

Dictamen n^o: **342/10**
Consulta: **Alcalde de Villaviciosa de Odón**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **13.10.10**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 13 de octubre de 2010, sobre consulta formulada por el Alcalde de Villaviciosa de Odón, al amparo del artículo 13.1 f), apartado cuarto, de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, sobre resolución del contrato “*Servicio de asesoría general continuada en materia de recursos humanos*” por desistimiento del Ayuntamiento contratante.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 25 de agosto de 2010 tuvo entrada en el Registro del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid petición de dictamen formulada por el Alcalde de Villaviciosa de Odón, a través del Consejero de Presidencia, Justicia e Interior, en relación al expediente de resolución del contrato de servicios denominado “*Servicio de asesoría general continuada en materia de recursos humanos*”, adjudicado mediante acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 2 de diciembre de 2009.

Los hechos deducidos del expediente administrativo son los siguientes:

En fecha 14 de octubre de 2009 el Ayuntamiento de Villaviciosa de Odón acordó incoar el expediente de contratación administrativa para el

contrato del servicio de asesoría general en materia de recursos, mediante procedimiento abierto, con un presupuesto base de licitación de 74.820 euros anuales (IVA incluido).

Finalmente, en fecha 2 de diciembre de 2009, la Junta de Gobierno Local acordó adjudicar el contrato de servicios por un importe de 74.820 euros anuales (IVA incluido) a A, en adelante “la empresa”.

De conformidad con el apartado L) del cuadro anexo al pliego de cláusulas administrativas particulares, el plazo de ejecución del contrato era de veinte meses a partir de la firma del contrato. Dicho acto tuvo lugar el 22 de enero de 2010.

Mediante escrito de fecha 25 de mayo de 2010, la empresa plantea, ante la morosidad del Ayuntamiento, alternativas de modificación del contrato para ajustarlo a la actual situación económica, o la resolución definitiva, de mutuo acuerdo, del contrato, proponiendo las siguientes:

“Alternativa A. Mantenimiento de los términos esenciales del contrato actualmente vigente, modificando, de mutuo acuerdo, las condiciones contractuales en lo que respecta al montante económico y a la dedicación (en términos de presencia física en las dependencias municipales).”

De este modo, A asumiría una reducción del precio anual neto (actualmente 64.500 euros) en un 20% siempre y cuando la Corporación aceptara, a su vez, la reducción en iguales términos porcentuales de la dedicación presencial exigida, estableciéndose dicho apoyo presencial del consultor en 16 horas semanales, que se ejercerán en jornada completa ordinaria (8 h. diarias) durante dos días a la semana (en principio, lunes y martes).

Alternativa B. Modificación, de mutuo acuerdo, de los términos globales del contrato actualmente en vigor (excepto en lo que al período de vigencia se refiere), reconviniendo el mismo a una prestación de servicios

de asesoría en aquellos temas y momentos (informes, consultas, reuniones, etc.) en que fuera requerido por parte de la Corporación (de similar forma a cómo se actúa con la asesoría jurídica externa).

Estos trabajos de asesoramiento se realizarían previo encargo y preaviso con la suficiente antelación, y se propone establecer un precio preacordado de facturación de las horas realizadas (para el año 2010) a razón 80 €/ hora.

Esta modificación implicaría dos condiciones particulares:

B.1. El abono, de manera inmediata al acuerdo sobre las nuevas condiciones planteadas, del 30% de la cantidad pendiente de facturar del montante global del contrato (30% s/ 86.000 €= 25.800 euros) en concepto de indemnización por la modificación planteada.

B.2. El compromiso y garantía, por parte del ayuntamiento, de un mínimo anual 225 horas de asesoría (18.000 €) a facturar y abonar semestralmente.

Alternativa C.- Resolución definitiva, de mutuo acuerdo, del contrato final.

Esta modificación implicaría dos condiciones particulares

C.1. El abono del 60% de la cantidad pendiente de facturar sobre el montante global del contrato en concepto de indemnización por la resolución unilateralmente planteada (60% s/ 86.000 € 51.600 E).

