



DICTAMEN: 105/2015, de 16 d'abril

MATÈRIA: Contractes

DEPARTAMENT: Territori i Sostenibilitat

PONENT: Enric Argullol i Murgadas

Resolució del contracte de concessió d'obra pública per a la redacció del Projecte de millora de la capacitat hidràulica, construcció i explotació de les instal·lacions del col·lector de salmorres de la conca del Llobregat

ANTECEDENTS

Es dedueixen del Dictamen.

FONAMENTS JURÍDICS

I. Se sotmet a informe d'aquesta Comissió Jurídica Assessora la proposta de resolució del contracte de concessió d'obra pública per a la redacció del Projecte de millora de la capacitat hidràulica, construcció i explotació de les instal·lacions del col·lector de salmorres de la conca del Llobregat.

La intervenció d'aquest organisme consultiu es basa en l'article 8.3.e) de la Llei 5/2005, de 2 de maig, institucional de la Comissió Jurídica Assessora, en relació amb l'article 59.3 del Reial decret legislatiu 2/2000, de 16 de juny, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei de contractes de les administracions públiques, i amb l'article 109.1 del Reial decret 1098/2001, de 12 d'octubre, pel qual s'aprova el Reglament general de la Llei de contractes de les administracions públiques, que preveuen la intervenció consultiva d'aquesta Comissió quan el contractista, com succeeix en aquest cas, formula oposició a la proposta de resolució.

El contracte es va adjudicar a B per un import total de 20.557.624,98 euros (més IVA). El contracte es desglossava en diversos conceptes: 12.149.817,82 euros, més IVA, i un termini d'execució de 16 mesos per a executar les obres; 427.674,00 euros, més IVA, i un termini de 5 mesos per a redactar el projecte constructiu; 1.405.246,96 euros, més IVA, per a explotar les instal·lacions existents, i 6.594.886,20 euros, més IVA, per a explotar les obres durant un període de concessió de 10 anys. El contracte es va formalitzar el 16 de gener de 2003.

II. La resolució d'aquest contracte va ser objecte del Dictamen 106/2012 de la Comissió, amb informe favorable de la proposta. Aquell procediment, iniciat per Resolució de 27 de gener de 2011, del director de l'Agència Catalana de l'Aigua (ACA), va finalitzar per Resolució de 21 de maig de 2012, que va resoldre el contracte de concessió d'obra pública per a la redacció del Projecte de millora de la capacitat hidràulica, construcció i explotació de les instal·lacions del

col·lector de salmorres de la conca del Llobregat, amb el reconeixement del deute a favor de la societat concessionària en concepte dels treballs realitzats corresponents a la redacció del projecte modificat núm. 2, procediment iniciat el 14 de maig de 2009 i no finalitzat, per un import de 662.459 euros (més IVA) i la devolució de les garanties definitives, per uns imports de 823.105 euros i 49.440 euros.

Interposat un recurs de reposició el 29 de juny de 2012 per part de la societat concessionària, es va al·legar la caducitat del procediment de resolució contractual i es va sol·licitar la suspensió de l'acte objecte de recurs. Contra la desestimació presumpta d'aquest recurs, l'empresa contractista va interposar un recurs contenciós administratiu davant el Jutjat Contenciós Administratiu núm. 11 de Barcelona, amb el núm. Z.

Amb l'informe previ favorable del Departament de Contractació de l'ACA de 30 de maig de 2014, el director de l'ACA, l'11 de juliol de 2014, va declarar l'arxivament per caducitat del procediment de resolució del contracte i la conservació dels actes que l'integraven. Sobre la base d'aquesta resolució, la representació processal de l'ACA va sol·licitar al Jutjat Contenciós la finalització del procediment. Per Decret Y, de 17 d'octubre, el Jutjat Contenciós Administratiu núm. 11 de Barcelona va declarar l'arxivament de les actuacions corresponents al recurs Z.

