

Dictamen n^o: **380/10**
Consulta: **Alcalde de Madrid**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **10.11.10**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 10 de noviembre de 2010, sobre consulta formulada 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 25 de octubre 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 18 de octubre de 2010, sobre expediente de resolución del contrato de obras más arriba referenciado por desistimiento.

Dicha solicitud se realiza con carácter de urgencia al amparo del artículo 109, 2 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)

La cuestión sometida a consulta había sido objeto del dictamen 185/2010, de 30 de junio, en el que se concluía que el expediente de resolución del contrato iniciado mediante Decreto de 23 de febrero de 2010, estaba caducado, de acuerdo con las consideraciones jurídicas contenidas en el cuerpo del antedicho dictamen, sin perjuicio de la posibilidad para la Administración consultante de acordar nuevamente la incoación de un procedimiento de resolución contractual.

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), constituyéndose la garantía definitiva por importe de 53.971.02.-€ el 12 de septiembre de 2007, mediante aval en la entidad bancaria B (folio 185 del expediente administrativo Caja 1).

Consta que con fecha 27 de diciembre de 2007 se constituyó otra garantía ante el Banco C (Banco D), por importe de 395.577,41.-€, para responder de las certificaciones a cuenta de los materiales acopiados.

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.

Así, 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 (RGLAP en adelante), 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.-€, 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.-€ (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.-€. Por tanto, el 6% de las obras dejadas de ejecutar asciende a 45.084,07.-€, 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.-€ por

materiales acopiados, abonados y no incorporados a obra, de los que debería responder el aval constituido con fecha 27 de diciembre de 2007, 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.

La propuesta de resolución se somete a dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid que concluye estimando la caducidad del expediente.

11. De nuevo y a la vista de las conclusiones del Dictamen 185/2010 del Consejo Consultivo, el Ayuntamiento mediante Decreto del Concejal de Distrito de fecha 20 de julio de 2010, declara la caducidad del expediente, sin perjuicio del inicio de un nuevo expediente de resolución. Consta que dicho Decreto se notificó al Banco C, y a A (folios 116 a 122 de la carpeta 6 del expediente administrativo).

Como fundamento de este nuevo expediente de resolución contractual se emite Informe Técnico con fecha 27 de julio de 2010, en el que se

mantiene la propuesta de liquidación del contrato efectuada en el informe de 17 de febrero de 2010, del que se ha dado cuenta más arriba, y que en resumen considera que existe un saldo a favor del Ayuntamiento de 132.225,02.-€. En dicho informe se explica que la diferencia de 1.000.-€ entre ambos informes se debe únicamente a una errata contenida en el primero, de manera que donde en aquél se consigna como saldo a favor del Ayuntamiento la cantidad de 133.225,02.-€ debería constar 132.225,02.-€ (folios 1 a 3 de la carpeta 7 del expediente administrativo).

12. Con fecha 28 de julio de 2010, mediante Decreto del Concejal de Distrito, se acuerda el inicio del expediente de resolución contractual, lo que se comunica al Banco C como entidad avalista y a la empresa contratista, indicando expresamente en la notificación efectuada a la primera entidad que el saldo deudor derivado de la liquidación del contrato a favor del Ayuntamiento asciende a 132.225,02.-€.

La contratista presentó alegaciones el 6 de agosto de 2010, acompañadas de abundante documentación con el objeto de acreditar los gastos en que había incurrido y que considera que deben liquidarse a su favor al resolver el contrato (folios 14 a 441 del expediente administrativo). Dichas alegaciones son objeto de contestación en un informe de fecha 24 de agosto de 2010, denominado contestación a las alegaciones presentadas por A, indicándose en el mismo que *“Todos los aspectos objeto de alegación son idénticos a los que se habían señalado en reclamaciones anteriores”* (folio 442 del expediente administrativo, carpeta 7), por lo que se reproducen los informes evacuados en el seno del anterior expediente de resolución contractual.

13. Con fecha 31 de agosto de 2010, se dicta propuesta de resolución, considerando que procede la resolución del contrato al amparo del artículo 220 c) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre de contratos del Sector Público (en adelante LCSP), aprobando la liquidación del contrato que

arroja un saldo a favor de la Administración de 132.225,02.-€, procediendo la devolución de la garantía en la cantidad de 53.971,02.-€, reteniendo el resto del aval depositado por importe de 395.577,41.-€ y desestimando la petición del contratista de abono de intereses de demora en cuantía de 5.811,34.-€ (folios 455 a 460 de la carpeta 7 del expediente administrativo).

