

Dictamen n.º: **24/11**
Consulta: **Alcalde de Batres**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **02.02.11**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 2 de febrero de 2011, sobre consulta formulada por el Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Batres, cursada a través del Consejero de Presidencia, Justicia e Interior, al amparo del artículo 13.1.f).4.º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, de creación del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, en relación con expediente sobre resolución del contrato de consultoría y asistencia técnica para asesoramiento jurídico en el proceso para la posible recepción de las obras de urbanización en las Urbanizaciones de Cotorredondo, Montebatres y Los Olivos, siendo interesado J.H.R.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 3 de enero de 2011 tuvo entrada en el registro del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen preceptivo formulada por el Consejero de Presidencia, Justicia e Interior el 28 de diciembre de 2010, acerca de la petición procedente del Ayuntamiento de Batres, firmada por su Alcalde Presidente, sobre expediente de resolución del contrato de consultoría y asistencia técnica para asesoramiento jurídico en el proceso para la posible recepción de las obras de urbanización en las Urbanizaciones de Cotorredondo, Montebatres y Los Olivos.

Admitida a trámite con esa misma fecha se procedió a dar entrada en el registro de expedientes con el número 1/11, iniciándose el computo del plazo para la emisión del dictamen, tal como dispone el artículo 34 apartado 1 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por el Decreto 26/2008, de 10 de abril, cuyo vencimiento se fijó el 8 de febrero de 2011.

Ha correspondido su ponencia a la Sección VI, presidida por el Excmo. Sr. D. Pedro Sabando Suárez, quien firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 2 de febrero de 2011.

SEGUNDO.- Del expediente remitido, que se encuentra numerado pero no foliado, como es preceptivo, se extraen los siguientes hechos de interés para la emisión del dictamen:

Con fecha 6 de marzo de 2007 el Alcalde del Ayuntamiento de Batres resolvió contratar mediante contrato menor de consultoría y asistencia técnica al contratista citado para realizar asesoramiento jurídico en el proceso para la posible recepción de las obras de urbanización en las Urbanizaciones de Cotorredondo, Montebatres y Los Olivos (documento 2).

El contrato de arrendamiento quedó formalizado el mismo día 6 de marzo de 2007 (documento 1), fijándose el tiempo para la elaboración y entrega al Ayuntamiento de los trabajos objeto del contrato en un año. La cláusula quinta del contrato dispone: *“El contratado ha presentado la correspondiente factura previamente a la firma del contrato al objeto de determinar el precio del contrato”*. La cláusula sexta, por su parte, dispone que *“La aprobación de las facturas y el pago de las mismas lo serán una vez exista crédito para ello y hayan sido realizados los trabajos pertinentes a plena satisfacción del órgano de contratación”*.

El 25 de enero de 2008 el contratista *solicitó “prórroga del contrato por la necesidad de contar con un informe técnico detallado del estado de cada uno de los servicios de las Entidades Urbanísticas Conservadoras y cobro de la factura que se acompaña correspondiente al 50 por ciento del importe de lo presupuestado”*. El 6 de junio de 2008 el contratista presentó nuevo escrito al Ayuntamiento reiterando la solicitud de cobro de la factura presentada el 25 de enero y señalando que la tramitación del IVA y la retención de IRPF que se ha realizado de la factura presentada para la formalización del contrato le han ocasionado perjuicios económicos.

Mediante escrito del Alcalde de fecha 23 de junio de 2008, notificado al interesado el 1 de julio de 2008, se le comunica que el contrato finalizó el 6 de marzo de 2008, habiéndose producido un incumplimiento por parte del contratista al no haber entregado al Ayuntamiento los trabajos objeto del contrato, por lo que no procede el pago de la factura que solicita el interesado. Así mismo le comunica que los contratos menores no admiten prórrogas y, respecto de la factura presentada antes de la formalización del contrato le informa que se ha tramitado de forma ordinaria, dando cuenta a la Agencia Tributaria a todos los efectos oportunos.

El contratista el 5 de julio de 2008 presentó nuevo escrito ante el Ayuntamiento en el que afirmaba que en una reunión celebrada entre el propio contratista, el Alcalde y otros representantes municipales se planteó la posibilidad de redactar un informe pero que por los representantes del Ayuntamiento se aconsejó solicitar prórroga del contrato. En el mismo escrito alega que el incumplimiento contractual ha partido del Ayuntamiento, puesto que en la cláusula tercera del contrato obligaba a éste a poner a disposición del contratado *“todos los elementos materiales necesarios para la realización del contrato”*, no habiendo facilitado el informe técnico.

