



JAVIER FERNÁNDEZ-CORREDOR SÁNCHEZ-DIEZMA
Magistrado

ENUNCIADO

El Director General de Centros Docentes de la Comunidad de Madrid, en virtud de desconcentración acordada por el Consejero de Educación, saca a concurso, mediante procedimiento restringido y sin que hubiere existido anuncio indicativo alguno al respecto, conjuntamente, la elaboración del proyecto y ejecución de obras para la construcción de un centro docente con destino a la Educación Secundaria.

El contrato se anuncia, exclusivamente, en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid (BOCM) el día 8 de enero de 2004.

El Presupuesto del mismo se eleva a la cantidad de 6.500.000 euros y se otorga como plazo máximo de presentación de solicitudes de presentación hasta el día 14 de febrero de 2004.

Del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares aprobado en su momento, destacamos lo siguiente:

1. Entre los criterios que servirán de base a la adjudicación no se incluye ninguno relativo a la calidad y estabilidad en el empleo.
2. Se establece que el adjudicatario deberá acreditar en el plazo de veinte días, contados desde que se le notifique la adjudicación del contrato, la constitución de la garantía definitiva.
3. Se determina, como criterios de adjudicación del contrato, entre otros, los siguientes:
 - Relación de obras ejecutadas en los últimos cinco años acompañadas de certificados de buena ejecución de las más importantes.
 - Declaración, indicando la maquinaria, material y equipo técnico del que dispondrá el empresario para llevar a cabo la ejecución de las obras.

4. Se fijan, de acuerdo con la legislación, los criterios de solvencia que se aplicarán para determinar la selección de empresas españolas que podrán acceder a la adjudicación del contrato.
5. Las obras deberán estar finalizadas en el plazo de un año desde la formalización del contrato.

Abierto el plazo para la presentación de proposiciones, presentan ofertas y la correspondiente documentación, entre otros, los siguientes:

1. PASEO, S.A., que se encontraba inmersa en procedimiento en vía ejecutiva por la Administración de la Comunidad de Madrid pues había recibido, en concepto de donación, determinados bienes inmuebles y, en plazo, no había liquidado el oportuno Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (ISD). Por esta razón, fue excluido por la mesa de contratación. Contra esta decisión administrativa interpone recurso de alzada.
2. CASTILLO, S.R.L., presentó una oferta que en lo económico ascendió a la cantidad de 6.600.000 euros. Con carácter previo a pronunciarse la mesa de contratación, su representante legal presentó un escrito afirmando que se trató de un error de transcripción y que, en realidad, su oferta económica se levaba a la cantidad de 6.500.000 euros.
3. LAS TORRES, S.A., al que le faltaba, en el sobre de la documentación, un documento exigido por los pliegos de cláusulas administrativas particulares. La mesa de contratación la requirió el día 22 de marzo de 2004 (sábado) para que presentara el referido documento en el plazo de cinco días. El día 28, viernes de la siguiente semana, presentó al mismo.
4. EL CENTENAL, S.A., que, conocida por la mesa de contratación que el día anterior al de la reunión de la mesa había sido notificada de resolución sancionadora en virtud de expediente incoado por infracción grave en materia de disciplina de mercado, es excluida de la posible adjudicación.

Es de resaltar, en relación a la actuación de la mesa de contratación, que la apertura de los sobres donde se encontraba la documentación, no la oferta, fue realizada en acto no público.

La mesa propuso para la adjudicación del contrato a la empresa CASTILLO, S.R.L., pero el órgano de contratación acabó adjudicando el contrato a la empresa PASEO, S.A. el día 18 de abril de 2004, al considerar que era la mejor oferta en su conjunto. El contrato se formaliza el día 1 de mayo de igual año.

Se cita al representante legal de la empresa contratista para el día 3 de junio siguiente a fin de efectuar la comprobación del replanteo. Pero llegado el citado día, el contratista no compareció para el citado acto.

Fijado nuevo día y hora, en esta ocasión el 20 de junio, la contratista comparece al acto. Se comprueba que parte de los terrenos donde se iban a efectuar las obras, en realidad sigue ocupada por sus titulares al no haber finalizado los procedimientos expropiatorios puestos en marcha. Por esta razón, la contratista solicita a la Administración el día 20 de agosto la oportuna resolución del contrato y la consiguiente indemnización de daños y perjuicios.

