

Dictamen nº:

540/12

Consulta:

Rector de la Universidad Complutense

Asunto:

Contratación Administrativa

Aprobación:

03.10.12

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 3 de octubre de 2012, emitido ante la consulta formulada por el rector de la Universidad Complutense a través de la consejera de Educación y Empleo, al amparo del artículo 13.1 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, en relación con expediente sobre resolución del contrato de servicios denominado *“Dirección de la obra del Proyecto modificado al de reforma, consolidación y puesta en norma del edificio principal de la Facultad de Educación de la Universidad Complutense”*, celebrado con la entidad A.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 12 de septiembre de 2012 tuvo entrada en el registro del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen preceptivo del rector de la Universidad Complutense, cursada a través de la consejera de Educación y Empleo, en relación al expediente de resolución del contrato de gestión de servicios públicos denominado *“Dirección de la obra del Proyecto modificado al de reforma, consolidación y puesta en norma del edificio principal de la Facultad de Educación de la Universidad Complutense”*, celebrado con la entidad anteriormente citada. Correspondió su ponencia a la Sección IV, presidida por la Excmo. Sra. Dña. Cristina Alberdi Alonso, quien firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por unanimidad, en

Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 3 de octubre de 2012.

El escrito solicitando el dictamen fue acompañado de la documentación numerada y foliada.

SEGUNDO.- Del expediente remitido, se extraen los siguientes hechos de interés para la emisión del dictamen:

1. Por resolución del Rectorado 23 de julio de 2008 se acordó el inicio del expediente de contratación denominado *“Dirección de la obra, dirección de ejecución y coordinación de seguridad y salud de la obra y restauración de la Facultad de Educación de la Universidad Complutense de Madrid”*. En el expediente remitido a este Consejo Consultivo no figuran los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y Técnicas por los que habría de regirse el contrato.
2. Con fecha 2 de octubre de 2008 fue adjudicado por resolución del Rectorado a la empresa anteriormente citada, por importe de 328.000 €, de los cuales, 45.241,38 € correspondían al 16% del IVA.

El contrato se formalizó el día 8 de octubre de 2008. El plazo de ejecución del contrato era el mismo que el estipulado para la obra. En el expediente remitido a este Consejo Consultivo aparece copia del contrato formalizado el día 8 de octubre de 2008 como documento nº 1.

3. Incoado expediente nº aaa relativo a la modificación del contrato de servicios anteriormente citado, la empresa contratista prestó conformidad a la citada modificación mediante escrito de 6 de mayo de 2010, acordándose por resolución del Rectorado de 24 de junio de 2010 la modificación del contrato de servicios *“Dirección de la obra, Dirección de Ejecución y Coordinación de Seguridad y Salud de la obra de reforma, consolidación y puesta en norma del Edificio Principal de la Facultad de*

“Educación de la Universidad Complutense”. Según la citada resolución, “*la aprobación de esta modificación supone la ampliación del plazo de ejecución del contrato primitivo, previsto en 27 meses, en 9 meses más, (36 meses), a los que debe sumarse el período de tiempo necesario para la liquidación del contrato principal, conforme establece el artículo 198.2 en relación con el 147 del TRLCAP*”. La resolución rectoral aprueba un reajuste de anualidades, toda vez que la anualidad del ejercicio 2008 no se llegó a ejecutar y se traspasó al ejercicio 2011. El importe de la modificación del contrato era de 195.903,14 euros (IVA incluido).

El día 29 de junio de 2010 se firmó por Universidad Complutense y el representante de la empresa contratista la modificación del contrato que se adjunta en el expediente como el documento nº 2.

4. El día 20 de diciembre de 2011, se levantó acta de paralización de las obras del proyecto modificado al de reforma, consolidación y puesta en norma del edificio principal de la Facultad de Educación, con la empresa adjudicataria de las obras, B “*dada la dificultad de proseguir la ejecución de la obra durante el período de docencia, y en interés de todas las partes, su paralización hasta el mes de junio de 2012*”. Según la citada acta (documento nº 3 del expediente remitido):

“*B retirará los medios materiales y personales que tuviera emplazados en la obra y declara no disponer de materiales acopiados.*

La Universidad se compromete a facilitar los espacios necesarios a la reanudación de la obra para el cumplimiento de la normativa de seguridad y salud (vestuarios, aseos y comedor).