El 17 de desembre de 2014, el Departament de Contractació de l'ACA va emetre un informe favorable a instar novament l'inici del procediment de resolució del contracte esmentat, atès que els elements que van portar l'ACA a declarar la resolució contractual no havien estat alterats, amb remissió expressa i d'una manera íntegra al Dictamen 106/2012 d'aquesta Comissió. Per Resolució de 29 de desembre de 2014, el director de l'ACA va resoldre iniciar un nou expedient per a la resolució del contracte citat, amb la mateixa fonamentació que en el cas anterior.

III. La legislació aplicable al contracte és un dels aspectes que va ser objecte de controvèrsia en l'anterior expedient de resolució, i que es reitera en el present procediment. En el Dictamen 106/2012, la Comissió va considerar el següent: "[...] el debat sobre el dret aplicable es concreta en l'aplicació o no de la Llei 13/2003, reguladora del contracte d'obra pública. L'ACA aplica l'article 149.e) TRLCAP, en canvi el contractista aplica els articles 240 i 250 TRLCAP en la redacció donada per la Llei 13/2003, norma que l'ACA considera que no era vigent quan es va formalitzar el contracte i que, per tant, no era d'aplicació.

El TRLCAP, en la versió originària aprovada pel Reial decret legislatiu 2/2000, de 16 de juny, establí que la concessió d'obra pública es configurava com una modalitat del contracte d'obres públiques i que es regia pels articles 130 a 134 TRLCAP, tal com havia estat regulat per la Llei 13/1995, modificada per la 53/1999. En el moment de formalitzar-se el contracte, encara no s'havia aprovat la Llei 3/2003, reguladora del contracte de concessió d'obra pública, que va

modificar el Text refós i va introduir un títol V (articles 220 a 226), en el qual la concessió d'obres públiques adquireix la naturalesa de contracte típic.

La data d'adjudicació del contracte i, per tant, de perfeccionament d'aquest, de conformitat amb el que disposa l'article 53 del TRLCAP aprovat pel Reial decret 2/2000 (norma vigent en adjudicar-se el contracte), va ser el 19 de desembre de 2002. D'acord amb la disposició final tercera de la Llei 13/2003, de 23 de maig, reguladora del contracte de concessió d'obres públiques, aquesta era aplicable als contractes que es licitessin després de la seva entrada en vigor. Així, doncs, no sembla que plantegi dubte que la legislació aplicable al contracte és el TRLCAP aprovat pel Reial decret 2/2000, versió originària, i el Text refós de la Llei d'aigües aprovat pel Reial decret legislatiu 1/2001, de 20 de juliol. Concretament, per raons cronològiques i en relació amb el Text refós de la Llei d'aigües, eren aplicables els articles 133 a 135.

En definitiva, entenem que el contracte de 2002 es regeix per la legislació contractual del moment de la seva celebració i, per tant, el règim jurídic de la resolució és l'establert per les normes esmentades en les clàusules citades i, en concret, el Reial decret legislatiu 2/2000, de 16 de juny" (fonament jurídic IV).

IV. Quant als aspectes d'ordre formal, es constata que l'expedient està indexat i paginat, i que s'ha incorporat a l'expedient la documentació relativa al contracte que es proposa resoldre, que es divideix en tres toms. Els toms 1 i 2 incorporen tota la documentació que ja es va analitzar en el procediment anterior. El tom 3 incorpora les actuacions posteriors fins a l'arxivament de les actuacions del procediment contenciós.

La tramitació efectuada s'ajusta a les previsions de la legislació aplicable. En concret, s'ha donat audiència al contractista, que ha presentat al·legacions. D'altra banda, consten els informes jurídics de l'ACA; la proposta de resolució, i l'informe jurídic previ a la resolució del contracte, elaborat per la Unitat Singular de Coordinació i Assessorament Jurídic de l'ACA i visat per l'advocada en cap de l'Àrea d'Assessorament Jurídic a l'Àmbit del Medi Ambient del Departament de Territori i Sostenibilitat.

