

Dictamen nº: **250/10**
Consulta: **Consejero de Presidencia, Justicia e Interior**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **28.07.10**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 28 de julio de 2010, sobre consulta formulada por el 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 consultoría y asistencia para la dirección facultativa de las obras del nuevo edificio de juzgados de Navalcarnero, adjudicado a la empresa A.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 6 de julio de 2010 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, mediante escrito de 2 de julio de 2010, sobre expediente de resolución del contrato de obras más arriba referenciado.

Los hechos deducidos del expediente administrativo son los siguientes:

1. El Consejo de Gobierno en su reunión de 20 de abril de 2006, autorizó la celebración del contrato “*Dirección facultativa de las obras del nuevo edificio de juzgados de Navalcarnero*” mediante el procedimiento abierto y forma de concurso, así como el gasto plurianual correspondiente por importe de 177.127,13 euros.

El citado contrato se adjudicó a A, en lo sucesivo “*la empresa*”, por Orden del Vicepresidente Segundo, y Consejero de Justicia e Interior de fecha 15 de junio de 2006, por importe de 139.900,00 euros.

La formalización del contrato se llevó a cabo con fecha 26 de junio de 2006, previo el depósito de la garantía definitiva y abono de los correspondientes anuncios.

2.- Paralelamente, el órgano de contratación adjudicó el contrato para la ejecución de las obras de construcción a la empresa B el 16 de junio de 2006, estableciéndose un plazo de ejecución de 20 meses.

Mediante Orden del Consejero de Presidencia, Justicia e Interior, de 17 de diciembre de 2009, se procedió a resolver el mencionado contrato de obras, como consecuencia de la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista (folio 61 del expediente administrativo), siendo notificada la orden de resolución a la empresa contratista de la Dirección facultativa de las obras el 30 de diciembre de 2009 (folio 63 del expediente administrativo).

3.-Consta en el expediente un escrito de la Subdirectora General de Gestión Económica y de Administración de 28 de enero de 2010, en el que se relata que una vez producida la anterior notificación un representante de la empresa contratista de la Dirección facultativa de las obras acudió a retirar la garantía definitiva de su contrato, si bien se le informó que ello no era posible hasta tanto se procediera a la resolución formal del mismo (folio 64 del expediente administrativo).

Por ello, la Subdirección General de Infraestructuras Judiciales con fecha de 8 de febrero de 2010 emite Informe-Propuesta mediante el cual se propone, la iniciación del oportuno expediente de resolución del contrato

de “*Dirección Facultativa de las obras del Nuevo Edificio de Juzgados de Navalcarnero*” (folios 66 y 67 del expediente administrativo).

El 24 de febrero de 2010 mediante Orden del Consejero de Presidencia, Justicia e interior se acordó iniciar el expediente para la resolución del contrato de consultoría y asistencia denominado “*Dirección facultativa de las obras del nuevo edificio de juzgados de Navalcarnero*” suscrito con la empresa el 26 de junio de 2006, como consecuencia de la resolución el día 17 de diciembre de 2009, del contrato principal de obras del que es complementario.

En esa misma fecha se acuerda la suspensión del procedimiento de conformidad con el artículo 425.c) de la LRJ-PAC (folio 72 del expediente administrativo), al ser preceptiva la solicitud de informe a los Servicios Jurídicos.

El informe de los servicios jurídicos en la Consejería de Justicia e Interior, solicitado el 15 de marzo, se emite con fecha 26 de marzo de 2010, teniendo entrada en la unidad de contratación administrativa el día 29 del mismo mes, momento en que comienza de nuevo a correr el plazo del procedimiento para la resolución del contrato.

El 3 de marzo de 2010 se notificó el trámite de audiencia a la empresa, comunicando el inicio del expediente de resolución del contrato suscrito, como consecuencia de la resolución del contrato principal de obras del que el mismo es complementario, y proponiendo la devolución de la garantía definitiva depositada en su día para responder de la correcta ejecución del contrato.