El 12 de diciembre de 2008 el interesado presentó al Ayuntamiento un escrito acompañado de informe jurídico *“sobre la posibilidad de recepcionar las urbanizaciones de Cotorredondo, Montebatres y Los Olivos por parte del Ayuntamiento de Batres”*; así mismo presentó factura por importe de ocho mil ochocientos ochenta y ocho euros (8.888 €) *“IVA y retenciones a aplicar no incluidos”*.

Con fecha 4 de febrero de 2009 se emitió, según consta en el expediente, informe jurídico de otro abogado sobre la resolución del contrato de consultoría y asistencia técnica para asesoramiento jurídico en el proceso para la posible recepción de las obras de urbanización en las Urbanizaciones de Cotorredondo, Montebatres y Los Olivos. En dicho informe se aconseja al Ayuntamiento la resolución del contrato por incumplimiento del plazo por el contratista, sin indemnización al Ayuntamiento al no haberle ocasionado daños y que la prestación realizada no se corresponde con el objeto del contrato por lo que el Ayuntamiento queda exento de la obligación de pago. Así mismo aconseja conceder al adjudicatario un plazo de diez días para la celebración del trámite de audiencia y para presentar alegaciones.

El 17 de febrero de 2009 se emitió informe del Secretario municipal que señala que el artículo 111 del TRLCAP recoge como causa de resolución la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista y que el artículo 56.2 del mismo texto normativo prevé que los contratos menores no podrán tener una duración superior a un año ni ser objeto de prórroga ni de revisión de precios.

Mediante Decreto de Alcaldía de 17 de febrero de 2009 se procedió a la resolución del contrato por incumplimiento del contratista sin solicitar indemnización al Ayuntamiento, al no haber resultado perjudicado. De forma subsidiaria a lo anterior se determina que la prestación realizada no se ajusta al objeto contratado por lo que se rechaza y se declara que el

Ayuntamiento queda exento de la obligación de pago. Invocando el artículo 213.4 del Real Decreto Legislativo 2/2000 se otorga al adjudicatario un plazo de diez días para la celebración del trámite de audiencia y formulación de alegaciones. Este Decreto fue notificado al interesado el 25 de febrero de 2009.

El 6 de marzo de 2009 el contratista formula alegaciones en las que expresa que su relación profesional con el Ayuntamiento comenzó meses antes de la firma del contrato, que la prórroga del mismo se solicitó a instancias del propio Ayuntamiento, que la resolución sólo se ha instado después de haber hecho entrega del informe jurídico objeto del contrato, lo que, según él, permite pensar que el Alcalde pretendía obtener el informe gratuitamente y que la tramitación de la factura presentada y aceptada por el Ayuntamiento antes de la formalización del contrato le ha ocasionado perjuicio económico al haberse practicado las correspondientes retenciones de IRPF y haber tramitado el IVA. Insiste también en que el informe presentado se correspondía precisa y exactamente con el objeto del contrato. Por todo ello se opone a la resolución del contrato y solicita indemnización cuya cuantía precisará en el momento en que se resuelva de forma definitiva el expediente de resolución del contrato.

El 26 de junio de 2009 el Alcalde dictó resolución desestimatoria de las alegaciones formuladas por el interesado, lo que le fue notificado el 1 de julio de 2009.

El 5 de agosto de 2009 el contratista presentó recurso de reposición contra la resolución de 26 de junio, desestimatoria de sus alegaciones. En el recurso el interesado viene a reproducir los argumentos expuestos en las alegaciones.

El 5 de octubre de 2009 mediante Decreto de Alcaldía se resolvió solicitar informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, lo que se notificó al interesado el 16 de octubre.

El 15 de diciembre de 2009 el Alcalde solicitó al Consejero de Presidencia, Justicia e Interior la emisión de dictamen de este órgano consultivo que emitió Dictamen 14/10, de 20 de enero en el que se concluía que *“La resolución del contrato que se somete a dictamen fue acordada por Decreto de Alcaldía de 17 de febrero de 2009 prescindiendo del procedimiento legalmente establecido, por lo que adolece de nulidad radical. Sin perjuicio de lo anterior, existe la posibilidad de que el Ayuntamiento de Batres, si lo estima oportuno, pueda proceder a la incoación de un nuevo expediente atendiendo al procedimiento legalmente establecido”*. En el cuerpo del dictamen, a su vez, se expresaba: *“El procedimiento correcto hubiera supuesto la incoación de expediente de resolución, emisión de informes del Secretario e Interventor municipales, en aplicación del artículo 114 del TRRL, dando posteriormente al interesado trámite de audiencia y vista del expediente y, por último, con carácter previo a la resolución del expediente, solicitud de informe al Consejo Consultivo, comunicando esta circunstancia al interesado a fin de suspender el plazo de tres meses y no dar lugar a la caducidad del expediente”*. Este informe del Consejo Consultivo no se ha incorporado al expediente remitido a este órgano.