Esta propuesta es comunicada a la entidad avalista y a la contratista con indicación expresa de que se suspende el procedimiento en los términos del artículo 42.5 c) de la LRJ-PAC al objeto de solicitar informe a la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento, con fecha 31 de agosto y 1 de septiembre de 2010, respectivamente.

La Asesoría Jurídica emite su informe preceptivo el 9 de septiembre de 2010. A la vista de dicho informe se modifican algunos aspectos de la propuesta de resolución que se recogen en diligencia de 29 de septiembre de 2010 (folios 489 y 490 del expediente administrativo, carpeta 7).

Asimismo, consta que con fecha 15 de septiembre de 2010 se concede trámite de audiencia a la entidad B, sin que conste que la misma haya evacuado alegación alguna (folios 486 a 488 del expediente administrativo, carpeta 7).

14. Redactada nueva propuesta de resolución a la vista de las observaciones del informe de la Asesoría Jurídica, se requiere informe de la Intervención Delegada del Ayuntamiento, con fecha 30 de septiembre de 2010, efectuándose las correspondientes notificaciones a efectos de suspensión del plazo. La Intervención Delegada se pronuncia con carácter favorable el 11 de octubre de 2010 (folios 507 a 511 del expediente administrativo, carpeta 7).

15. Por último, con fecha 14 de octubre de 2010, se notifica a las interesadas la solicitud de informe a este Consejo Consultivo a los efectos

de suspensión del plazo en los términos del artículo 42.5 c) de la LRJ-PAC.

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 RGCAP, 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 10 de noviembre 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 (LRCC) 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, si bien como hemos señalado, el régimen sustantivo correspondiente a la resolución contractual es el contenido en la normativa vigente al tiempo de la adjudicación del contrato, la normativa procedimental a aplicar es la vigente al momento de iniciarse el procedimiento de resolución, tal y como ha señalado el Consejo de Estado en su dictamen 1077/2002, por aplicación de las disposiciones transitorias del Código Civil, erigidas en derecho intertemporal común. Resulta por tanto de aplicación la normativa que en materia de procedimiento de resolución contractual contempla la Ley 30/2007, de 30 octubre de Contratos del Sector Público (LCSP), si bien la misma no difiere en aspectos fundamentales de la contenida en el TRLCAP, aplicable a las cuestiones sustantivas derivadas de la resolución del contrato.

Así, el procedimiento de resolución de contratos administrativos exige atenderse a lo previsto en los artículos 195 de la LCSP a cuyo tenor *“En los procedimientos que se instruyan para la adopción de acuerdos relativos a la interpretación, modificación y resolución del contrato deberá darse 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 207 del LCSP, 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 109 del RGCAP, que no ha sido derogado, 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 de la LCSP y 114.2 del RGCAP). En nuestro caso, se ha observado dicho trámite, al haberse concedido el mismo el 3 de agosto de 2010, presentándose escrito de alegaciones el día 6 de agosto, en el que según se manifiesta por la Administración, todos los aspectos objeto de alegación son idénticos a los que se habían señalado en reclamaciones anteriores .

Debe señalarse que el indicado trámite de audiencia se concede con anterioridad a la emisión de informe por parte de la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento y del Informe Fiscal, de fechas 9 de septiembre y 11 de octubre de 2010, respectivamente.

La jurisprudencia viene interpretando de forma flexible la omisión del trámite de audiencia, considerando siempre dicha ausencia de trámite a la luz de la interdicción de indefensión que prohíbe el artículo 24.1 de la Constitución (entre otras en la STS de 5 de noviembre de 2001). En el presente caso no se ha producido la indefensión que determinaría la nulidad del procedimiento y la necesidad de su retroacción por la emisión de informes posteriores, puesto que en los mismos no se contienen cuestiones nuevas o desconocidas para la contratista y las avalistas interesadas.

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, si bien en el caso del municipio de Madrid, de acuerdo con lo establecido en la D.A. Octava e) de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, *“Las funciones que la legislación sobre contratos de las Administraciones Públicas asigna a los secretarios de los ayuntamientos, corresponderán al titular de asesoría jurídica, salvo las de formalización de los contratos en documento administrativo”*.

