

Dictamen nº: **692/11**
Consulta: **Alcalde de Sevilla la Nueva**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **07.11.11**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 7 de diciembre de 2011, sobre consulta formulada por el alcalde de Sevilla la Nueva, al amparo del artículo 13.1 f), apartado cuarto, de su Ley reguladora, 6/2007, de 21 de diciembre, sobre resolución del contrato para la ejecución de la obra “*Ejecución de obra de urbanización de la unidad de ejecución UE.I-I*”.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 27 de octubre de 2011 tuvo entrada en el registro del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid petición de dictamen formulada por el alcalde Sevilla la Nueva, a través del vicepresidente, consejero de Cultura y Deportes y portavoz del Gobierno, en relación al expediente de resolución del contrato de redacción del proyecto de urbanización y posterior ejecución de las obras de la unidad de ejecución numero I-1 de dicha localidad, adjudicado mediante acuerdo del pleno de la corporación de 8 de julio de 2008.

Los hechos deducidos del expediente administrativo son los siguientes:

Con fecha 3 de diciembre de 2007 se inició, por el órgano de contratación del Ayuntamiento de Sevilla la Nueva, expediente de contratación para la redacción del proyecto de urbanización y ejecución de

las “*Obras urbanización de la Unidad N° I-I*”, procediéndose a la exposición pública de la licitación en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid (17 de diciembre de 2007) para la admisión de proposiciones.

En sesión extraordinaria del Pleno de la Corporación, celebrada el día 8 de julio de 2008, se adjudicaron a la UTE conformada por las empresas A y B los siguientes contratos:

1º) El contrato de redacción del proyecto de urbanización de la Unidad de Ejecución N° I-1 por el precio de 51.757,77 euros (IVA incluido).

2º) El contrato de ejecución de la obra de urbanización de la Unidad de Ejecución N° I-1 por el precio de 1.807.850,14 euros (IVA incluido).

Dicha adjudicación fue notificada al contratista el 11 de julio de 2008 por fax y el 14 de julio de 2008 por correo postal.

En fecha 5 de agosto de 2008, la U.T.E. presentó escrito por el cual retiraba la proposición realizada, “*por haber sido realizada la adjudicación fuera del plazo establecido en el pliego de condiciones del concurso en cuestión, así como el previsto en la legislación aplicable, y en consecuencia se proceda a la devolución de los correspondientes avales depositados por un importe conjunto de 45.930,18 euros en garantía provisional para poder tomar parte en el concurso como licitadores*”.

En informe solicitado a la Secretaría se declara que:

“*Que es cierto que entre la fecha de apertura de proposiciones y la fecha de adjudicación como señala la empresa, transcurren mas de los tres meses, que en el artículo 89.1 del TRLCAP, se señalan como plazo máximo para realizar la adjudicación, y que ello da derecho al licitador a desligarse de su proposición, y a que se le devuelva o cancele la garantía que hubiesen presentado como se establece en el apartado segundo. Pero*

para ello hay que considerar si el momento en que el contratista plantea la retirada de su proposición, puede hacerse dicha renuncia, ya que la empresa licitadora, en este caso presenta el escrito de retirada de proposiciones cuando se le notifica que es adjudicatario definitivo, y se le requiere para que pase a formalizar el contrato y constituir la garantía definitiva en el plazo de un mes, por tanto y desde ese momento, se encuentra ya obligado por su propuesta, al entenderse que el contrato ha quedado ya perfeccionado y produce todos sus efectos.

El artículo 54 del TRLCAP, establece que: <<el contrato se perfecciona mediante la adjudicación realizada por el órgano de contratación competente>>, en este caso el día 8 de julio, y desde que el contratista recibe la notificación el día 14 de julio, produce sus efectos independientemente de que se halla o no formalizado el contrato y por tanto al no haber mediado antes de la adjudicación renuncia alguna, el contratista queda obligado por la proposición que presentó, luego ya no está justificada la retirada de su oferta, como luego hace a través del escrito presentado el día 7 de agosto”.

Mediante providencia de fecha 22 de agosto de 2008, se incoó procedimiento para acordar, si procedía la resolución del contrato con incautación de la garantía provisional, y dar audiencia a los contratistas y avalistas o aseguradores, notificado el 1 y 2 de septiembre de 2008, respectivamente.