C.2. La devolución, previa e inmediata, de la garantía definitiva aportada por A para la adjudicación del actual contrato en vigor de fecha 22 de enero de 2010”.

En fecha 21 de junio de 2010, mediante Resolución del Alcalde-Presidente, se acuerda el inicio del procedimiento de resolución del

contrato por desistimiento, el cual fue notificado a la empresa en fecha 22 de junio.

Mediante escrito de alegaciones de fecha 28 de junio de 2010, la empresa alega que desde el 2008 han venido prestando sus servicios en materia de relaciones laborales y gestión de recursos humanos, alternándose contratos menores de breves períodos de tiempo con situaciones absolutamente irregulares, que ha generado problemas de pago. Según refiere, a dicha fecha, el Ayuntamiento les adeuda 50.000 euros correspondientes a las facturas de dos meses de 2009 y todas las del año 2010 en curso. Por ello, solicita al Ayuntamiento que “(...) *modifique su postura en cuanto a la posible resolución unilateral por desistimiento del contrato adjudicado, para el asesoramiento general en materia de gestión de recursos humanos y, en atención a las especiales circunstancias de este caso, se opte por las alternativas A o B de modificación y continuidad del mismo planteadas en la propuesta que dicho despacho profesional planteó en su escrito del pasado 26 de mayo de 2010.*

En su defecto, y si se decidiera continuar con la resolución definitiva del contrato, solicitamos que ésta se base exclusivamente en razones de interés público, reconociéndose que no existe causa alguna imputable al contratista para la resolución de dicho contrato y, de acuerdo a ello y a tenor de lo previsto en los artículo 206 c) y 207.4 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, se abra un periodo de negociación a fin de alcanzar dicha resolución definitiva por mutuo acuerdo, compensando a [la entidad] A de los perjuicios sufridos y beneficio dejado de obtener en cuantía justa y adecuado resarcimiento moral”.

En fecha 5 de julio de 2010 el técnico de contratación ha emitido informe jurídico sobre los trámites a seguir en la resolución propuesta y el régimen jurídico aplicable a la misma.

En esa misma fecha el Alcalde del municipio acuerda avocar las competencias que fueron delegadas a la Junta de Gobierno Local mediante resolución de 8 de octubre de 2009, relativa a los contratos cuyo importe no supere el 10 por ciento de los recursos ordinarios del presupuesto ni el importe de tres millones de euros. Asimismo, se acuerda la continuación del procedimiento de resolución contractual en los términos establecidos en el artículo 109 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

Finalmente, la Junta de Gobierno Local, en fecha 7 de julio de 2010, acuerda por delegación del Alcalde *“Ratificar la propuesta de resolución del expediente de contratación del Servicio de Asesoría General en materia de Recursos Humanos, por desistimiento del mismo, de acuerdo a los motivos expuestos por la Concejalía de Recursos Humanos y Régimen Interior, con los efectos previstos en el Artículo 285.3 de la Ley 30/2007 de 30 de octubre de Contratos del Sector Público, siendo los mismos, la indemnización al Contratista del 10% del precio de los estudios, informes, proyectos o trabajos pendientes de realizar en concepto de beneficio dejado de obtener”*.

Dicho acuerdo fue notificado al contratista el 26 de julio de 2010, y el expediente remitido por el Alcalde el 3 de agosto de 2010, si bien la entrada en el Registro del presente Consejo tuvo lugar el 25 de agosto siguiente.

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 195.3 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (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.

La petición de dictamen ha sido formulada por el Alcalde del Ayuntamiento a través del Consejero de Presidencia, Justicia e Interior de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14.3 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre.

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 el artículo 194 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, 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”*. El artículo 195.1 requiere que en el correspondiente expediente se de 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 207 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, 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”*.