En cumplimiento de lo anterior consta la emisión de informe por la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento de Madrid, con fecha 9 de septiembre de 2010.

Con fecha 11 de octubre de 2010 se emite el correspondiente informe fiscal, favorable.

En este estado del procedimiento se dicta propuesta de resolución que 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 e incautar el aval constituido para responder de los abonos a cuenta por los materiales acopiados en la indicada cantidad, así como proceder a la devolución de la garantía definitiva constituida mediante aval de fecha 12 de septiembre de 2007, siempre que el mismo no tuviera que responder de las obligaciones derivadas del contrato y por último, 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, este Consejo viene sosteniendo, entre otros en el Dictamen 270/09, de 20 de mayo, y respecto de esta misma resolución contractual en el Dictamen 185/2010, de 30 de junio, con apoyo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo que no reproducimos al ser sobradamente conocida por la Administración consultante (STS de 2 de octubre de 2007 (RJ 2007/7035) y de 13 de marzo de 2008 (RJ 2008/1379) y la STS de 9 de septiembre de 2009 (RJ/2009/7196)), 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.

El presente expediente de resolución se inicia mediante Decreto del Concejal del Distrito de 28 de julio de 2010, habiendo sido remitido para dictamen de este Consejo el 18 de octubre de 2010, previa comunicación de la suspensión del plazo que tuvo lugar el día 14 del mismo mes. Además, debe tenerse en cuenta que durante la tramitación del procedimiento, el mismo se ha suspendido en los términos del artículo 42.5 de la LRJ-PAC cada vez que se ha solicitado un informe preceptivo en el seno de su tramitación, por lo que aplicando la doctrina jurisprudencial

citada, el plazo para concluir el procedimiento de resolución contractual no ha caducado.

TERCERA.- Una vez analizado el procedimiento que debe seguirse para acordar la resolución del contrato, debemos estudiar si procede o no la resolución del contrato en los términos manifestados en la propuesta de resolución remitida para informe del presente Consejo Consultivo.

Pretende el Ayuntamiento de Madrid la resolución del contrato por desistimiento fundado en la aparición de nuevas circunstancias de entidad suficiente como para justificar un nuevo contrato, como es la posibilidad de realizar un edificio de nueva construcción completamente ante la cesión por parte de la Comunidad de Madrid de las instalaciones que dentro del antiguo edificio parcialmente demolido ocupaba, y en aplicación de lo dispuesto en el artículo 149.c) TRLCAP.

De acuerdo con dicho precepto *“Son causas de resolución del contrato de obras además de las señaladas en el art. 111 las siguientes: c) El desistimiento o suspensión de las obras por un plazo superior a ocho meses acordada por la Administración”*

Con carácter general, la resolución de los contratos administrativos debe examinarse conjugando las exigencias del principio *pacta sunt servanda*, que en el ámbito del contrato de obras encuentra su regulación en el artículo 143 del TRLCAP, cuando establece que *“Las obras se ejecutarán con estricta sujeción a las estipulaciones contenidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares y al proyecto que sirve de base al contrato y conforme a las instrucciones que en interpretación técnica de éste diere al contratista el director facultativo de las obras. Cuando dichas instrucciones fueren de carácter verbal, deberán ser ratificadas por escrito en el más breve plazo posible, para que sean vinculantes para las partes.”*, con las

facultades que la Ley concede a la Administración para interpretar, modificar y resolver los contratos en los términos de su artículo 59.

Por otro lado, aunque la facultad de desistimiento reviste el carácter de discrecional, lo cierto es que la doctrina del Consejo de Estado entre otros en dictamen 1208/2008, de 16 de octubre, recoge los límites y el ámbito del ejercicio de tal facultad por parte de la Administración, señalando que *“el desistimiento unilateral de la Administración ha sido en muchas ocasiones admitido como causa resolutoria de los contratos, sin perjuicio de cualquier posible pacto de mutuo disenso y siempre y cuando el contratista haya cumplido sus obligaciones de acuerdo con lo establecido en la legislación reguladora de contratos públicos”* (dictamen del Consejo de Estado núm. 4.350/97, de 6 de noviembre). Ahora bien, también se ha insistido en que *“el desistimiento de la Administración constituye un remedio excepcional ante una situación que, en la medida de lo posible, deberá evitarse que se produzca. Y, en todo caso, la Administración sólo podrá desistir del contrato cuando razones de interés público así lo aconsejen. No se configura como una opción de libre utilización por la misma, sino como una solución a la que únicamente podrá acudir cuando la prosecución de las actuaciones o de la ejecución del contrato perjudique el interés público o sea incompatible con él. De ahí que la justificación de la decisión de la Administración de resolver el contrato haya de constar en el expediente administrativo y de ella deberá tener oportuno conocimiento el contratista a los efectos pertinentes, incluida la posibilidad de alegar contra la decisión de desistir y de impugnar la realidad misma de sus fundamentos en relación con las exigencias del interés público* (dictamen del Consejo de Estado núm. 1.336/2005, de 17 de noviembre).”