El 16 de septiembre de 2008, fue presentado por la UTE escrito en el que declaraba: “Que sin renunciar a los derechos que nos asisten de retirarnos justificadamente del recurso con base a las alegaciones vertidas en nuestro escrito de 5 de agosto, y estando en conversaciones con ese Ayuntamiento y las mercantiles que a continuación se relacionan en cuanto a asegurar la forma de pago de las obras, es interés de esta parte suscribir el documento de adjudicación, siempre y cuando se incluya en el

mismo, que en relación a la materialización del pago (en cuanto a cobro de las cantidades que por esas mercantiles se vayan devengando por razón de este contrato) lo que a continuación se transcribe, que no supone alteración alguna de las condiciones del pliego del concurso, sino una renuncia por parte de la UTE a la tutela de la administración actuando:

El sistema de pago respecto del proyecto de urbanización; partidas de obra ejecutadas; y cualquier otro concepto, que tengan que hacer frente las mercantiles C, D y E, titulares de suelo en la indicada Unidad de Ejecución por razón de este contrato, se realizará directamente a la UTE, en los plazos establecidos en el pliego, por pago directo, con renuncia expresa de la UTE a la tutela de la administración actuante en cuanto al cobro de las indicadas cantidades”.

Finalmente, el 2 de octubre de 2008, se dictó por el alcalde del municipio propuesta definitiva de redacción de la cláusula de contrato, en la siguiente forma:

“Dado que el coste del presente contrato se financiará con los abonos que los propietarios de los terrenos de la Unidad de Ejecución nº 1-1, que se lleva a cabo por el sistema de cooperación, han de realizar al Ayuntamiento de Sevilla la Nueva, los ingresos que estos efectúen con tal fin serán ingresados en cuenta restringida de titularidad municipal, que tendrá como único destino el abono de los gastos derivados del presente contrato. No obstante, cada pago que corresponda efectuar por las mercantiles C, D, y E como propietarios de terrenos en la referida unidad por los conceptos de proyecto de urbanización, partidas de obra ejecutadas y cualquier otro concepto derivado de los trabajos realizados en ejecución del presente contrato, se efectuarán en acto único, con asistencia de los representantes de las citadas sociedades y de las partes que suscriben el presente contrato, donde se producirá ingreso en Caja de la Corporación por parte de los propietarios de los terrenos y abono de la

Caja de la Corporación a la UTE adjudicataria del contrato, conforme a las facturas de certificación de obra aprobadas.

Los referidos ingresos y abonos a través de la Caja de Corporación podrán efectuarse mediante cheque nominativo, bancario o conformado, emitido a favor del Ayuntamiento de Sevilla la Nueva, que procederá en el acto a su endoso a favor de la UTE adjudicataria. Dicho endoso se efectuará sometido a la cláusula de que el endosante no garantizará el pago frente a tenedores posteriores, prohibiéndose nuevos endosos de dichos cheques, conforme a lo dispuesto en el artículo 124 de la Ley 19/85 Cambiaria y del Cheque. El acto único de recepción del cheque por parte del Ayuntamiento de Sevilla la Nueva de las mercantiles C, D, y E, y simultáneo, endoso y entrega a la adjudicataria, tendrá carácter liberalizador de todas las deudas efectuadas por el acto”.

El 10 de noviembre de 2009 dicho expediente fue remitido a este Consejo, el cual, mediante acuerdo de 16 de diciembre de 2009 resolvió la devolución del expediente por haber quedado sin efecto el procedimiento de resolución contractual al existir conformidad de las partes en la formalización del contrato.

El alcalde del Ayuntamiento, mediante providencia de 18 de enero de 2010 acordó, a la vista del acuerdo emitido por este órgano consultivo, archivar el procedimiento de resolución contractual, lo que se notificó al contratista.

El 30 de noviembre de 2010 la UTE adjudicataria fue requerida de nuevo para la formalización del contrato y la constitución de garantía definitiva.

El contratista mediante escrito de 3 de febrero de 2011 formuló alegaciones ante el Ayuntamiento, argumentando la imposibilidad de formalizar el contrato por haber sido declarada la empresa B en concurso

de acreedores el 13 de marzo de 2009 y por haber transcurrido más de tres años desde el anuncio de la licitación hasta el requerimiento de formalización del contrato, atribuyendo la responsabilidad de la falta de formalización al Ayuntamiento, por lo que solicita la resolución del contrato con devolución de la garantía y el abono de 120.145,67 euros, en concepto de beneficio industrial del proyecto adjudicado (78.579,40 euros) y honorarios de la redacción del proyecto (41.566,27 euros).