El 17 de marzo 2010 la empresa presenta escrito de alegaciones, que califica de recurso de reposición, en el que, sin oponerse a la resolución del contrato, solicita el abono de la cantidad de 11.893,2 € en concepto del

beneficio dejado de obtener por la resolución anticipada del contrato tal y como se estipula en el art. 215.2 de la LCAP. Fundamenta dicha pretensión en que la causa de resolución es la paralización de las obras desde noviembre de 2007 y solicita el abono del 10% de la obra no ejecutada a tenor de lo dispuesto en el artículo 215.3 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 (TRLCAP).

Este escrito es considerado como escrito de alegaciones al no proceder el recurso de reposición, en los términos indicados en el escrito de la Secretaría General Técnica de la consejería de fecha 21 de abril de 2010.

Respecto a tales alegaciones, el Área de Contratación emite informe con fecha 26 de abril de 2010, en el que concluye que “*1.- Independientemente de la naturaleza del escrito presentado por la representación de A, la legislación de contratos no prevé el derecho a una indemnización del 10 por 100 del precio de los trabajos dejados de ejecutar, para el supuesto de que la resolución se inicie por la causa prevista en el apartado d) del artículo 214 del TRLCAP.*

2.- Habiendo estado suspendido “de facto” el contrato, que no formalmente, el contratista no ha instado la resolución contractual conforme a lo establecido en el apartado b), del artículo 214 TRLCAP, por lo que no se le pueden reconocer los efectos previstos para ese supuesto en el artículo 215.3 del mismo texto legal”.

A la vista de lo manifestado por la empresa, se solicita nuevo informe a los servicios jurídicos, emitido el 25 de mayo de 2010, en el que se concluye que la interpretación literal de los artículos 214 y 215 de la LCAP, no permiten considerar como causa de resolución del contrato la suspensión del mismo como pretende la Empresa, dado que no ha habido

un acuerdo formal de la Administración en tal sentido (folio 94 del expediente administrativo).

Finalmente, la Intervención General, mediante informe de fecha 29 de junio de 2010 concluye que “*1. Procede solicitar el Dictamen del Consejo Consultivo, al considerar que existe oposición del contratista sobre los efectos de la resolución, e incluso, de forma indirecta, sobre su causa.*

2. En cuanto a la causa invocada se considera procedente en virtud de lo informado por los Servicios Jurídicos.

3. Debe tenerse en cuenta por el órgano gestor la doctrina del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, en sus últimos Dictámenes sobre la caducidad de los procedimientos de resolución contractual”.

SEGUNDO.- En fecha 2 de julio de 2010 el Consejero de Presidencia, Justicia e Interior acuerda remitir al presente Consejo Consultivo el expediente para la emisión de dictamen al amparo del artículo 13.1 f) apartado cuarto, de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, reguladora del Consejo Consultivo, habiendo tenido entrada en este Consejo Consultivo el 6 de julio 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, que firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 28 de julio 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.- 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 15 de junio de 2006, 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 ordinario establecido en el artículo 16.1 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 el presente supuesto, si bien el contratista está de acuerdo en la procedencia de la resolución del contrato, no lo está en relación la causa de resolución del mismo y consiguientemente son su liquidación, 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) y al avalista, si se propone la incautación de la garantía, lo que no ocurre en el presente caso, (artículo 109.1.b) del RGCAP).

En nuestro caso, se ha observado dicho trámite, al haberse concedido trámite de audiencia a la Empresa contratista mediante comunicación de fecha 3 de marzo de 2010, presentándose el correspondiente escrito de alegaciones, el día 17 del mismo mes, en el que, sin oponerse a la resolución del contrato, solicita el abono de la cantidad de 11.893,2 € en concepto del beneficio dejado de obtener por la resolución anticipada del contrato tal y como se estipula en el art. 215.2 de la LCAP.

Consta asimismo haberse emitido informe de intervención con fecha 29 de junio de 2010.

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 Pùblicas 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.