Resueltos todos los problemas anteriores y, en su caso, revisadas todas las actuaciones contrarias a derecho que hasta entonces se habían producido, sin que, por otra parte, existiera recurso alguno pendiente de resolución, se inician las obras el día 20 de abril de 2005.

Ejecutado un 30 por 100 de las obras, en el mes de julio concretamente, la contratista solicita la revisión de precios, pero el órgano de contratación desestima dicha solicitud basado en que no había transcurrido un año desde el inicio de las obras, por una parte y, por la otra, la revisión no venía prevista en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

En el curso de la ejecución de las obras, respetándose escrupulosamente lo dispuesto en el proyecto y acatando órdenes escritas dadas por el director facultativo de las obras, se causan daños estructurales en el edificio colindante. Los perjudicados, por un lado, reclaman contra la Administración de la Comunidad de Madrid la oportuna indemnización de daños y perjuicios y, por otra, denuncian al Ayuntamiento, de forma reiterada, el peligro de derrumbe de la totalidad o parte del edificio. La Comunidad desestima la solicitud señalando que la culpable fue la contratista y, por tanto, que dirigieran su petición contra aquélla.

Finalmente, el edificio acaba derrumbándose provocando el fallecimiento de dos viandantes que, ocasionalmente, pasaban por allí. Sus herederos solicitan la oportuna indemnización al Ayuntamiento. Éste la deniega argumentando que la responsabilidad es de la Comunidad de Madrid y, en su caso, del contratista, pues los daños que causaron el derribo fueron provocados por unas obras contratadas por aquella Administración.

CUESTIONES PLANTEADAS:

1. Analizar la competencia del Director General para celebrar el contrato.
2. ¿Es ajustada a derecho la adjudicación de la redacción del proyecto y de ejecución de las obras a la misma persona?
3. Analice la legalidad de la publicación sólo en el BOCM.
4. ¿Es correcto el plazo dado para la presentación de solicitudes?
5. Analizar la legalidad o no de las diversas cláusulas existentes en el pliego de cláusulas administrativas particulares.
6. Analizar el ajuste a derecho de las distintas ofertas presentadas para la adjudicación del contrato.
7. ¿Obró con arreglo a derecho la mesa de contratación abriendo los sobres de la documentación en acto no público?
8. Legalidad de la actuación del órgano de contratación que adjudica a una empresa no propuesta por la mesa de contratación.
9. ¿Fue ajustada a derecho la citación efectuada para la comprobación del replanteo?
10. ¿Se debe producir alguna consecuencia por el hecho de que la representación legal de la contratista no comparezca el día para el que fue citada a la comprobación del replanteo?

11. Analice las consecuencias que se deben derivar cuando se acredita la no disponibilidad del terreno para efectuar las obras.
12. ¿Fue ajustada a derecho la desestimación por el órgano de contratación de la revisión de precios solicitada por la contratista?
13. ¿Fue ajustada a derecho la desestimación de la indemnización de daños y perjuicios pedida a la Comunidad de Madrid?
14. Ajuste a derecho de la resolución del Ayuntamiento denegando la indemnización solicitada.

SOLUCIÓN

1. Competencia del Director General para celebrar el contrato.

Recordamos que la competencia de ese Director General le vino por una desconcentración operada por el citado Director a través de una desconcentración operada por Orden del Consejero de Educación.

Pues bien, a la desconcentración en esta materia se refiere el artículo 6.º 2 del Decreto 49/2003, de 3 de abril, por el que se aprueba el Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, y, únicamente, la admite para el Gobierno de la Comunidad mediante el oportuno Decreto. De manera que esta desconcentración realizada no se ajusta a derecho.

Lo que sí podría haber realizado el Consejero es una delegación de competencias en el Director General para celebrar este contrato [art. 13 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP y PAC)]. Ahora bien, la diferencia entre la desconcentración y la delegación es clara, mientras que en aquella se transfiere la titularidad de la competencia para ese caso concreto, en la delegación lo que se transfiere es el mero ejercicio de la competencia. Por eso, en la delegación el acto se entiende dictado por el órgano delegante a todos los efectos (art. 13 de la Ley 30/1992), mientras que en la desconcentración el acto se entiende dictado por el órgano desconcentrado a todos los efectos.

