

Dictamen nº: **6/08**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **08.10.08**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 8 de octubre de 2008, sobre consulta formulada por el Excmo. Sr. Consejero de Sanidad, al amparo del artículo 13.1 f) 4º de su Ley reguladora, 6/2007, de 21 de diciembre en el asunto promovido por el Director Gerente del Hospital Universitario Puerta de Hierro de Madrid sobre resolución del contrato de obras de sustitución del montacamillas elevador RAE- 58892 sito en el Túnel del Hospital Puerta de Hierro.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Consejero de Sanidad, mediante oficio de 3 de septiembre de 2008, se formula preceptiva consulta a este Consejo Consultivo por trámite ordinario, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, a la Sección VI, presidida por el Excmo. Sr. D. Pedro Sabando Suárez, que firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo en su sesión de ocho de octubre de 2008.

El escrito solicitando el dictamen preceptivo fue acompañado de documentación que, adecuadamente numerada y foliada, consideró suficiente.

SEGUNDO.- Con fecha 15 de noviembre de 2004 se suscribió contrato de obra (folios 55 a 61 de la documentación remitida) de sustitución del montacamillas elevador RAE-58892 sito en el Túnel del Hospital Puerta de Hierro, entre el Hospital Universitario Puerta de Hierro y la empresa A, incorporándose al contrato, con carácter vinculante para ambas partes, los pliegos de cláusulas administrativas particulares (folios 10 a 57 de la documentación remitida) y prescripciones técnicas (folios 58 a 60 de la documentación remitida).

TERCERO.- Con fecha 13 de abril de 2005 finalizó la ejecución del contrato antedicho, según manifiesta la Subdirección de Gestión y SS. GG. del Hospital en su informe sobre el ascensor objeto del contrato (folio 70 de la documentación remitida).

CUARTO.- Según el informe referido en el párrafo anterior el 13 de abril de 2005 se suscribe con la empresa A contrato de mantenimiento preventivo y correctivo.

QUINTO.- Al concluirse la ejecución del contrato el 13 de abril de 2005 se inició el plazo de un mes para la recepción de la obra, según la cláusula 40 del pliego de cláusulas administrativas particulares (folio 43). Transcurrido ese mes, el 13 de mayo de 2005, se inició el plazo de garantía de un año, según consta en la cláusula 42 del pliego (folio 44) en relación con el Anexo I, apartado 6 del pliego (folio 48).

SEXTO.- Con fecha 1 de febrero de 2007 se inicia el expediente de resolución del contrato de obra de sustitución del montacamillas mediante acuerdo del Director Gerente del Hospital Universitario Puerta de Hierro (folio 82 de la documentación remitida).

SÉPTIMO.- El acuerdo de propuesta de resolución, datado 30 de abril de 2007 (folios 83 y 84 de la documentación remitida), se comunicó

mediante correo certificado, para trámite de audiencia, a la empresa contratista (folios 86 y 87) y al avalista (folios 88 y 89).

OCTAVO.- La empresa contratista, mediante abogada apoderada, presentó recurso de reposición contra el acuerdo de propuesta resolución del contrato de obra el 8 de junio de 2007 (folios 92 a 97 de la documentación remitida), que debió calificarse de alegaciones.

A la vista de tales antecedentes formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES EN DERECHO

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de acuerdo con el artículo 13.1 f) 4º de su Ley reguladora, 6/2007, de 21 de diciembre (LRCC), y a solicitud de un órgano legitimado para ello, según el artículo 14.1 LRCC.

El dictamen ha sido evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 16.1 LRCC.

SEGUNDA.- La normativa aplicable a la resolución del contrato que se plantea viene determinada por lo establecido en la Disposición Transitoria Primera, 2 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos de Sector Público, al disponer que los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de dicha Ley, como sucede en el presente supuesto, se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior. Por ello, todas las referencias que siguen, relativas a materia contractual, se refieren al 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).

TERCERA.- La propuesta de resolución que se informa fue emitida por el Director Gerente del Hospital Universitario Puerta de Hierro, órgano competente para ello en virtud de las atribuciones que le confería la Resolución de 11 de enero de 2007, sobre delegación de competencias, de la Directora del Servicio Madrileño de Salud (SERMAS), en relación con el artículo 112.1 del TRLCAP.