Dispone la Sentencia de 13 de marzo de 2008, anteriormente citada, sobre la aplicación supletoria de la LRJ-PAC:

«Se cumplen con toda evidencia los requisitos que a primera vista, desde la sola literalidad de las normas, son necesarios para poder aplicar con carácter supletorio a los procedimientos de resolución de contratos las de la Ley 30/1992 referidas a la caducidad de los procedimientos. No es sólo que la Disposición adicional séptima de la Ley 13/1995, cuyo epígrafe era el de "Normas de procedimiento", ordenara que a los "procedimientos en materia de contratación administrativa" se les aplicara supletoriamente esa Ley 30/1992 (aplicación supletoria ordenada luego, reiterada, en la Disposición adicional séptima del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio ; y también en la Disposición final octava, número 1, de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público). Es, además, que la Ley 30/1992 regula los efectos de la inactividad en los procedimientos iniciados de oficio con vocación de generalidad, de aplicación en principio a todos ellos; y que con igual vocación dispone que la consecuencia ligada a esa inactividad en los procedimientos susceptibles de producir efectos desfavorables es la de que "se producirá la caducidad". Y es, en fin, que las normas que la Sala de instancia aplicó, las mismas que se consideran infringidas en el motivo de casación y las otras que en éste se citan al transcribir aquellos Dictámenes, nada disponían en ningún sentido al regular el procedimiento de resolución de los contratos administrativos sobre los efectos que hubieran de ligarse a la inactividad o falta de resolución expresa y notificación de la misma dentro del plazo máximo para hacerlo; bastando para percibirlo

con la sola lectura de los artículos 60 y 113 de la Ley 13/1995, 26 del Real Decreto 390/1996 y 274 del Reglamento General de Contratación del Estado del año 1975 (éste seguramente citado por error); o la del último párrafo del artículo 157 de este último; o, después, la del artículo 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre».

En segundo lugar, no existe incompatibilidad de la caducidad con los principios de la contratación pública, ya que:

«Aquella idea deslizada en el motivo de casación y no desarrollada, referida a una hipotética incompatibilidad entre la caducidad del procedimiento prevista en la Ley 30/1992 y los principios generales que inspiran la materia de la contratación administrativa, no se percibe en lo que ahora nos importa, esto es, en lo que hace a los procedimientos de resolución de dichos contratos y menos aún, en los que la causa de resolución sea, como en el caso de autos, la de la imputación al contratista de un incumplimiento culpable. La previsión de la caducidad del procedimiento persigue evitar situaciones de incertidumbre jurídica que se prolonguen injustificadamente en el tiempo; prolongación nada deseada, sino todo lo contrario, en el seno de una relación contractual cuando una de las partes pretende poner fin a ella, extinguiéndola anticipadamente; y menos deseada, aún, cuando el origen de esa pretensión es una causa, como aquélla, que no aboca sin más a la resolución, sino que se traduce en una facultad de opción de la Administración entre forzar el cumplimiento estricto de lo pactado o acordar la resolución. En la misma línea, tampoco habla a favor de aquella incompatibilidad la norma según la cual "todos los trámites e informes preceptivos de los expedientes de resolución de los contratos se considerarán de urgencia y gozarán de preferencia para su despacho por el órgano correspondiente", que recogió el inciso final del

último párrafo del artículo 157 del Reglamento de 1975 y luego el artículo 109.2 del Reglamento de 2001. A su vez, la mayor o menor complejidad de un tipo concreto de procedimientos no demanda de suyo la exclusión del instituto de la caducidad, sino la fijación en la norma oportuna (artículo 42.2 de la Ley 30/1992) del plazo máximo, adecuado a aquella complejidad, en que haya de notificarse la resolución expresa que ponga fin a ese tipo de procedimientos».