Por tanto, en principio, el contrato celebrado por el Director General es inválido por incompetencia jerárquica del que lo celebra y, por lo tanto, es anulable y convalidable (arts. 63 y 67 de la LRJAP y PAC).

¿Podría interpretarse esa Orden como de delegación de competencia, en lugar de como de desconcentración de competencia? Creemos que sí, a tenor de lo dispuesto en el artículo 65 de la Ley 30/1992:

«Los actos nulos o anulables que, sin embargo, contengan los elementos constitutivos de otro distinto producirán los efectos de éste.»

Finalmente, respecto a esta cuestión, recordar que, por razón de la cuantía del contrato, se necesitaba la autorización del Gobierno de la Comunidad a tenor de lo dispuesto en los artículos 13.2 del Texto

Refundido de la Ley de Contrato de las Administraciones Públicas (TRLCAP), aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, y del artículo 5.º 1 del Decreto 49/2003, Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid.

2. Redacción del proyecto y ejecución de obras.

A esta posibilidad se refiere el artículo 125 del TRLCAP que señala que tendrá carácter excepcional y sólo podrá aplicarse en casos concretos, a saber:

«1. a) cuando el sistema constructivo pueda resultar determinante de las características esenciales del proyecto, y b) cuando las características de las obras permitan anticipar diversos tratamientos de diseño, trazado y presupuesto.»

Continúa diciendo el apartado 2 del referido precepto:

«En todo caso, la licitación de este tipo de contrato requerirá la redacción previa por la Administración del correspondiente anteproyecto o documento similar y sólo, cuando por causas justificadas fuera conveniente al interés público, podrá limitarse a redactar las bases técnicas a que el proyecto deba ajustarse.»

Por lo tanto, para que esta modalidad contractual elegida por la Administración fuera ajustada a derecho, en este caso, precisaría del cumplimiento de estos requisitos que ignoramos si se dieron o no porque el relato de hechos nada dice al respecto, pero respecto de los que, en todo caso, el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares debería dar cumplida cuenta.

En el caso de que no concurrieran las señaladas exigencias, debería, por un lado, ofertarse la redacción del proyecto [contrato de consultoría y asistencia del art. 196.2 a) del TRLCAP], y por otro, la ejecución de la obra [arts 120 y 123.1 a) del TRLCAP].

3. Publicación sólo en el BOCM.

El artículo 10.1 del Reglamento General de Contratación de la Comunidad de Madrid exige la publicación en el Boletín Oficial de la Comunidad de aquellos contratos que, de acuerdo con la legislación de contrato de las Administraciones Públicas están sujetos a publicidad, pero añadiendo que «sin perjuicio de la obligación, en su caso, de su publicación en otros diarios o boletines oficiales».

Pues bien, el artículo 78 del TRLCAP señala que «todos los procedimientos para la adjudicación de los contratos, con excepción de los procedimientos negociados, se anunciarán en el Boletín Oficial del Estado (BOE)». Si, además, tenemos en cuenta que este precepto, de acuerdo con la disposición final primera del TRLCAP, constituye legislación básica, deducimos que era preceptiva la publicación tanto en el BOCM como en el BOE, No haberlo hecho así, supone la concurrencia de un nuevo vicio de invalidez que, incluso podría ser de nulidad por constituir la publicidad y concurrencia principios esenciales que deben presidir toda la contratación administrativa, por lo que podría encuadrarse este vicio en el artículo 62.1 e) (prescindir total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido).

Por otro lado y, de acuerdo con los artículos 135.2 y 140.2 del TRLCAP, por razón de la cuantía del mismo, debió, también, publicarse, en el Diario Oficial de la Unión Europea. Recordemos que la Directiva Comunitaria 2004/18 CE elevó la cuantía a la cantidad de 6.242.000 euros y en el caso que analizamos el presupuesto se eleva a la cantidad de 6.500.000 euros.

4. Plazo para la presentación de solicitudes.

No parece correcto el plazo dado pues se otorga un plazo de 36 días y, al tratarse de procedimiento restringido debió de ser de 37 días, al menos.