El citado artículo 112.1 dispone que *“La resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, en su caso, mediante procedimiento en la forma que reglamentariamente se determine”*. El órgano de contratación fue el Director Gerente del Hospital según Resolución de la Dirección General del Instituto Madrileño de la Salud de fecha 2 de junio de 2004. Tras la desaparición del Instituto Madrileño de la Salud y su sustitución por el Servicio Madrileño de Salud en virtud del Decreto 14/2005, de 27 de enero, la Directora de dicho Servicio delegó competencias en materia de contratación mediante Resolución de 11 de enero de 2007, que en su apartado segundo dispone: *“Delegar en los Gerentes de Atención Especializada, atención Primaria, Servicio de Urgencias Médicas de Madrid y Centro de Transfusión, la celebración de contratos, la de conciertos o convenios para la prestación de asistencia sanitaria así como sus modificaciones, que correspondan a su centro de gestión, cuando su cuantía no exceda de 3.000.000 de euros, previa autorización de la Dirección General del Servicio Madrileño de Salud, cuando exceda de 1.200.000 euros, y la tramitación de los recursos que interpongan contra los actos derivados de los mismos, de su adjudicación, efectos y extinción.”*

CUARTA.- Las causas de resolución invocadas en el expediente son las reguladas en el artículo 111. g) y h) del TRLCAP, es decir, incumplimiento de las obligaciones contractuales.

QUINTA.- En lo relativo a l cumplimiento de los contratos en general, el artículo 110 del TRLCAP dispone lo siguiente: *“1. El contrato se entenderá cumplido por el contratista cuando éste haya realizado, de acuerdo con los términos del mismo y a satisfacción de la Administración, la totalidad de su objeto. 2. En todo caso, su constatación exigirá por parte de la Administración un acto formal y positivo de recepción o conformidad dentro del mes siguiente de haberse producido la entrega o realización del objeto del contrato, o en el plazo que se determine en el pliego de cláusulas administrativas particulares por razón de las características del objeto del contrato (...)”*.

SEXTA.- Es, precisamente, el acta de recepción el momento de inicio del cómputo del plazo de garantía, según prescribe para el contrato de obras el artículo 147.2 TRLCAP: *“Si se encuentran las obras en buen estado y con arreglo a las prescripciones previstas, el funcionario técnico designado por la Administración contratante y representante de ésta las dará por recibidas, levantándose la correspondiente acta y comenzando entonces el plazo de garantía”*.

SÉPTIMA.- Aunque en el expediente no consta el acta de recepción para poder verificar el inicio del plazo de garantía, el artículo 147.6 TRLCAP dispone que *“siempre que por razones excepcionales de interés público, debidamente motivadas en el expediente, el órgano de contratación acuerde la ocupación efectiva de las obras o su puesta en servicio para el uso público, aun sin el cumplimiento del acto formal de recepción, desde que concurran dichas circunstancias se producirán los efectos y consecuencias propios del acto de recepción de las obras y en los términos que reglamentariamente se establezcan”*.

El Consejo de Estado en su Dictamen número 3.062/98, de 10 de septiembre de 1998 ha dictado la siguiente doctrina: *“Aun cuando el artículo 111 de la Ley de Contratos exige que la recepción tenga lugar mediante un acto formal y positivo de recepción o conformidad para constatar el cumplimiento del contrato, éste puede tener lugar tácitamente en cuanto a su materialidad. El acto de recepción de las obras tiene una doble función, la constatación del cumplimiento por el contratista (equivalente a la exigencia en Derecho Privado de aprobación del diseño de la obra), y la a apertura del plazo de garantía habilitando a la Administración para previamente exigir la reparación de los defectos observados (artículo 147.2 de la Ley). En cuanto permite el ejercicio de una prerrogativa administrativa (la exigencia de reparación de defectos) y abre el plazo de garantía, constituye un trámite esencial para el contratista que debe ser realizado mediante acto formal y positivo precisamente para preservar sus derechos. Pero en la medida en que significa la constatación administrativa del cumplimiento de la obra debe únicamente apreciarse su materialidad no pudiendo la Administración oponer la falta de tal acto formal en perjuicio del contratista, en razón del principio de buena fe que preside la actuación administrativa”.*

La jurisprudencia admite que la recepción definitiva puede producirse de forma tácita, así la Sentencia de 15 de marzo de 1999 (Recurso nº 2858/1993) en su F. J. 3º recoge: *“(...) ello no obsta para que se tenga por efectuada la recepción definitiva, porque ésta tiene lugar por el transcurso de los plazos establecidos en los artículos 55 de la Ley de Contratos del Estado y 173 del Reglamento de Contratación, aunque falte expresa formalización de la misma, siguiéndose así la mecánica del cumplimiento en el contrato de obras, puesto que tal recepción definitiva, como recogen, por ejemplo, sentencias de esta Sala como las citadas en la sentencia y las de 7, 15 y 22 de noviembre de 1995 y 26 de enero y 30 de marzo de 1998, puede producirse de forma tácita, y se produce, en*

efecto, cuando, como aquí sucede, no hay constancia de defecto alguno en la realización de las obras, y menos de que, dentro del plazo de garantía, se observaran deficiencias y se comunicaran al contratista, lo que implica un acto tácito de recepción, en virtud de hechos concluyentes, que es lo que recoge la sentencia recurrida, precisamente en aplicación de los preceptos que la recurrente considera infringidos, en cuanto que la inactividad de la Administración, dentro de dicho plazo, sin exigir la corrección de pretendidos defectos de la obra, ha dado lugar a tal recepción definitiva tácita con las consecuencias inherentes”