El 27 de gener de 2015, el director de l'ACA va acordar suspendre el procediment.

No es planteja l'existència de caducitat del procediment de resolució contractual, en el moment d'entrada de l'expedient a la Comissió, atès que l'expedient consta iniciat per Resolució de 29 de desembre de 2014 i suspès el 27 de gener de 2015.

V. Com s'ha recordat, l'expedient sotmès ara a la consideració de la Comissió Jurídica Assessora correspon a un nou procediment de resolució contractual, ja que el que va ser objecte

del Dictamen 106/2012 va incórrer en caducitat, que va requerir la contractista i que va declarar l'Administració.

Els procediments iniciats d'ofici per l'Administració susceptibles de produir efectes desfavorables o de gravamen estan sotmesos al termini de caducitat segons les previsions dels articles 42.3 i 44 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú (LRJPAC), i de l'article 55 de la Llei 26/2010, de 3 d'agost, de règim jurídic i de procediment de les administracions públiques de Catalunya.

S'ha plantejat si aquesta institució és aplicable, o no, d'una manera supletòria als procediments que se segueixen en matèria contractual i, en particular, a la resolució dels contractes. De la mateixa manera que la regulació anterior –el Reial decret legislatiu 2/2000, de 16 de juny, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei de contractes de les administracions públiques (TRLCAP)–, la nova normativa –la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic– no regula específicament el termini de caducitat dels procediments; ambdues disposicions, però, contenen una previsió de supletorietat referida a l'LRJPAC.

La Sentència del Tribunal Suprem de 28 de juny de 2011 va recordar que «*es jurisprudencia reiterada de esta Sala la de considerar aplicable el instituto de la caducidad a los procedimientos específicos de resolución de contratos administrativos. En este sentido, se ha de destacar, entre otras [...], la sentencia de esta Sala de fecha 2 de octubre de 2007 [...] [que] sostiene que al haberse iniciado de oficio por el órgano de contratación competente para ello el procedimiento de resolución del contrato, y atendiendo a la obligación de resolver y notificar su resolución que a las Administraciones Públicas impone el art. 42 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común, la Administración hubo de resolver el procedimiento dentro de plazo, que al no estar establecido por su norma reguladora la Ley lo fija en tres meses en el artículo citado. Lo expuesto ha de completarse con lo que mantiene el art. 44 de la Ley 30/1992, en la redacción que le dio la Ley 4/1999, [...] que en su apartado 1 mantiene que “en los procedimientos iniciados de oficio, el vencimiento del plazo máximo establecido sin que se haya dictado y notificado resolución expresa no exime a la Administración del cumplimiento de la obligación legal de resolver, produciendo los siguientes efectos” y que en su número 2 dispone como efecto del vencimiento del plazo que, “en los procedimientos en que la Administración ejercite potestades [...] de intervención susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, se producirá la caducidad. En estos casos, la resolución que declare la caducidad ordenará el archivo de las actuaciones, con los efectos previstos en el art. 92”*». Així mateix, s'ha de posar en relleu que aquesta Sala va insistir en la citada doctrina en la Sentència de 9 de setembre de 2009, dictada en el recurs de cassació núm. X per a la unificació de la doctrina.



Aquest plantejament posa de manifest, doncs, que la legislació contractual no pot ser aliena a les garanties bàsiques –la seguretat jurídica i la interdicció de l'arbitrarietat–, en què la caducitat del procediment troba la seva raó de ser, en tractar d'evitar la incertesa que implica un procediment en marxa. A més, entronca amb els principis d'economia, celeritat i eficàcia que inspiren l'ordenació de qualsevol procediment administratiu.