Este último criterio viene avalado -a decir de esta STS- por la anterior sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2004 (RJ 2004, 7113), que desestimó similar argumento, razonando que «*sin discutir el marco contractual en el que se adopta la resolución 1477/1994, lo cierto es que nos encontramos ante una actuación administrativa que debe expresarse a través de las formas legalmente previstas, esto es, las que prevé la Ley 30/1992. No cabe otra solución pues el sometimiento pleno de la Administración a la Ley y al Derecho exigida por la Constitución hace que, tanto en lo que se refiere al procedimiento como en lo relativo al contenido de sus decisiones, se sujeten a las prescripciones legales: a las relativas a los contratos y a las relativas al propio procedimiento».*

En suma, las sentencias del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 2007 y de 13 de marzo de 2008 (RJ 2008, 1379) son una derivación de la doctrina general sobre la supletoriedad de la LRJ-PAC en los procedimientos en materia de contratación fijada por la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2007. Una vez sentada esa aplicación supletoria, entran en juego, a falta de previsiones específicas, las normas comunes sobre plazos para resolver y efectos de la falta de resolución expresa en procedimientos de la Ley 30/1992.

Aplicando la doctrina jurisprudencial citada, el expediente de resolución estaría caducado, ya que el inicio del mismo tuvo lugar mediante acuerdo

de 24 de febrero de 2010, y ha sido remitido al Consejo Consultivo el 2 de julio de 2010, por lo tanto habiendo excedido *prima facie*, el plazo de tres meses para la resolución.

Esto no obstante, consta que con ocasión de la solicitud de informe al Servicio Jurídico se suspendió el plazo para resolver el procedimiento. A este respecto cabe señalar que si bien el acuerdo de suspensión tiene fecha 24 de febrero de 2010, el artículo 42.5.c) de la LRJ-PAC, en que se sustenta la suspensión, establece que la misma tendrá lugar “*por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados y la recepción del informe*”. En este caso la petición de informe a los servicios jurídicos, no se produce sino hasta el día 15 de marzo de 2010, remitiéndose el informe solicitado a la unidad de contratación con fecha 29 de marzo, momento en que comienza de nuevo a correr el plazo del procedimiento para la resolución del contrato.

De esta forma el plazo para la conclusión del procedimiento quedó suspendido durante 14 días. Así, habiéndose iniciado el procedimiento el día 24 de febrero de 2010, el mismo debería concluir el día 7 de junio de 2010. Sin embargo, el plazo para dictar resolución se suspende de nuevo extemporáneamente el día 30 de junio de 2010, con ocasión de la solicitud de dictamen a este Consejo, aunque no consta que tal resolución se hubiera notificado a la empresa contratista.

Dicha suspensión del plazo para concluir el procedimiento de resolución contractual se ha verificado una vez cumplido dicho plazo, y además no consta que se haya notificado la circunstancia de la suspensión al interesado lo que constituye un requisito básico para que tal suspensión despliegue sus efectos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42. 5.c) de la LRJ-PAC.

Por lo tanto el procedimiento estaría caducado.

Sin embargo, ello no impide la posibilidad de iniciar un nuevo procedimiento de resolución, al que se aplicará el TRLCAP, en lo relativo a las causas y efectos, de conformidad con lo dispuesto en la disposición transitoria primera de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

TERCERA.- La competencia para resolver el expediente de resolución corresponde al Consejo de Gobierno de conformidad con el artículo 12.2 del TRLCAP y el artículo 5.2 del Decreto 49/2003, de 3 de abril, por el que se aprueba el Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, al haber sido aprobado por el mismo mediante Acuerdo de 9 de marzo de 2006, cuyo acto pondrá fin a la vía administrativa ex artículo 53.1 b) de la Ley 1/1983, de 13 de diciembre, del Gobierno y la Administración de la Comunidad de Madrid y es susceptible de recurso contencioso administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.1 a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la jurisdicción contenciosa administrativa.

En mérito a lo expuesto el Consejo Consultivo formula las siguientes

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El expediente de resolución del contrato iniciado mediante Orden de 24 de febrero de 2010 esta caducado a tenor de las consideraciones formuladas en el antecedente de derecho segundo del presente Dictamen.

SEGUNDA.- Procedería la incoación de un nuevo expediente de resolución.

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, 28 de julio de 2010