Con fecha 10 de febrero de 2011, se inició el procedimiento de resolución del contrato por incumplimiento imputable al contratista por causa de no formalización del contrato, constando la notificación a los integrantes de la UTE.

En fecha 2 de marzo de 2011, la representación de B presentó escrito de alegaciones en el que se reiteraba en escritos anteriores, declarando que no podía formalizar el contrato por estar incursa en procedimiento concursal, el cual no consta que haya sido declarado culpable hasta la fecha, y que la demora en la formalización se debió también a la propia Administración.

La representación de F presentó el 3 de marzo de 2011, escrito en el que alegaba que no era posible ejecutar la garantía depositada y se adhería a las alegaciones de B.

En el caso de A, presentó escrito el 3 de marzo de 2011, en el que ofrecía la retirada de la reclamación formulada por la mercantil B en nombre de la UTE si se acuerda la no incautación de la garantía depositada.

Consta en el expediente informe de Secretaría, de fecha 11 de marzo de 2011, en el que refiere proceder su remisión al Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

El 1 de abril de 2011 tuvo entrada en el registro del Consejo Consultivo la solicitud de dictamen y mediante Acuerdo del Presidente del Consejo, de 5 de mayo, se solicitó la remisión del expediente de contratación, a los efectos de poder emitir dictamen, advirtiendo al Ayuntamiento la posibilidad de suspender el procedimiento para evitar su caducidad.

El 8 de junio de 2011 ha tenido entrada en el registro del Consejo Consultivo el complemento del expediente solicitado. Este órgano consultivo emitió dictamen 350/11, de 29 de junio en el que concluía que el expediente había caducado.

El 19 de julio de 2011 por resolución de Alcaldía se declaró la caducidad del expediente de resolución así como la procedencia de su archivo, lo que fue notificado a todos los interesados en el expediente, según consta en la documentación remitida a este órgano consultivo.

Mediante providencia de Alcaldía de 9 de septiembre de 2011 se incoa nuevo expediente de resolución por no formalización del contrato dentro del plazo indicado al efecto en la cláusula 40^a del PCAP y por la declaración de concurso o insolvencia de una de las empresas integrantes de la UTE, de conformidad con los artículos 206.b) y 208.4 de la LCAP.

Esta providencia fue notificada a las dos empresas integrantes de la UTE adjudicataria así como a la entidad avalista.

El 19 de septiembre de 2011 se solicitó por mandatario verbal de B tomar vista del expediente y obtener copia de los documentos de su interés.

El 23 de septiembre el representante de B presentó alegaciones en las que argumentaba:

- Que el expediente de resolución carecía del preceptivo informe jurídico previo a la incoación.

- Que la falta de formalización de contrato en plazo es imputable a los retrasos por parte del Ayuntamiento “*al tardar, sin motivo justificado, más de dos años (de 2 de octubre de 2008 a 30 de enero de 2010 y 12 de enero de 2011) en requerir a la adjudicataria la formalización del contrato*”.
- Que la aceptación en la modificación de la forma de pago nunca se comunicó a la UTE, sino que tuvo conocimiento de la misma al acceder al primer expediente de resolución en el trámite de vista del mismo, llegando a afirmar que “*mi representada hubiese formalizado el contrato de obra en el mes de octubre de 2008 si el Ayuntamiento le hubiese notificado la citada propuesta definitiva y le hubiese requerido para ello*”.
- Que el 3 de febrero de 2011 la contratista solicitó la resolución del contrato, precisamente por retraso por parte del Ayuntamiento en la formalización del contrato sin que el Ayuntamiento se haya pronunciado sobre esta solicitud, la cual reitera mediante este escrito de alegaciones solicitando en concepto de daños y perjuicios la cantidad de 132.862,43 euros, que desglosa: 78.579, 40 euros en concepto de beneficio industrial más 41.566, 27 euros en concepto de honorarios de redacción del proyecto más los intereses legales que cuantifican en 5.560 euros respecto de los honorarios de redacción del proyecto y 7.156,11 euros respecto del beneficio industrial. También solicita la devolución el aval.

El 23 de septiembre de 2011 también formula alegaciones A, argumentando:

- Que el retraso en la formalización del contrato es imputable al Ayuntamiento por haber tardado más de dos años y medio desde la fecha de adjudicación en requerir la formalización.