La Comissió Jurídica Assessora, des de l'any 2000, ha recollit aquesta orientació en nombrosos pronunciaments. Així, en el Dictamen 187/2008, per exemple, ja va indicar que “Tot i la correcta tramitació de l'expedient, la Comissió fa avinent que, d'acord amb la Sentència de 2 d'octubre de 2007 del Tribunal Suprem (Sala Contenciosa Administrativa, Secció Quarta), en aquest cas, es pot considerar que el procediment ha caducat, segons deriva de la doctrina establerta per la Sentència mencionada, en el sentit que els procediments de resolució contractual estan sotmesos al termini de caducitat de 3 mesos que preveu l'article 42.3 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú (LRJPAC). Certament, en aquest expedient es constata que ha transcorregut amb escreix aquest termini, comptador des de la data d'inici del procediment (26 d'abril de 2007), amb la qual cosa és procedent declarar-ne la caducitat amb l'arxivament de les actuacions amb els efectes que preveu l'article 92 de l'LRJPAC. Ara bé, aquesta circumstància, però, no impediria a l'Administració un nou exercici de la potestat resolutòria”.

La remissió genèrica que efectua l'article 44.2 de l'LRJPAC als “efectes que preveu l'article 92” de la mateixa norma legal suscita la qüestió consistent a determinar si pot no acordar-se la caducitat d'un procediment de resolució contractual quan la qüestió suscitada afecti l'interès general, o convingui substanciar-la per a la seva definició o aclariment, com així ho permet la citada Llei, en l'article 92.4.

S'ha discutit aquesta possibilitat atenent la diferent naturalesa i els efectes d'ambdós tipus de procediment (d'ofici i a instància de part), i la reducció de garanties que això pot comportar. Ha de tenir-se en compte que l'interès públic és subjacent i està sempre present en la contractació administrativa; per tant, una aplicació indiscriminada, i sense més ni més, de l'efecte previst en l'article 92.4 de l'LRJPAC portaria a una manca de virtualitat o operativitat de la institució de la caducitat en l'àmbit dels procediments de resolució dels contractes administratius. Però, d'altra banda, tampoc no ha d'excloure's, radicalment, la possibilitat de no descartar la caducitat quan la qüestió afecti l'interès públic o existeixi la necessitat d'aclariment, tenint en compte la remissió incondicionada que efectua l'article 44.2 de l'LRJPAC.

D'altra banda, l'article 44.2 remet els efectes de la caducitat a l'article 92. Aquesta remissió comporta, com preveu l'apartat tercer, que no prescrivuin les accions de l'Administració, ni la dels particulars, de manera que queda oberta la porta a un nou exercici de l'acció, això és, a una nova

incoació del procediment. La Sentència del Tribunal Suprem de 12 de juny de 2003 va establir la doctrina legal segons la qual la declaració de caducitat i arxivament d'actuacions prevista per l'article 44.2 de l'LRJPAC *“no extinguen la acción de la Administración para ejercitar las potestades aludidas en ese precepto, siéndoles plenamente aplicable el artículo 92.3 de la misma Ley”*.

En qualsevol cas, la possible caducitat del procediment no ha estat obstacle perquè la Comissió Jurídica Assessora s'hagi pronunciat sobre el fons de la qüestió sotmesa a dictamen, principalment per considerar, en primer lloc, que la caducitat del procediment no impedeix exercir de nou la potestat de resolució contractual; en segon lloc, en aplicar el principi de la conservació dels actes administratius per a evitar tornar sobre el mateix expedient, i, en tercer lloc, per considerar el principi d'economia processal.

Un altre aspecte a tenir en compte en relació amb els efectes de la declaració de caducitat és el referit a la conservació dels actes que no sigui necessari dur a terme de nou, que preveu l'article 66 de l'LRJPAC.

Ara bé, la incoació d'un nou expedient de resolució contractual requereix com a pressupòsit previ la declaració de caducitat i l'arxivament de l'expedient de resolució del contracte. I tot procediment administratiu requereix inexcusablement un acord d'iniciació, que, si no existeix, impedeix considerar que s'ha iniciat cap procediment, i d'una resolució administrativa que posi fi al procediment.

