución del contrato, fijando como cantidad resultante de la liquidación practicada, a satisfacer al Ayuntamiento la de 132.225, 02 €, proponiendo asimismo

retener el aval constituido en la indicada cantidad para responder de su abono y desestimando la solicitud de abono de intereses de demora efectuada por la contratista.

Por lo que se refiere al plazo para resolver el expediente de resolución de contrato, ni el TRLCAP ni el RGCAP 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 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (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.

En estos términos se ha pronunciado este Consejo Consultivo en dictámenes anteriores, entre otros, el Dictamen 270/09, de 20 de mayo. Esta misma postura es acogida por el Ayuntamiento solicitante del dictamen, cuando en diciembre de 2009, declara caducado el procedimiento como se ha expuesto en el relato fáctico del presente dictamen.

Aplicando la doctrina jurisprudencial citada, el expediente de resolución fue declarado caducado, mediante Decreto del Concejal-Presidente de la Junta municipal de Distrito de Salamanca, de fecha 28 de diciembre de 2009. Iniciado un nuevo procedimiento de resolución mediante Decreto de

23 de febrero de 2010, el mismo ha sido remitido al Consejo Consultivo el 14 de junio de 2010, sin que conste que se haya notificado al contratista la solicitud de dictamen con suspensión del plazo, de acuerdo con el artículo 42.5.c) de la LRJ-PAC, por lo que de nuevo el mismo debe considerarse caducado. Es más, el informe de fiscalización de la resolución del contrato, que obra al folio 56 del expediente administrativo, ya se emitió fuera del plazo de tres meses anteriormente señalado.

Consecuencia del cómputo anterior es que en puridad jurídica lo que procede es declarar la caducidad, conforme la citada jurisprudencia, sin perjuicio de que, en su caso, y en uso de sus facultades el Ayuntamiento pueda iniciar un nuevo expediente de resolución, dado que *prima facie* se aprecia la concurrencia de causa para resolver el contrato en los términos del artículo 149 c) de la LCAP, “*Desistimiento o la suspensión de las obras por un plazo superior a ocho meses acordada por la Administración*”.

Debe tenerse en este sentido en cuenta por su interés, el fundamento de derecho octavo de la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2004, RJ 5662, en relación con los trámites que pueden ser conservados en el nuevo procedimiento de resolución: “(...) *al declarar la caducidad la Administración ha de ordenar el archivo de las actuaciones (artículo 43.4 de la Ley 30/1992 en su redacción originaria; y artículo 44.2 de la misma Ley en la redacción ahora vigente), lo cual, rectamente entendido, comporta:*

a) Que el acuerdo de iniciar el nuevo expediente sancionador (si llega a producirse) puede y debe fundarse en los mismos documentos que, con el valor de denuncia, determinaron la iniciación del expediente caducado. De lo contrario carecería de sentido aquel mandato legal. Afirmación, esta primera, que cabe ver, entre otras, en las sentencias de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo de fechas 1 de octubre de 2001 (RJ 2002, 3124)

y (RJ 2002, 3123) (dos), 15 de octubre de 2001 (RJ 2002, 10190), 22 de octubre de 2001 (RJ 2002, 9837) y 5 de noviembre de 2001 (RJ 2002, 5264).

b) *Que en ese nuevo expediente pueden surtir efectos, si se decide su incorporación a él con observancia de las normas que regulan su tramitación, actos independientes del expediente caducado, no surgidos dentro de él, aunque a él se hubieran también incorporado. Concepto, éste, de actos independientes, que también cabe ver en las sentencias que acaban de ser citadas.*

c) *Que no cabe, en cambio, que en el nuevo procedimiento surtan efecto las actuaciones propias del primero, esto es, las surgidas y documentadas en éste a raíz de su incoación para constatar la realidad de lo acontecido, la persona o personas responsables de ello, el cargo o cargos imputables, o el contenido, alcance o efectos de la responsabilidad, pues entonces no se daría cumplimiento al mandato legal de archivo de las actuaciones del procedimiento caducado.*

d) *Que cabe, ciertamente, que en el nuevo procedimiento se practiquen otra vez las mismas actuaciones que se practicaron en el primero para la constatación de todos esos datos, circunstancias y efectos. Pero habrán de practicarse con sujeción, ahora y de nuevo, a los trámites y garantías propios del procedimiento sancionador y habrán de valorarse por su resultado o contenido actual y no por el que entonces hubiera podido obtenerse. Y*

e) *Que por excepción, pueden surtir efecto en el nuevo procedimiento todas las actuaciones del caducado cuya incorporación solicite la persona contra la que se dirige aquél, pues la caducidad «sanciona» el retraso de la Administración no imputable al administrado y no puede, por ello, desenvolver sus efectos en perjuicio de éste.»*

Debe advertirse asimismo que la Administración debe extremar el celo en la tramitación del nuevo expediente de resolución (que ya sería el tercero), haciendo uso de la suspensión de plazos recogida en el apartado 5 del artículo 42 de la LRJPAC, con la finalidad de evitar la inseguridad jurídica que se provoca reiniciando varias veces un procedimiento tras sucesivas declaraciones de caducidad, tal y como en este sentido expresa el Tribunal Supremo en sentencia de 30 de mayo de 2002 RJ 2002/8514.

En mérito a lo expuesto el Consejo Consultivo formula las siguientes,



CONCLUSIONES

El expediente de resolución del contrato iniciado mediante Decreto de 23 de febrero de 2010, está caducado a tenor de las consideraciones formuladas en la consideración jurídica segunda del presente Dictamen, sin perjuicio de que la Administración consultante pueda acordar nuevamente la incoación de un procedimiento de resolución contractual.

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, 30 de junio de 2010