- Que durante este tiempo la otra empresa integrante de la UTE ha incurrido en concurso de acreedores lo que determina la imposibilidad sobrevenida de formalizar el contrato.
- Que el incumplimiento de los plazos de formalización por el Ayuntamiento es causa de resolución del contrato así como de indemnización al contratista en aplicación de los artículos 54 LCAP y 140 LCSP. Cuantifica la indemnización en 120.145,67 euros, que desglosa: 78.579,40 en concepto de beneficio industrial y 41.566,27 en concepto de honorarios de redacción del proyecto.
- Que sin perjuicio de lo anterior está dispuesta a renunciar a la indemnización siempre que se devuelva la garantía constituida. También solicita la resolución del contrato.

El 28 de septiembre de 2011 la entidad avalista, F formula alegaciones en las que argumenta:

- Que se adhiere a las alegaciones presentadas por B.
- Que no procede la incautación de la garantía provisional por no concurrir ninguna de las dos causas de resolución invocadas en la incoación del expediente.
- Que la falta de formalización del contrato en plazo ha sido debida a incumplimientos continuados por parte del Ayuntamiento.
- Que de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, la declaración de concurso no es causa de resolución contractual.

El 7 de octubre de 2011 se emitió por el letrado consistorial informe jurídico comprensivo de propuesta de resolución en el que expone:

- Que no son admisibles las alegaciones relativas a responsabilidad el Ayuntamiento puesto que este aceptó expresamente la propuesta de

modificación contractual relativa a la forma de pago “*y así se puso de manifiesto a la adjudicataria*”.

- Que no cabe alegar la existencia de daños por las entidades integrantes de la UTE adjudicataria puesto que ya en 2008 estaban dispuestas a renunciar al contrato. Añade que “*por si fuera poco otro miembro de la UTE reconoce la inexistencia de responsabilidad si el Ayuntamiento no incauta la garantía depositada*”.
- Que si bien la imposibilidad de formalizar el contrato después de la declaración de concurso de una de las empresas de la UTE es de carácter objetivo y no culpable sí existió “*una oposición injustificada, al menos en el primer requerimiento, para la formalización del contrato*”.

Concluye que procede la resolución del contrato por la falta de formalización del mismo imputable al contratista y declarar la responsabilidad de las adjudicatarias por los daños y perjuicios ocasionados por la demora en la ejecución de las obras. Fija la indemnización en 45.932 euros e indica que procede la incautación de la garantía constituida.

Este informe no se pronuncia en ningún momento sobre la declaración concursal de una de las integrantes de la UTE adjudicataria como causa de resolución del contrato.

El 13 de octubre de 2011 mediante providencia de Alcaldía se acuerda solicitar dictamen al Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, suspender el plazo para resolver y notificar el procedimiento de resolución por un plazo máximo de tres meses a los efectos de la emisión de este dictamen, en aplicación del artículo 45.2.c) LRJ-PAC. También acuerda “*que una vez evacuado el dictamen se remita a Secretaría para la emisión del informe-propuesta correspondiente*”. Se han incorporado al expediente los oficios de notificación emitidos por el secretario municipal, pero no los acuses de recibo de dichas notificaciones.

El 13 de octubre emitió también su informe la vicesecretaria-interventora municipal que se limita a hacer un brevísmo relato de antecedentes de hecho sin contenido de control económico alguno.

A la vista de los hechos anteriores cabe hacer las siguientes

CONSIDERACIONES EN 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 alcalde de Sevilla la Nueva se ha hecho llegar al Consejo Consultivo a través del vicepresidente, consejero de Cultura y Deportes y portavoz del Gobierno, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 14.3 de la Ley 6/2007 (“*Las solicitudes de dictamen de las entidades locales se efectuarán por los Presidentes de las mismas, y se cursarán a través del Consejero competente en relaciones con la Administración local*”), y del artículo 32.3 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

En relación con los expedientes de resolución de los contratos administrativos, artículo 195.3 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP) dispone que “será preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de: a) Interpretación, nulidad y resolución, cuando se formule oposición por parte del contratista”.

SEGUNDA.- En materia de procedimiento, la resolución de contratos administrativos exige atenerse a lo previsto en el artículo 195 de la LCSP, en conexión con 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).