En el present supòsit s'han complert aquests tràmits, ja que l'11 de juliol de 2014 es va acordar la caducitat del procediment de resolució contractual incoat el 27 de gener de 2011, l'arxivament de les actuacions i la conservació dels actes; el 29 de desembre de 2014, es va incoar un nou procediment de resolució del contracte, i, el 27 de gener de 2015, es va suspendre el termini per a resoldre el procediment fins que la Comissió Jurídica Assessora no n'emetés el dictamen.

VI. En l'actual procediment de resolució contractual es reproduïxen les posicions de l'anterior, que va incórrer en caducitat, tant per part de l'Administració, que proposa la resolució contractual, com per part de la contractista en l'escrit d'al·legacions de 12 de gener de 2015. De fet, en aquest escrit es reiteren els motius d'oposició ja formulats per la concessionària en un primer document de 16 de febrer de 2011 en el marc de l'anterior expedient, amb idèntiques referències argumentals i de suport, i en les al·legacions presentades el 10 de juny de 2011 en el tràmit d'audiència d'aquell procediment.

Llevat d'allò que es dirà més endavant sobre la motivació de la proposta de resolució sobre la qual s'informa, en coincidir les qüestions plantejades ara per la concessionària, i els termes de la



proposta, amb les incloses en el procediment caducat, es pot donar per reproduït el Dictamen 106/2012, aprovat el 19 d'abril, i per informat en el mateix sentit l'actual procediment de resolució.

En concret, s'ha de recordar que el règim jurídic del contracte queda precisat en el Plec de clàusules administratives particulars i que, com s'ha dit abans, el contracte es regeix pel Reial decret legislatiu 2/2000, de 16 de juny.

D'altra banda, com ja es va indicar en el fonament jurídic VI del Dictamen 106/2012, "El contracte objecte de l'expedient de resolució és complex ja que preveu la redacció del projecte i després la seva execució i l'explotació de l'obra hidràulica realitzada. A diferència del contracte d'obra, en termes estrictes, en el moment de l'adjudicació es desconeix el projecte de l'obra a realitzar. Aquesta complexitat explica la previsió de la clàusula 5.2 del Plec de clàusules administratives particulars, que estableix que, en el supòsit que no s'arribi a un acord en relació amb el pressupost de les obres previstes en el projecte, que s'ha realitzat com a primera prestació del contracte, l'Administració ha d'abonar el preu ofert per a la redacció del projecte i es preveu implícitament la resolució del contracte pel que fa referència a les altres prestacions del contracte. Es podria entendre que aquesta clàusula conté una previsió de finalització de la relació contractual amb un règim econòmic específic, previsió que troba encaix en la determinació de la lletra h) del citat article 111 TRLCAP. [...] En el present supòsit, l'acord pressupostari sobre l'execució del projecte no ha existit, ja que el mateix projecte redactat ha esdevingut insuficient o inadequat, o necessitat d'una reforma substancial. En conseqüència, serien aplicables les previsions de l'esmentada clàusula 5.2".

Així mateix, s'ha de recordar que "En la proposta de resolució s'esmenta com a causa específica de resolució contractual l'increment de preu de la modificació –segona modificació– desistida i el seu caràcter d'alteració substancial. S'al·ludeix, doncs, a les dues circumstàncies de l'article 149.e) del TRLCAP. [...] Cal recordar que l'article 149.e) del TRLCAP disposa com a causa de resolució les modificacions 'encara que siguin successives'. En conseqüència, no s'ha d'examinar només el darrer intent d'alteració contractual, sinó totes les produïdes al llarg de la vida del contracte. És l'opció coherent amb els béns jurídics protegits, què són d'interès públic, la lliure competència i la publicitat i transparència en la contractació pública. [...] Totes les dades exposades porten a considerar que efectivament s'ha produït una alteració del contracte que implica l'existència de la causa de resolució contractual prevista per la lletra e) de l'article 149 del TRLCAP" (fonament jurídic VII).