El 24 de mayo de 2010 se emite Providencia de Alcaldía con el siguiente tenor literal:

“A la vista del informe emitido por [despacho de abogados] en fecha 29 de febrero de 2009.

A la fecha del informe emitido por Secretaría de 17 de mayo de 2009.

Dispongo:

Primero: Incoar procedimiento para acordar, si procede, resolución del contrato de prestación de servicios adjudicado a [el contratista].

Segundo: Dar audiencia al adjudicatario por un plazo de diez días naturales desde la recepción de la notificación de esta resolución, a los efectos de que presente alegaciones y documentos que considere convenientes.

Tercero: Solicitar los informes que correspondan en caso de presentarse alegaciones”.

Es preciso señalar que en el expediente remitido al Consejo Consultivo no se incorpora ningún informe de Secretaría de 17 de mayo de 2009. Ello no obstante, cabe entender que se trata de un error en la referencia de la fecha del informe de Secretaría de 17 de febrero de 2009.

El 26 de mayo de 2010 el Secretario municipal emite escrito de emplazamiento para dar audiencia al contratista que consta que fue notificado el 10 de junio de 2010 y presentó escrito de alegaciones el 2 de julio de 2010 en el que se reitera en lo expuesto en sus anteriores escritos.

El 16 de diciembre de 2010 el Alcalde solicita dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid a través del Consejero de Presidencia, Justicia e Interior.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES EN 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”.

La solicitud de dictamen por el Alcalde de Batres se ha hecho llegar al Consejo Consultivo a través del Consejero de Presidencia, Justicia e Interior, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 14.3 de la Ley 6/2007 (*“Las solicitudes de dictamen de las entidades locales se efectuarán por los Presidentes de las mismas, y se cursarán a través del Consejero competente en relaciones con la Administración local”*), y del artículo 32.3 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

El dictamen ha sido evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 16.1 LRCC, cuyo término se fijó el 8 de febrero de 2011.

En relación con los expedientes de resolución de los contratos administrativos, el artículo 59.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 26 de junio) -en adelante, TRLCAP- dispone que: *“(...) será preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de: a) Interpretación, nulidad y resolución, cuando se formule oposición por parte del contratista”*. En parecidos términos, se pronuncia hoy el artículo 195.3 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP).

El contrato que nos ocupa se encuentra sometido al régimen jurídico del TRLCAP, por aplicación de la Disposición Transitoria Primera de la LCSP, según la cual: *“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 supuesto examinado, habida cuenta que la adjudicación del contrato tuvo lugar el 6 de marzo de 2007, cuando aún no había sido promulgada la LCSP, la normativa a aplicar está constituida por el TRLCAP del año 2000, y por tanto, el precepto que fundamenta la petición del preceptivo dictamen al Consejo Consultivo autonómico es el artículo 59.3.a) de aquélla.

SEGUNDA.- En materia de procedimiento, la resolución de contratos administrativos exige atenerse a lo previsto en los artículos 59 y 112 del TRLCAP, 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) y, tratándose de entidades locales, el artículo 114 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).

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 (artículos 59.1 del TRLCAP y 114.2 del RGCAP). En el caso sometido a dictamen se ha observado dicho trámite, según se ha expuesto en los antecedentes.

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 TRRL. En el caso examinado, figura incorporado el informe del Secretario municipal de fecha 17 de febrero de 2009, sin embargo, no existe constancia de la emisión de informe de la Intervención.

Tanto el informe jurídico como el de la Secretaría citados en la providencia de incoación del expediente fueron emitidos para el anterior expediente de resolución y no para el actual pero nada impide su incorporación al presente expediente en virtud del principio de conservación de actos regulado en el artículo 66 de la LRJ-PAC, que dispone: *“El órgano que declare la nulidad o anule las actuaciones dispondrá siempre la conservación de aquellos actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción”.*

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, 270/09, de 20 de mayo, 370/09, de 17 de junio y 447/09, de 16 de septiembre.

Aplicando las anteriores consideraciones al caso sometido a Dictamen, la consecuencia que se desprende es la de que el mismo está caducado. Si se tiene en cuenta que la incoación del expediente tuvo lugar el 24 de mayo de 2010 éste debería haber concluido antes del 24 de agosto de 2010, sin embargo, no se acordó solicitar Dictamen a este Consejo Consultivo hasta el 16 de diciembre de 2010. Ello no obstante, la caducidad del presente expediente no impide la iniciación de uno nuevo, caso de existir causa legal para ello.

En el caso de incoación de un nuevo expediente y siempre que la causa de resolución en que se fundare fuese idéntica, sería posible la conservación de actos, al igual que en el presente caso, en el que aunque no se ha producido por el Ayuntamiento infracción alguna, consideramos que es

aplicable análogamente al expediente de resolución contractual el principio de conservación de actos predicado en el artículo 66 LRJ-PAC.