De la meritada normativa resulta, aparte de la necesidad de emisión de dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, que debe ser recabado con anterioridad a la adopción del acuerdo de resolución del contrato, la ineludible necesidad de dar audiencia al contratista (artículo 195.1 de la LCSP) y al avalista si, como en este caso, se propone la incautación de la garantía (artículo 109.1.b) del RGCAP). En el caso sometido a dictamen se ha cumplimentado correctamente este trámite puesto que tanto las dos empresas integrantes de la UTE adjudicataria así como la avalista han formulado alegaciones, según ha quedado consignado en los antecedentes de hecho del presente dictamen.

Asimismo, al amparo del artículo 109.c) del RGLCAP, se ha emitido informe del letrado consistorial de fecha 13 de octubre de 2011, favorable a la pretensión de la Administración de resolver el contrato por incumplimiento por parte del contratista de la formalización del contrato en plazo, con incautación de la garantía. El referido informe se ha emitido con posterioridad al trámite de audiencia. No obstante, entiende este Consejo que dicha irregularidad no es invalidante al no haberles generado indefensión, en tanto en cuanto el informe no aporta nada nuevo al

expediente, limitándose a dar respaldo jurídico a la propuesta de la Administración.

En el ámbito procedural, al encontrarnos ante una entidad local, resulta también de aplicación el artículo 114 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril (TRRL), que exige la emisión de informes del secretario y el interventor municipales. En el caso sometido a dictamen no se ha emitido informe del secretario y el informe de la vicesecretaria-interventora se limita a una relato de hecho sin contenido de fiscalización económica, por lo que no cabe considerar que se ha cumplido con el procedimiento en lo relativo a este aspecto.

A mayor abundamiento, la providencia de Alcaldía de 13 de octubre de 2011 dispone que “*una vez evacuado el dictamen se remita a Secretaría para la emisión del informe-propuesta correspondiente*”. Esta disposición contraviene lo dispuesto en el artículo 3.4 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, conforme al cual “*Los asuntos dictaminados por el Consejo Consultivo no podrán ser sometidos al informe posterior de ningún otro órgano o institución de la Comunidad de Madrid, de las entidades locales o de las universidades públicas*”.

Es preciso realizar una mención, siquiera sucinta al plazo para resolver. El expediente se inició de oficio en 9 de septiembre de 2011 por lo que en principio el plazo para resolver concluiría en 9 de diciembre de 2011. Sin embargo, consta la notificación a la contratista, como interesada en este procedimiento, de la solicitud del presente dictamen preceptivo advirtiendo de la suspensión del plazo para dictar resolución por el tiempo que medie entre la solicitud y la recepción del presente dictamen por lo que, en aplicación del artículo 42.5 LRJ-PAC hemos de concluir que el plazo para resolver se encuentra suspendido.

La ausencia de informes preceptivos, como el del secretario municipal puede considerarse y un vicio de nulidad de pleno derecho por haber prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, de conformidad con lo establecido en el artículo 62.1. e) de la LRJ-PAC, por lo que no procede un pronunciamiento sobre el fondo.

El procedimiento correcto hubiera supuesto la incoación de expediente de resolución, emisión de informes del Secretario e Interventor municipales, en aplicación del artículo 114 del TRRL, dando posteriormente a los interesados trámite de audiencia y vista del expediente y, por último, con carácter previo a la resolución del expediente, solicitud de informe al Consejo Consultivo, comunicando esta circunstancia a los interesados a fin de suspender el plazo de tres meses y no dar lugar a la caducidad del expediente.

En mérito a lo expuesto este Consejo Consultivo extrae la siguiente

CONCLUSIÓN

El procedimiento de resolución del contrato que se somete a dictamen ha sido instruido prescindiendo del procedimiento legalmente establecido, por lo que adolece de nulidad. Sin perjuicio de lo anterior, existe la posibilidad de que el Ayuntamiento de Sevilla la Nueva, si lo estima oportuno, pueda proceder a la retroacción de las actuaciones para cumplimentar los trámites preceptivos de acuerdo con lo expuesto en la consideración jurídica segunda.

Es preciso subrayar que la emisión del presente dictamen implicará la reanudación del plazo suspendido por lo que, en el supuesto de que el Ayuntamiento de Sevilla la Nueva retrotraiga el expediente, deberá

considerar esta circunstancia al objeto de evitar la caducidad del expediente.

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, 7 de diciembre de 2011