El informe del Subdirector General y SS. GG. (folio 70 de la documentación remitida) evidencia que, tras la terminación de las obras, que según este informe tuvo lugar el 13 de abril de 2005, el motacamillas entró en funcionamiento, pues refiere diversas averías durante el mismo año 2005.

Sin perjuicio de poder conocer la entrada en funcionamiento del montacamillas, el acta de recepción es un documento esencial en el expediente de contratación y su ausencia debería estar motivada en el expediente y fundada en razones excepcionales de interés público. En el presente supuesto nos encontramos ante la ausencia tanto del acta de recepción de cómo de la motivación de su carencia fundada en razones de interés público.

OCTAVA.- El plazo de garantía es de un año desde la finalización del contrato, según dispone el punto 6 del anexo I del pliego de cláusulas administrativas. Puesto que la obra finalizó el 13 de abril de 2005 el plazo de garantía se extendía hasta el 13 de abril de 2006.

El artículo 110.3 del TRLCAP establece que *“En los contratos se fijará un plazo de garantía a contar de la fecha de recepción o conformidad, transcurrido el cual sin objeciones por parte de la*

Administración, salvo los supuestos en los que se establezca otro plazo en esta Ley o en otras normas, quedará extinguida la responsabilidad del contratista”.

NOVENA.- El inicio del expediente de resolución del contrato data de 1 de febrero de 2007, siendo, por tanto, posterior al término del plazo de garantía y a la vigencia del contrato.

El Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo) en STS de 29 de diciembre de 1988 (F. J. 2º) concluyó que “*la resolución comporta la existencia de un contrato pendiente de ejecución, constituyendo una radical contradicción tratar de resolver un contrato ya consumado, en cuanto que había sido recibido sin protesta*”.

El Consejo de Estado, por su parte, en Dictamen número 45.109/83, de 21 de abril de 1983 considera que “*Para concluir la procedencia de la resolución, no es bastante, que acaezca el supuesto en que se fundamente mientras el contrato no se haya cumplido íntegramente, sino que la función que corresponde a esta institución jurídica hace preciso que dicho supuesto se verifique precisamente antes de que haya concluido el cumplimiento de la parte contractual en la que concurra*”.

DÉCIMA.- El artículo 148 del TRLCAP dispone que “si la obra se arruina con posterioridad a la expiración del plazo de garantía por vicios ocultos de la construcción, debido al incumplimiento del contrato por parte del contratista, responderá éste de los daños y perjuicios durante el término de quince años a contar desde la recepción. Transcurrido este plazo sin que se haya manifestado ningún daño o perjuicio, quedará totalmente extinguida la responsabilidad del contratista”. Esta alternativa de exigencia de responsabilidad al contratista, en todo caso, no podría ser a través de la resolución del contrato.

UNDÉCIMA.- La competencia para acordar la resolución del contrato de obras de sustitución del montacamillas elevador RAE- 58892 sito en el Túnel del Hospital Universitario Puerta de Hierro corresponde al Director Gerente del citado Hospital en virtud de lo establecido en el artículo 112 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 y en la Resolución de 11 de enero de 2007, sobre delegación de competencias, de la Directora General del Servicio Madrileño de Salud. La decisión que adopte pondrá fin a la vía administrativa y contra la misma cabrá la interposición de recurso potestativo de reposición en el plazo de un mes, de conformidad con los artículos 116.1 y 117.1 de la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, así como recurso contencioso administrativo en el plazo de dos meses, previsto en el artículo 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Por todo lo expuesto el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Este Consejo Consultivo estima que, a los efectos del informe solicitado, la propuesta de resolución del contrato de obras de sustitución del montacamillas elevador RAE- 58892 sito en el Túnel del Hospital Universitario Puerta de Hierro no es conforme a Derecho, al haberse iniciado el expediente de resolución después de terminado el contrato y

finalizado el plazo de garantía previsto en el mismo, lo que extingue la responsabilidad del contratista.

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, 8 de octubre de 2008