5. Análisis de las cláusulas incluidas en los pliegos de cláusulas administrativas particulares.

A) *No inclusión, entre los criterios de selección del contratista, de nada relativo a la estabilidad y calidad en el empleo.* Incumple lo previsto en el artículo 8.º del Reglamento General de Contratación de la Comunidad de Madrid que, en su apartado d) impone esta obligación.

Igualmente, el Decreto de la Comunidad de Madrid 213/1998, de 17 de diciembre, por el que se establecen medidas en la contratación administrativa en la Comunidad de Madrid para apoyar la estabilidad y calidad del empleo, en su artículo 2.º 1 impone la misma obligación. Y aunque es cierto que el apartado 2 de dicho artículo afirma que puede ser excluido por resolución motivada del órgano de contratación, previo informe favorable de la Dirección General de Trabajo y Empleo de la Consejería de Economía (en la actualidad, de acuerdo con el Decreto 227/2003, de 24 de noviembre, de reestructuración de las Consejerías, habrá de entenderse la Dirección General de Empleo adscrita a la Consejería de Empleo y Mujer), cuando el contrato pueda ser ejecutado por personas físicas sin trabajadores a su cargo o cuando en atención a las especiales circunstancias que concurran en un contrato, sea imposible su valoración, la realidad es que, en el supuesto que analizamos, no parece que nos encontremos ante ninguna de estas dos causas de excepción. Por ello, en el pliego de cláusulas particulares debió ser incluido lo concerniente a la calidad y estabilidad en el empleo.

B) *Plazo de 20 días para constituir la garantía definitiva.* Incumple lo previsto en el artículo 41 del TRLCAP que señala el plazo de 15 días para este esencial trámite.

Es cierto que la disposición adicional primera del TRLCAP no incluye este precepto como básico por lo que la legislación autonómica podría establecer otro distinto, pero lo cierto es que en la Comunidad de Madrid, ninguna legislación establece otro plazo diferente, por lo que hay que aplicar el plazo de la legislación estatal.

C) *Criterios para la adjudicación.* El artículo 86 del TRLCAP fija los criterios objetivos que han de servir de base a la adjudicación y que han de contenerse en los pliegos de cláusulas administrativas particulares. Y, desde luego, ninguno de los referidos en el relato de hechos para este supuesto, aparecen incluidos en aquel precepto. Es cierto que tras referir esos criterios objetivos la norma indicada establece «... u otros semejantes». Pero no parece que los criterios recogidos en el pliego participen de esa naturaleza que los haga semejantes a los señalados en el citado precepto (criterios objetivos en las ofertas realizadas).

Por si esto no fuera suficiente, el artículo 17, apartados b) y c) del Reglamento a la Ley de Contratos contempla, literalmente, estos criterios como de solvencia técnica en los contratos de obras. Por lo tanto, no pueden servir como «criterios objetivos para la adjudicación». Ésos, son criterios para la selección de las empresas que, luego, aspirarán a convertirse en adjudicataria del contrato mediante las correspondientes ofertas.

D) *Criterios de solvencia para acceder a la adjudicación del contrato.* El contrato del que nos ocupamos tiene un presupuesto de 6.500.000 euros, por tanto, era obligatorio para los empresarios que presentaran ofertas haber obtenido previamente la clasificación del contratista, ya que el artículo 25.1 del TRLCAP exige la misma para contrato de obras con presupuesto superior a 120.202,42 euros.

El artículo 25.3 señala que «excepcionalmente, cuando así sea conveniente para los intereses públicos, la contratación con personas que no estén clasificadas podrá ser autorizada por el Consejo de Ministros, previo informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en el ámbito de la Administración General del Estado. En el ámbito de las Administraciones de las Comunidades Autónomas dicha autorización será otorgada por los órganos competentes». Pues bien, no consta que en el caso que analizamos existiera esta exención de clasificación.

Por su parte, el artículo 11 del Reglamento de la Ley, al analizar los criterios de selección de las empresas (solvencia) señala «en los contratos de obras... en los que no sea exigible el requisito de la clasificación... el órgano de contratación fijará en el pliego de cláusulas administrativas particulares la referencia a los criterios que, basados en los medios que establecen los artículos 16, 17, 18 y 19 de la Ley referidos a la solvencia económica, financiera y técnica, respectivamente, se aplicarán para determinar la selección de empresas que podrán acceder a la adjudicación del contrato».