Un dels aspectes en què se centren les discrepàncies de la concessionària és el relatiu a la liquidació del contracte. En aquest sentit, s'ha de reiterar que "en el cas present no es tracta de la resolució d'un contracte d'explotació de serveis, sinó d'un contracte complex en el qual l'única

prestació realitzada és la redacció d'un projecte d'obra, sense que aquesta s'hagi portat a terme, i menys que s'hagi explotat”.

La regulació de la liquidació no és igual en els diferents contractes: “L'article 151 del TRLCAP disposa que la resolució del contracte d'obres comporta la liquidació de les obres realitzades una vegada comprovades i mesurades. L'article 215.1, respecte dels contractes de consultoria i assistència i del de serveis, preveu que la resolució del contracte confereix dret al contractista a percebre el preu dels estudis i treballs efectuats. D'aquests preceptes es desprèn una orientació clara pel que fa al pagament de les prestacions efectivament realitzades. Si s'examina la regulació de la resolució del contracte de serveis públics, l'article 169 disposa que en el cas de les causes de les lletres b), c) i d) de l'article 167 (rescat, supressió i impossibilitat d'explotació del servei) l'Administració ha d'indemnitzar el contractista per danys i perjudicis, inclosos beneficis futurs. [...]

En aquest context, pren plena significació la clàusula 5.2 del Plec, ja considerada anteriorment, que preveu d'una manera específica la liquidació del contracte una vegada efectuada la primera de les prestacions del contractista prevista –la formulació del projecte d'obra– si no hi ha acord sobre el pressupost d'execució. En aquesta eventualitat, s'estableix expressament que l'Administració contractant ha d'abonar exclusivament el cost del projecte elaborat, sense cap increment per expectatives lligades a les altres prestacions previstes en el contracte. És, com ja s'ha indicat, una fórmula coherent amb el caràcter complex del contracte [...].

En definitiva, en aquest supòsit de resolució, i respecte del contracte considerat, en vista de la legislació aplicable i de les mateixes clàusules del contracte, la liquidació del contracte, una vegada resolt, s'ha de circumscriure al projecte efectivament realitzat sense incorporació d'elements (com el *lucrum cessans*) relatius a les prestacions successives, no realitzades, ni indemnització de danys i perjudicis en cap direcció, ja que no existeix incompliment, i amb devolució de la fiança al contractista” (fonament jurídic VIII).

En definitiva, en no plantejar-se elements diferents en aquest procediment, aquesta Comissió ha de reiterar el parer expressat en el Dictamen 106/2012.

VII. En l'escrit d'al·legacions presentat per la contractista en l'actual procediment de resolució, s'al·lega la manca o insuficiència de motivació en la proposta de resolució.

És clar que la motivació és preceptiva en un supòsit de resolució contractual d'acord amb l'article 54 de l'LRJPAC, per raó, a més, de requeriments derivats del principi de transparència que ha d'acompanyar tota actuació administrativa, i, també, per a facilitar el control de la decisió administrativa i la seva adequació a les finalitats prescrites per l'ordenament.



Ara bé, la motivació no s'ha de concretar en una explicació exhaustiva, sinó que és suficient, com indica l'encapçalament de l'article 54.1, amb una "referència succinta de fets i fonaments de dret".

En el supòsit present es pot afirmar que es compleixen aquestes exigències de motivació. Sobre això, com la mateixa concessionària afirma, s'han incorporat en la justificació de la proposta de resolució els raonaments de l'anterior pronunciament d'aquesta Comissió, de manera que s'ha addicionat la referència esmentada als fonaments de dret que li poden donar suport.

A més, cal recordar que l'article 89.5 de l'LRJPAC disposa que l'acceptació d'informes o dictàmens serveix de motivació a la resolució quan incorpori el text d'aquells.

CONCLUSIÓ

S'informa favorablement sobre la resolució del contracte de concessió d'obra pública per a la redacció del Projecte de millora de la capacitat hidràulica, construcció i explotació de les instal·lacions del col·lector de salmorres de la conca del Llobregat.