En caso de incoarse un nuevo expediente sería preceptivo remitir de nuevo el expediente completo a este órgano consultivo para la emisión de dictamen. En orden a impedir la caducidad del procedimiento debería invocarse el artículo 42.5.c) de la LRJ-PAC, conforme al cual: *“El transcurso del plazo máximo legal para resolver un procedimiento y notificar la resolución se podrá suspender en los siguientes casos:*

c) Cuando deban solicitarse informes que sean preceptivos y determinantes del contenido de la resolución a órgano de la misma o de distinta Administración, por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los interesados. Este plazo de suspensión no podrá exceder en ningún caso de tres meses”.

Es decir, bastaría con comunicar la solicitud de dictamen al interesado para que el plazo quedase suspendido hasta la emisión de dictamen por el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

TERCERA.- Una vez analizadas las cuestiones procedimentales, hemos de entrar a examinar si procede o no la resolución del mismo en los términos manifestados en el expediente remitido para dictamen del presente Consejo Consultivo.

Se plantea la resolución del contrato por incumplimiento del plazo por el contratista en aplicación del artículo 111.e) del TRLCAP y con fundamento en la cláusula segunda del contrato que preveía que el tiempo máximo para la elaboración y entrega de los trabajos era de un año. Habiéndose formalizado el contrato el 6 de marzo de 2007 y no habiendo entregado el informe jurídico objeto del mismo el 6 de marzo de 2008 cabría afirmar que se ha producido un incumplimiento del plazo por el

contratista, por lo que sería procedente la causa de resolución prevista en el artículo 111. e) del TRLCAP e invocada como causa de resolución en el expediente.

No cabría aceptar las alegaciones del interesado relativas a la solicitud de prórroga realizada, pues el artículo 56 del TRLCAP no admite prórrogas para los contratos menores, como el que es objeto de dictamen, circunstancia que debió ser conocida por el interesado habida cuenta de su condición de jurista.

Tampoco cabría aceptar las alegaciones relativas a que la relación entre el interesado y el Ayuntamiento de Batres se iniciaron con anterioridad al contrato cuya resolución se informa ya que carecen de sustento probatorio alguno en el expediente.

Del mismo modo, no se podría aceptar que el interesado pretenda haber cumplido el contrato con la presentación de un informe el 12 de diciembre de 2008, ampliamente superado el plazo previsto en el contrato. Tampoco cabe atender a las alegaciones relativas a que la demora se debió a la ausencia de un informe técnico cuya aportación correspondía al Ayuntamiento y era necesaria para la emisión de informe jurídico como lo demuestra la presentación del informe entregado fuera de plazo sin que se hubiera facilitado por el Ayuntamiento el informe técnico. Por lo tanto, o bien era posible informar jurídicamente sin la existencia de informe técnico (en cuyo caso debió haberse hecho en tiempo y forma por el contratista) o bien no era posible (en cuyo caso el informe presentado no puede satisfacer el objeto del contrato como el interesado pretende).

El contratista solicita una indemnización por los daños ocasionados por la retención de IRPF de la factura presentada con carácter previo a la formalización del contrato así como por la tramitación del IVA correspondiente. No podemos obviar la irregularidad que supone la emisión de una factura previa a la realización de unos trabajos a los solos efectos de

“determinar el precio del contrato”, como se expone en la propia literalidad del contrato (cláusula quinta), ya que para dichos efectos hubiera bastado con un presupuesto. Por otro lado, la emisión de una factura para el conocimiento del precio y de otra u otras facturas para el pago del trabajo, como parece desprenderse de la cláusula sexta, implicaría una doble facturación.

En mérito a lo expuesto este Consejo Consultivo extrae las siguientes

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El expediente de resolución de contrato incoado por Providencia de Alcaldía de 24 de mayo de 2010 está caducado.

SEGUNDA.- Sin perjuicio de lo anterior, existe la posibilidad de que el Ayuntamiento de Batres, si lo estima oportuno, pueda proceder a la incoación de un nuevo expediente conservando los actos del expediente anterior cuyo contenido se hubiera mantenido igual, en aplicación del artículo 66 LRJ-PAC.

TERCERA.- En caso de incoarse un nuevo expediente sería preceptivo remitir de nuevo el expediente completo a este órgano consultivo para la emisión de dictamen. En orden a impedir la caducidad del procedimiento debería invocarse el artículo 42.5.c) LRJ-PAC.

CUARTA.- En caso de incoarse nuevo expediente, podría concurrir la causa de resolución del contrato invocada, según lo expuesto en la consideración jurídica tercera.

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, 2 de febrero de 2011