B mantendrá, por su propio interés y sin costes para la Universidad, la Oficina de Obra ubicada en el patio entre los martillos 1 y 2 por el tiempo que estime conveniente. Asimismo, sin

coste para la Universidad, instalará en coordinación la Dirección Facultativa las medidas de seguridad en el perímetro de la fachada”.

5. Con fecha 10 de abril de 2012, la gerente de la Universidad Complutense de Madrid, actuando por delegación del Rector, según Decreto Rectoral 57/2011, de 7 de junio publicado en el BOCM de 29 de julio de 2011, acuerda el inicio del procedimiento de resolución del contrato por desistimiento, de conformidad con lo establecido en el artículo 284.b) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. Asimismo, acuerda la suspensión provisional de los derechos y obligaciones inherentes al contrato para ambas partes con efectos desde el día 22 de abril de 2012. Según la citada resolución:

“(...) de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 285.3 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público en relación al artículo 284 letra b) del mismo, el contratista tendrá derecho a percibir el 10% de los trabajos pendientes de realizar en concepto de beneficio dejado de obtener. El importe de los trabajos dejados de ejecutar es de 128.149,44 €, siendo su 10% 12.814,94 €”.

La citada resolución se notifica a la empresa contratista el día 16 de abril de 2012.

6. El 25 de abril de 2012, tiene entrada en el registro general de la Universidad Complutense de Madrid escrito de alegaciones al trámite de audiencia presentado por la empresa contratista (documento nº 5). En el citado documento manifiesta:

«Primero.- Las obras no han estado paralizadas el plazo que indica el artículo anteriormente mencionado, por lo que entendemos que no se puede iniciar la tramitación del expediente de resolución.

Segundo.- No obstante lo anterior, A está conforme con una resolución amistosa del contrato, siempre y cuando las obras no se vayan a llevar a cabo. En caso de ejecutarse dichas obras, A continuará con su contrato tal y como se ha desarrollado hasta el momento.

Tercero.- En caso de que las obras no se realicen, A acepta el importe del 10% del precio de los trabajos pendientes de realizar en concepto de beneficio dejado de obtener, calculado conjuntamente con la Administración.

Cuarto.- En caso de que las obras se realicen, y aún así la Administración considere necesario resolver el contrato con A, ésta estaría dispuesta a aceptar siempre y cuando se añada a la cantidad indicada en el párrafo anterior los costes financieros que A ha tenido que afrontar en estos últimos años por los retrasos en los pagos llevados a cabo por la Universidad Complutense de Madrid».

7. Con fecha 4 de junio de 2012, la Asesoría Jurídica de la Universidad Complutense de Madrid emite informe favorable a la resolución del contrato propuesta (documento nº 6). En dicho informe se hace referencia a la resolución rectoral de 19 de diciembre de 2011, por la que se acordaba la suspensión de las obras con carácter temporal para que se reanudaran en junio de 2012, atribuyéndose la Dirección y Ejecución de las obras a técnicos de la Universidad Complutense. La citada resolución no aparece, sin embargo, en el expediente remitido a este Consejo Consultivo.

En este estado del procedimiento, el día 19 de julio de 2012 el rector de la Universidad Complutense de Madrid, firma la solicitud de dictamen al que acompaña informe de la directora de Contratación e Investigación de la Universidad Complutense y el expediente administrativo.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES DE 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 rector de la Universidad Complutense se ha hecho llegar al Consejo Consultivo a través de la consejera de Educación y Empleo, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 14.4 de la Ley 6/2007 (*“Los dictámenes de las universidades públicas se solicitarán por sus rectores y se cursarán a través del consejero competente en materia de universidades”*), y del artículo 32.4 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

De acuerdo con el artículo 17 LRCC:

“(...) a la petición de dictamen deberá acompañarse toda la documentación correspondiente a la cuestión planteada.

Si el Consejo Consultivo estimase incompleto el expediente, podrá solicitar que se complete, con cuantos antecedentes e informes estime necesarios. Esta petición llevará consigo la interrupción del plazo para emitir dictamen”.