El artículo 114 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueban las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, se remite en su apartado primero a lo dispuesto en la legislación específica respecto a la resolución de los contratos. Si bien el apartado tercero requiere la emisión de informe de la Secretaría e Intervención de la corporación con carácter previo a la adopción del acuerdo. Dichos informes han sido emitidos admitiendo la resolución del contrato por desistimiento de la Administración.

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 195.1 de la Ley) y al avalista si se propone la incautación de la garantía (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 22 de junio de 2010, y formulando ésta sus alegaciones el 29 de junio siguiente, en el que se opone a la resolución propuesta por el Ayuntamiento. No resulta necesaria la notificación del procedimiento a la entidad avalista por no proponerse la incautación de la garantía.

Ahora bien, dicho artículo requiere el dictamen del órgano consultivo equivalente al Consejo de Estado de la respectiva Comunidad Autónoma, cuando se formule oposición por el contratista. En el presente procedimiento, el Ayuntamiento mediante acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 7 de julio de 2010 ha acordado resolver el contrato al amparo de lo previsto en el artículo 284.1 b) de la LCSP, esto es, por desistimiento de la misma, y la solicitud de dictamen se ha efectuado posteriormente.

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.

La cuestión que debe determinarse es, si la solicitud de Dictamen al presente Consejo Consultivo, con posterioridad al acuerdo de resolución del contrato, supone la vulneración flagrante de dicho procedimiento.

El Tribunal Constitucional en Sentencia 204/1992, de 26 de noviembre (FJ 4), ha dispuesto que la omisión del trámite de informe preceptivo del Consejo de Estado constituye una infracción de un trámite esencial en el procedimiento administrativo. A tal efecto manifiesta:

“La intervención preceptiva de un órgano consultivo de las características del Consejo de Estado, sea o no vinculante, supone en determinados casos una importantísima 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”.

La gravedad del irregular proceder de la corporación municipal tiene tal trascendencia que puede determinar la nulidad radical del acuerdo adoptado. El artículo 62.1 e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, declara que son nulos de pleno derecho los actos dictados, prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido. Según una reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, ese vicio no sólo se produce cuando se ha prescindido de todos los trámites, sino también cuando se ha omitido algún trámite esencial (Sentencias de 2 de enero de 1979, 8 de marzo de 1982 y 11 de marzo de 1991). 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 ese sentido cabe recordar el dictamen de este Consejo de Estado de 4 de julio de 1985 (expediente número 47.858) que señaló que la omisión del preceptivo dictamen del Consejo de Estado en los casos de interpretación de los contratos administrativos vicia de nulidad radical el acto finalmente adoptado. Como destacó el dictamen de 11 de diciembre de 1980 (expediente número 42.764): *“el principio de economía, celeridad y eficacia, que consagra el artículo 29 de la Ley de Procedimiento Administrativo, no puede implicar la omisión del dictamen del Consejo de Estado”*.

También ponen de manifiesto que la omisión del dictamen del Consejo de Estado es un vicio de nulidad radical no susceptible de convalidación los dictámenes de 4 de diciembre de 1975 (expediente número 39.922), 7 de octubre de 1976 (expediente número 40.443), 27 de mayo de 1981 (expediente número 43.200), 13 de mayo de 1982 (expediente número 44.000), 17 de noviembre de 1983 (expediente número 45.853), 15 de marzo de 1990 (expediente número 52.617), 17 de septiembre de 1992 (expediente número 1.026/92), entre otros. En este último dictamen se

expresa con claridad por qué razón no puede convalidarse la omisión de la preceptiva consulta al Consejo de Estado: 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”*. En el mismo sentido se pronuncian las Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1989 y de 25 de abril de 1991.

Por todo lo anterior, este Consejo considera que el acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 7 de julio de 2010 adolece de un vicio de nulidad radical.

En mérito a lo expuesto el Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

El procedimiento de resolución del contrato de servicios adolece, a juicio de este Consejo Consultivo, de un vicio de nulidad radical al haberse solicitado el dictamen al presente Consejo con posterioridad a la adopción del acuerdo de resolución del contrato.

Madrid 13 de octubre de 2010