De ello deducimos que al exigirse a las empresas españolas la clasificación, estaban exentas de acreditar la solvencia.

Respectos a empresarios no españoles de Estados Miembros de la Unión Europea, no era obligatoria la clasificación y bastará, por tanto, que acrediten la solvencia económica, financiera, técnica y profesional y hallarse inscrito en el registro profesional o comercial en las condiciones previstas por la legislación del Estado donde estén establecidas.

E) *Plazo de duración de las obras de un año desde el momento de la formalización del contrato.* No es ajustada a derecho esta cláusula pues el artículo 142 del TRLCAP señala que el plazo se empieza a contar desde el acta de comprobación del replanteo y, más concretamente, el artículo 139.2 del Reglamento de la Ley, determina que se iniciará el cómputo desde el día siguiente a la firma del acta de replanteo.

6. Análisis de las distintas ofertas presentadas.

A) PASEO, S.A. Esta empresa había recibido en concepto de donación determinados bienes inmuebles y se encontraba inmersa en un procedimiento en vía ejecutiva por la Administración Tributaria de la Comunidad de Madrid, por no haber liquidado el oportuno Impuesto sobre Donaciones.

Debemos señalar que es cierto que el artículo 13 del Reglamento General de Contratos de la Comunidad de Madrid incluye, entre las prohibiciones para contratar, a «quienes tengan con ella deudas en período ejecutivo de pago, salvo que estuvieran debidamente garantizadas». Sin embargo, ese procedimiento ejecutivo no debía haberse iniciado porque esta empresa, por la donación recibida, no debe tributar por el Impuesto de Donaciones sino que la misma se imputará en el Impuesto sobre Sociedades, a tenor de lo previsto en el artículo 2.º de la Ley de 1987 del ISD. Por tanto, la empresa no es deudora en este concepto de la Comunidad de Madrid ni, por ello, está incurso en causa de prohibición para ser contratista.

Afirma el relato de hechos que, por esta razón, fue excluida por la mesa de contratación, interponiendo contra esta decisión recurso de alzada. Pues bien, debemos resaltar que la decisión de la mesa es un acto de trámite, en principio no cualificado, a tenor del artículo 107 de la LRJAP y PAC, luego no admitiría recurso. Ahora bien, el mismo puede entenderse, en virtud del principio *in dubio pro actione* como unas alegaciones que, posteriormente, serán resueltas por el órgano de contratación.

En este sentido, el artículo 19.7 del Reglamento de Contratación de la Comunidad de Madrid permite, finalizada la apertura de proposiciones, en dos días hábiles, presentar observaciones dirigidas al órgano de contratación que las resolverá, oída la mesa de contratación.

B) CASTILLO, S.R.L. La oferta de esta empresa recordamos que supera el presupuesto base de licitación. Pues bien, a tenor de lo previsto tanto en el artículo 84 del Reglamento de ejecución de la Ley de Contratos, como en el 20.6 del de la Comunidad de Madrid, esta circunstancia debió provocar una resolución motivada de la mesa de contratación rechazando esa oferta. Entendemos que no cabe admitir el escrito de rectificación ni el motivo del mismo ya que, en realidad, se trata de otra nueva oferta que, indudablemente, está fuera de plazo. No es un simple error, como afirma la empresa. Si esa fuera la interpretación, los preceptos citados carecerían, en la práctica, de virtualidad y no se aplicarían en cuanto que alguien alegara el pretendido e inexistente error.

Por su parte, tanto los artículos 83.6 y 20.5, respectivamente, de los Reglamentos citados, señalan que la mesa, antes de la apertura de las proposiciones, no podrá hacerse cargo de nuevos documentos que no hubieren sido entregados durante el plazo de admisión de ofertas.

En conclusión, la oferta de esta empresa debe ser excluida.

C) LAS TORRES, S.A. Se le conceden cinco días para presentar una documentación que le faltaba. Esos cinco días han de computarse como naturales, a tenor de lo señalado en el artículo 19.2 del Reglamento de Contratación de la Comunidad de Madrid. Luego la empresa ha presentado la misma fuera de plazo.