Efectivamente, esta facultad, como todas las potestades discrecionales de la Administración, está limitada por la norma general imperativa por la

cual aquélla debe cumplir los fines que le son propios, al servicio del bien común y del ordenamiento jurídico, y siempre basándose en los principios de racionalidad y proporcionalidad. Así, lo ha puesto de manifiesto en su jurisprudencia el Tribunal Supremo en reiteradísimas ocasiones, (Sentencias de 23 de junio de 2003, RJ 4413, o 27 de mayo de 2003, RJ 6362, entre otras muchas).

Resta pues determinar, a la luz de tales principios, si la resolución del presente contrato obedece a los parámetros indicados, teniendo en cuenta que el concepto de interés público, en ocasiones es difuso y debe ser contemplado al caso concreto.

En este caso, qué duda cabe, a la luz de los informes presentados que la posibilidad de realizar un edificio de nueva construcción de unos 3.000 m², en lugar de una simple reforma del inmueble preexistente, ante la cesión de la parte del edificio que venía ocupando la Comunidad de Madrid, obedece al interés general, y al bien común, no siendo susceptible de ser abordada la nueva obra mediante una modificación contractual, puesto que las nuevas circunstancias permitían la demolición total del edificio y la construcción de uno nuevo, en el que no sólo se albergaría la nueva escuela infantil, sino otra serie de servicios dotacionales, aprovechando asimismo el bajo rasante de la parcela para construir cuatro plantas subterráneas destinadas a aparcamiento.

Todas estas nuevas actuaciones exceden con creces el objeto del contrato inicial de reformas en el antiguo colegio público Jacinto Benavente, por lo que el mismo no sería, como decimos susceptible de modificación, en aras a no proscribir el principio de libre concurrencia ni la buena fe que debe presidir la contratación de las Administraciones Públicas, teniendo en cuenta que la modificación contractual no puede implicar cambios que afecten de tal modo al contrato que el mismo no resulte reconocible, como ocurriría en el presente caso.

Sentado lo anterior, es claro que procede la resolución del contrato de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 149 c) del TRLCAP, en la modalidad del desistimiento planteada por la Administración.

La importancia de esta justificación, por las razones expuestas, debería ser abordada en la propuesta de resolución, que omite cualquier referencia a las razones de interés general que sustentan la resolución contractual.

CUARTA.- Una vez apreciada la concurrencia de causa para la resolución del contrato, procede determinar los efectos de la misma.

Así, de acuerdo con el apartado 1 del artículo 151 del TRLCAP. *“La resolución del contrato dará lugar a la comprobación, medición y liquidación de las obras realizadas con arreglo al proyecto, fijando los saldos pertinentes a favor o en contra del contratista. Será necesaria la citación de éste, en el domicilio que figure en el expediente de contratación, para su asistencia al acto de comprobación y medición.*

Por su parte, en su apartado 4 se establece que *“En caso de desistimiento o suspensión de las obras iniciadas por plazo superior a ocho meses, el contratista tendrá derecho al 6 por 100 del precio de las obras dejadas de realizar en concepto de beneficio industrial, entendiéndose por obras dejadas de realizar las que resulten de la diferencia entre las reflejadas en el contrato primitivo y sus modificaciones y las que hasta la fecha de notificación de la suspensión se hubieran ejecutado.”*

El único punto en el que no existe acuerdo entre contratista y Administración es precisamente el relativo a la liquidación del contrato. Efectivamente, de acuerdo con el informe de liquidación del Ayuntamiento de 17 de febrero de 2010, que se reproduce para este nuevo procedimiento de resolución, ésta ostenta un saldo deudor con la contratista de 132.225,02.-€

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.-€, incluyendo el porcentaje correspondiente de gastos generales, beneficio industrial e IVA, mientras que constan abonadas al contratista certificaciones de obra por valor de 542.081,18.-€ ya que se pagaron certificaciones correspondientes a acopios para la obra. De esta forma el saldo resultante a favor de la Administración sería de 230.039,77.-€.