En el presente caso, además de no haber sido remitidos los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas que, constituyen, según reiterada jurisprudencia, la ley del contrato, falta en el expediente remitido el expediente completo de modificación del contrato nº aaa, firmado el 29 de junio de 2010, así como la resolución rectoral de 19 de diciembre de 2011 por la que, según resulta del informe de la Asesoría Jurídica de la Universidad Complutense de Madrid de 4 de junio de 2012, se acuerda la suspensión de las obras con carácter temporal y su reanudación en junio de 2012, con la finalización de las actividades académicas, “atribuyéndose la Dirección y Ejecución de la obra a técnicos UCM”.

La ausencia en el expediente de la documentación anterior justificaría la suspensión del plazo para emitir dictamen y el requerimiento a la Universidad Complutense de Madrid del complemento del expediente. Esto no obstante, dado que del expediente remitido se observan defectos esenciales en el procedimiento, se considera oportuno por este Consejo Consultivo la emisión de dictamen para que se corrijan los anteriores defectos en la tramitación del nuevo procedimiento que haya de iniciarse.

SEGUNDA.- El Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), establece en su disposición transitoria primera:

“1. Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior. A estos

efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato. En el caso de procedimientos negociados, para determinar el momento de iniciación se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos.

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”.

La disposición final única del citado Real Decreto Legislativo establecía que el mismo entraría en vigor al mes de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, de manera que está vigente desde el 16 de noviembre de 2011.

El contrato se adjudicó por acuerdo del rector de la Universidad Complutense el día 2 de octubre de 2008, por lo que resulta de aplicación la normativa contenida en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en su redacción anterior a la ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

Respecto al procedimiento a seguir para la resolución, debe acomodarse a las prevenciones de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, actualmente el Texto Refundido de 2011, y en los Reales Decretos 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la anterior norma legal y el 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 (RGLCAP).

Al formularse oposición a la resolución del contrato por parte de la concesionaria, resulta preceptivo el dictamen de este Consejo.

En materia de procedimiento, la resolución de contratos administrativos exige atenerse a lo previsto en el artículo 210 TRLCSP, 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 211.1 TRLCSP requiere que en el correspondiente expediente se dé 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 224.1 TRLCSP 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 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, al establecer:

“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”.*

Por ello, aparte de la necesidad de emisión de dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, resulta la ineludible necesidad de dar audiencia al contratista (cfr. Artículo 211.1 TRLCSP) y al avalista si se propone la incautación de la garantía (artículo 109.1.b) del RGCAP).

En el presente caso, no habiéndose propuesto la incautación de la garantía solo es preceptivo el trámite de audiencia a la empresa contratista. Tras el trámite de audiencia, se ha incorporado al procedimiento informe de la Asesoría Jurídica de la Universidad Complutense. No obstante, entiende este Consejo, como ha señalado en sus dictámenes 331/11 y 374/11, que dicha irregularidad no es invalidante, en tanto en cuanto el citado informe no aporta ningún hecho nuevo que pueda generar indefensión a la empresa contratista.

Por lo que se refiere al plazo para resolver el expediente de resolución de contrato, ni la LCSP -del mismo modo que su antecesora la LCAP-, ni el RGCAP establecen nada al respecto. 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.

En estos términos se ha pronunciado este Consejo Consultivo en dictámenes anteriores, entre otros muchos, en sus dictámenes 270/09, de 20 de mayo y 153/12, de 14 de marzo.

En el presente expediente, el inicio del mismo tuvo lugar el 10 de abril de 2012, y fue remitido al Consejo Consultivo el 19 de julio 2012 donde tuvo entrada el día 12 de septiembre. Por tanto, a la fecha de la solicitud del dictamen, 19 de julio de 2012, el expediente había caducado porque el plazo de tres meses expiraba el día 10 de julio de 2012.

Según el informe de la Asesoría Jurídica *“la petición del referido informe al Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid conlleva la suspensión del plazo máximo para resolver y notificar la resolución en los términos establecidos en el artículo 42.5.c)”*

Este Consejo Consultivo discrepa de la anterior interpretación realizada por la asesoría jurídica, porque la suspensión no se produce automáticamente por la simple solicitud de dictamen al Consejo Consultivo, que además se habría adoptado ya caducado el expediente, sino que es potestativa para el órgano solicitante. Así resulta de la dicción literal del propio precepto que reproduce el informe de la Asesoría Jurídica:

“El transcurso del plazo máximo legal para resolver el 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 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 mismos. Este plazo de suspensión no podrá exceder en ningún caso de tres meses”.