A este saldo hay que deducir el 6% en concepto de beneficio industrial que correspondería por aplicación del artículo 151.4 del TRLCAP antes transcrito y que asciende a 45.084,07.-€, cantidad a la que la contratista ha prestado su conformidad. Esta cantidad es la que resulta de aplicar el 6% a la diferencia entre 977.452,63.-€ (presupuesto de ejecución material de adjudicación) y 226.051,45.-€ (presupuesto de ejecución material de las obras ejecutadas).

De esta forma el saldo a favor de la Administración se reduciría a 184.955,70.-€.

Por su parte, el contratista en el escrito de alegaciones de 6 de agosto de 2010, considera que deben ser indemnizados asimismo los costes indirectos derivados de la obra no amortizados por importe de 192.631,62.-€, la vigilancia de la misma por importe de 49.894,29.-€, gastos generales no amortizables por 11.408,05.-€, el lucro cesante por 45.084,07.-€, los consumos y mantenimiento de acometidas de agua por 4.003,60.-€ e intereses de demora que ascenderían a la fecha de las alegaciones a 5.811,34.-€. Todo ello supone la suma de 308.832,97.-€, que restado del saldo a favor de la Administración de 230.039,77.-€, que supone un importe de 78.873,11.-€ a favor de la contratista.

Se ha de proceder al análisis de cada uno de los conceptos reclamados por la referida contratista, y así en relación con el lucro cesante, debe señalarse que el 6% del beneficio industrial en concepto de indemnización que el artículo 151.4 del TRLCAP contempla, constituye una indemnización tasada legalmente para el caso de desistimiento del contrato de obras por la Administración y resarce, a tanto alzado, todos los daños, incluido el lucro cesante, que hubiere sufrido el contratista, tal y como entre otros ha señalado el Consejo de Estado en dictamen 2.490/2001, de 28 de septiembre. En el mismo sentido el dictamen del Consejo de Estado 53.437, de 6 de julio de 1989, afirma que *“Este efecto del beneficio industrial de las obras dejadas de realizar aparece configurado en el texto y en la doctrina de este Consejo como indemnización global que exime de carga de su prueba al perjudicado pero no puede superarse. Los intentos, alguna vez manifestados, para rebasarla acumulando otros perjuicios, no han tenido éxito en la doctrina de este Alto Cuerpo.”*

Respecto de los gastos indirectos, los mismos aparecen contemplados en el artículo 130. 3 del RGCAP, cuando establece que *“Se considerarán costes indirectos:*

Los gastos de instalación de oficinas a pie de obra, comunicaciones, edificación de almacenes, talleres, pabellones temporales para obreros, laboratorio, etc., los del personal técnico y administrativo adscrito exclusivamente a la obra y los imprevistos. Todos estos gastos, excepto aquellos que se reflejen en el presupuesto valorados en unidades de obra o en partidas alzadas, se cifrarán en un porcentaje de los costes directos, igual para todas las unidades de obra, que adoptará, en cada caso, el autor del proyecto a la vista de la naturaleza de la obra proyectada, de la importancia de su presupuesto y de su previsible plazo de ejecución”

En este caso, los gastos indirectos, reflejados en la documentación anexa a las alegaciones de la contratista, según se indica en el informe de 17 de

febrero de 2010, y se corrobora de su examen, se corresponden con gastos ordinarios correspondientes al periodo de ejecución de la obra, tales como personal indirecto, mobiliario de oficinas, mensajería, limpieza, fotocopias, y otros semejantes. Todos ellos son necesarios para llevar a efecto la obra contratada y por lo tanto se integran en el precio de misma (Cláusula 51 del Pliego de Cláusulas Administrativas Generales para la Contratación de Obras del Estado aprobado por Decreto 3854/1970) y forman parte del presupuesto de ejecución material de la obra dejada de realizar sobre la que se calculará el beneficio industrial (6%) que debe ser abonado al contratista, formando parte de dicho concepto.

Respecto de la indemnización de los gastos generales no amortizables, durante el periodo de suspensión de la obra, invocada por la contratista, como acertadamente pone de relieve el informe de la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento, el Pliego de Cláusulas Generales para la Contratación de Obras del Estado, citado, contempla el abono de dichos gastos en su cláusula 65 indicando que *“Si la Administración, por acordar una suspensión temporal que exceda del período de tiempo que para estos efectos fijan las disposiciones vigentes tuviere que abonar daños y perjuicios al contratista, su determinación atenderá, entre otros factores, a la perturbación que la suspensión hubiera producido en el ritmo de ejecución previsto en el programa de trabajos, con la consiguiente repercusión en la utilización de maquinaria y de personal, y a la relación que represente el importe de las partes de obra a que alcanza la suspensión con el presupuesto total de la obra contratada.”*

Tales gastos serían por tanto indemnizables, teniendo en cuenta además que si el 6% del beneficio industrial se calcula sobre el presupuesto de ejecución material de la obra, restarían una serie de partidas generales no vinculadas directamente con dicho presupuesto que no entran en la base de cálculo para la indemnización al haber estado suspendido el contrato.

En este sentido, el Consejo de Estado en su dictamen 990 de 16 de julio de 2009, considera la posibilidad de indemnizar los mismos en los siguientes términos *“Respecto de los llamados gastos generales, de acuerdo con el criterio expuesto por el Consejo de Estado en sus dictámenes 37 y 2.016 de 2006, tales gastos "pueden y deben ser indemnizados si se producen, pero ha de acreditarse su realidad, efectividad e importe, sin que sea dable ni presumir su existencia ni determinar su importe mediante un porcentaje del presupuesto de ejecución material, puesto que la Ley es tajante al exigir que se trate de daños”*.

En este caso, la contratista no aporta documento alguno con base en el cual puedan considerarse justificados los gastos generales, salvo por lo que se refiere a los suministros y los gastos de seguridad, sino que se limita a fijar los mismos en un 2,5% del presupuesto de ejecución material de las obras, por lo que debe excluirse la partida correspondiente a los mismos, sin perjuicio, como decimos, de los gastos relativos a los suministros y gastos de seguridad.

En este sentido la propuesta de resolución considera indemnizables los gastos generales sufridos durante la ejecución del contrato, no ya como consecuencia del desistimiento de la Administración, sino de la suspensión del contrato, y que por lo tanto al no contar con presunción legal alguna en cuanto a su producción deben ser acreditados por la contratista. Efectivamente, a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1983, RJ 1983\6843, después de una larga polémica se admite la posibilidad de compatibilizar la indemnización por suspensión temporal con la que correspondería por la suspensión definitiva del mismo: *“Que, una visión institucional del problema corrobora lo anteriormente sustentado, pues la juridicidad inmanente a la institución que está en juego es absolutamente proclive a la compensación integral del contratista de todos los daños y perjuicios sufridos por todas las decisiones de la*

Administración pública, de ahí que contradiga la afirmación anterior el que se excluyan del cómputo indemnizatorio, en caso de suspensión definitiva, aquellos daños y perjuicios que sufrió en virtud de la paralización temporal de la obra, pues, si el «ius variandi» es una potestad de la Administración, siendo las suspensiones provisionales o definitivas una faceta de ese derecho, no hay ninguna razón discriminatoria para aplicarle al caso de autos, ya que si el «poder de variar» ha sido justamente equiparado a la potestad expropiatoria, y esto exige la restitución o pago integral, es éste el criterio que ha de observarse aquí so pena de conculcar esa «restitutio in integrum» y el equilibrio económico del contrato, habiendo enlazado este T. S. la «potestas variandi» con el derecho del contratista o del concesionario a la compensación real y verdadera de todos los daños y de todos los perjuicios que sean consecuencia de la modificación impuesta por la Administración, SS. de 12 marzo 1913 y 20 febrero 1956 (RJ 1956\1029), entre otras, completadas con las de 30 noviembre 1970 (RJ 1970\4922), y 18 diciembre 1981 (RJ 1981\4811), y, a mayor abundamiento, no sería lícito que la Administración pudiese modificar un contrato, suspender unas obras o resolver un contrato, sin que al propio tiempo resultase obligada a mantener la «equivalencia honesta del contrato administrativo» que funda el derecho del contratista al perfecto restablecimiento de la ecuación financiera del contrato como contrapartida de los poderes de la Administración, SS. de este Tribunal de 9 abril 1968 (RJ 1968\3748), 22 junio 1970 (RJ 1970\3493), 6 junio 1975 (RJ 1975\3228), 8 y 27 abril, 25 mayo y 9 diciembre 1976 (RJ 1976\2324 , RJ 1976\2407 , RJ 1976\3018 y RJ 1976\5778), entre otras.”