La suspensión del procedimiento requiere un acuerdo expreso del órgano competente para la tramitación del mismo en el que, a la vista de la necesidad de solicitar el dictamen del Consejo Consultivo, se acuerde expresamente la suspensión del procedimiento por el tiempo que medie entre la solicitud y la recepción del informe. Acuerdo que deberá comunicarse a los interesados.

En consecuencia, el expediente de resolución del contrato de servicios denominado *“Dirección de la obra del Proyecto modificado al de reforma, consolidación y puesta en norma del edificio principal de la Facultad de Educación de la Universidad Complutense”*, iniciado el 10 de abril de 2012, ha caducado.

La caducidad del procedimiento no impide, sin embargo, la posibilidad de que el órgano de contratación pueda proceder a la incoación de un nuevo expediente de resolución del contrato si concurre causa para ello.

TERCERA.- La propuesta de resolución del contrato de servicios denominado *“Dirección de la obra del Proyecto modificado al de reforma, consolidación y puesta en norma del edificio principal de la Facultad de Educación de la Universidad Complutense”*, se fundamenta en el desistimiento o la suspensión del contrato por plazo superior a un año acordada por la Administración, con los efectos previstos en el artículo 284.b) LCSP.

Las causas de resolución de los contratos se contemplan, con carácter general en el artículo 206 LCSP, cuya letra i) se remite a las causas típicas de cada figura contractual, respectivamente. Este artículo 284 LCSP regula las causas de resolución de los contratos de servicios, cuya letra b) admite el desistimiento o la suspensión del contrato por plazo superior a un año acordada por la Administración. Los efectos del mismo son, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 285.3 LCSP, la indemnización

al contratista del 10 por 100 del precio de los estudios, informes, proyectos o trabajos pendientes de realizar en concepto de beneficio dejado de obtener.

Respecto de la facultad de desistimiento, no establece la ley los supuestos en que procede la misma, ni regula la forma de su ejercicio, siendo tanto la doctrina como la jurisprudencia la que se ha encargado de señalar las condiciones que deben revestir su ejercicio, que vienen impuestas por razón del interés público.

Así, el Consejo de Estado de manera inalterable desde su Memoria de 1986 hasta el momento actual recoge los límites y el ámbito del ejercicio de tal facultad. El dictamen 1208/2008, resume la doctrina 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 acudirse 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 está limitada por la norma general imperativa por la cual 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 16 abril 1999, RJ 1999\4362 de 23 de junio de 2003, RJ 4413, o Sentencia de 21 septiembre 2006 RJ 2006\6437, entre otras muchas).

En el presente expediente no consta ningún motivo que justifique el grave perjuicio que para el interés general supone la ejecución del contrato y que ampare el desistimiento de la Administración.

A la vista de lo expuesto, y en tanto que –como ya se ha pronunciado este Consejo Consultivo en sus dictámenes 514/09 y 541/09- el desistimiento de la Administración, como causa resolutoria del contrato, ha de sustentarse en una rigurosa valoración del interés público o de las circunstancias excepcionales que pudieran concurrir, que en la propuesta de resolución sometida a consulta no se contienen, este Consejo Consultivo no puede dictaminar de conformidad la misma.

En mérito a lo que antecede, este Consejo Consultivo extrae las siguientes

CONCLUSIONES

1.^a- El expediente incoado de oficio para la resolución del contrato por desistimiento de la Administración ha caducado, en virtud de las razones expuestas en la consideración jurídica segunda. En orden a impedir la caducidad del procedimiento debería acordarse la suspensión del procedimiento de conformidad el artículo 42.5.c) LRJ-PAC.

2.^a- En caso de inicio de un nuevo expediente de resolución por desistimiento de la Administración debe justificarse en el procedimiento las razones de interés general que aconsejan dicho desistimiento.

3.^a- En caso de incoarse un nuevo expediente, sería preceptivo remitir de nuevo el expediente completo a este órgano consultivo para la emisión de dictamen.

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, 3 de octubre de 2012