En aplicación de esta jurisprudencia, en el presente caso la Administración consultante ha admitido la procedencia del abono de estos gastos generales que se han acreditado, en tanto en cuanto son debidos a un

desarrollo anómalo del ritmo de ejecución del contrato. Así, ha reconocido como indemnizables, los gastos de la vigilancia de la obra y de los suministros, sólo durante el periodo de suspensión la misma.

En concreto, se deben abonar 2. 836,39.-€ en concepto de suministros de agua y luz acreditados por la contratista (folio 412 y siguientes de la caja 4 del expediente administrativo), así como 49.894,29.- € en concepto de gastos de vigilancia de las obras durante la suspensión de las mismas, que así mismo resultan acreditados mediante las facturas aportadas por la contratista (folio 340 Caja 4 del expediente administrativo).

Respecto del interés de demora, el mismo sólo debería ser satisfecho obviamente en el caso de que resultara un saldo favorable al contratista del que la Administración fuera deudora, pero como venimos indicando el saldo deudor corresponde a la contratista por lo que no procede su abono, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.108 del Código Civil.

Todo ello supone un saldo deudor de la contratista al Ayuntamiento de 132.225,02.-€, resultante de sustraer de las certificaciones efectivamente abonadas al contratista por valor de 542.081,18.-€, el importe de ejecución material de la obra por 312.041,41.-€, lo que arroja un saldo acreedor a favor de la Administración de 230.039,77.-€, del que deberá deducirse asimismo el 6% de beneficio industrial y los gastos generales acreditados durante la suspensión del contrato, en los términos más arriba expuestos.

QUINTA.- Respecto de la posibilidad de detraer el saldo resultante de las garantías constituidas a favor de la Administración que debe ser contemplada en la propuesta de resolución por exigencias del artículo 113.5 del TRLCAP, debe distinguirse entre la garantía definitiva y la especial, que constan constituidas en este expediente.

Respecto de la garantía definitiva el artículo 43.2 del TRLCAP, señala que *“Las garantías definitivas responderán de los siguientes conceptos:*

a) De las penalidades impuestas al contratista en razón de la ejecución del contrato, en especial las comprendidas en el artículo 95, cuando no puedan deducirse de las certificaciones.

b) De las obligaciones derivadas del contrato, de los gastos originados a la Administración por demora del contratista en el cumplimiento de sus obligaciones y de los daños y perjuicios ocasionados a la misma con motivo de la ejecución del contrato o en el supuesto de incumplimiento del mismo, sin resolución.

c) De la incautación que pueda decretarse en los casos de resolución del contrato, de acuerdo con lo establecido en el mismo o con carácter general en esta Ley.”(...)

En el caso de desistimiento, la resolución del contrato no lleva aparejada automáticamente la incautación de la garantía constituida, por lo que procede devolver tal garantía al no acreditarse, en el presente caso a la vista del expediente, la existencia de obligaciones a cargo del contratista en el sentido del artículo 43. 2 del TRLCAP, citado *ut supra*.

Sin embargo, en lo que hace referencia a la garantía constituida para responder por el abono de materiales acopiados, resulta correcta la propuesta de resolución al acordar la incautación de dicho aval, por responder a la eficacia restitutoria, derivada de la resolución contractual. Como consecuencia de la desvinculación de la relación obligacional, las partidas abonadas por la Administración en concepto de acopio de materiales que no han sido utilizados en la obra, deben ser devueltas, pudiendo los 132.225,02.-€, que corresponden a dicho concepto ser hechos efectivos a través de la garantía constituida para tal fin.

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

CONCLUSIONES

Procede la resolución del contrato de Reformas en el antiguo colegio público Jacinto Benavente, de acuerdo con el artículo 149 c) de la TRLCAP.

El saldo deudor derivado de la liquidación resultante asciende a 132.225,02.-€ a favor del Ayuntamiento.

Procedería detraer esta cantidad de la garantía constituida para responder de las certificaciones a cuenta de los materiales acopiados.

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, 10 de noviembre de 2010