Otra cuestión es la posible aplicación de lo dispuesto en el artículo 71 de la LRJAP y PAC, en el sentido de que es preciso notificarle el transcurso del plazo para el trámite y mientras esto no suceda el interesado puede presentar la documentación requerida.

D) EL CENTENAL, S.A. A esta empresa se le notifica resolución sancionadora por infracción grave en materia de disciplina de mercado el día anterior a la reunión de la mesa de contratación para la apertura de las proposiciones. Por ello, enterada la mesa de la sanción es excluida.

La actuación de la mesa no es ajustada a derecho. En primer lugar, porque el artículo 20 d) del TRLCAP exige sanción con carácter firme y es obvio que en este caso no lo es pues no habrá pasado el plazo para recurrir y, en segundo lugar, porque el artículo 21.1 del TRLCAP exige para declarar prohibición para contratar por esta causa, la resolución tras la incoación de un procedimiento administrativo, que en este caso no ha existido, entre otras razones, porque no había habido tiempo para ello; por tanto, esta causa no es de las que opera automáticamente.

7. Apertura por la mesa de contratación de los sobres que contenían la documentación en acto no público.

De los artículos 81.1 y 82.1 del TRLCAP y 19.1 del Reglamento de Contratación de la Comunidad de Madrid se deduce con claridad que este acto no tiene por qué ser público, luego no se produce vulneración de la legalidad alguna. Lo que sí exige que sea público es la apertura de los sobres que contengan las diversas ofertas (art. 83 del Rgto. de la LCAP y 20.1 del Rgto. de la Comunidad de Madrid).

8. Ajuste a derecho de la adjudicación por el órgano de contratación no siguiendo la propuesta de la mesa de contratación.

El órgano de contratación actuó con arreglo a derecho.

Ya afirmamos que esta empresa debió ser excluida de la adjudicación toda vez que su oferta rebasó el presupuesto base de licitación, y que el escrito de rectificación, en realidad, vino a ser una segunda oferta que no debió ser tenida en cuenta por presentarse fuera de plazo.

El artículo 83.1 del TRLCAP, relativo a la subasta, señala que el acuerdo de adjudicación del órgano de contratación se ajustará a lo propuesto por la mesa, excepto en dos casos:

«... a) cuando la mesa de contratación haya efectuado la propuesta con infracción del ordenamiento jurídico, en cuyo caso la convocatoria quedará sin efecto. Se exceptúa el supuesto de que la infracción afecta exclusivamente al licitador en cuyo favor se realiza la propuesta, en el que la adjudicación deberá tener lugar a favor del siguiente postor no afectado por la infracción...»

Por su parte, el artículo 90 del TRLCAP señala que «los preceptos relativos a la celebración de la subasta regirán también para el concurso, excepto en lo que sea exclusivamente aplicable a aquella forma de adjudicación»; y el artículo 88, en el concurso, «la adjudicación se hará a la proposición más ventajosa, sin atender al valor económica de la misma» e incluso, permite que motivándolo quede desierto.

En este caso, la adjudicación a favor, en definitiva de la empresa PASEO, S.A., en principio es ajustada a derecho pues la exclusión de la mesa, por razón del procedimiento en vía ejecutiva, ya analizamos que no era procedente.

9. Citación para la comprobación del replanteo.

No se respetó lo previsto en el artículo 142 del TRLCAP en el sentido de que entre la formalización del contrato y el acto de replanteo no debe mediar más de un mes, salvo casos excepcionales justificados. Ahora bien, parece en principio que se trata de una mera irregularidad no invalidante.

10. No asistencia del contratista a la comprobación del replanteo.

Es causa de resolución del contrato, salvo que exista una causa justificada para esta no asistencia [arts. 149 a) y 151.1 del TRLCAP]. Ahora bien, no es causa automática y obligatoria de resolución. La Administración es la que debe decidir si resuelve o si intenta de nuevo el acto.

11. No disponibilidad de los terrenos.

Como requisito indispensable para la adjudicación del contrato de obras se requiere la disponibilidad de los terrenos, a tenor del artículo 129.1 del TRLCAP. Sólo en caso de obras de infraestructuras, hidráulicas y de carreteras se dispensará de este requisito. Por lo tanto, no se debió proceder a la adjudicación del contrato.

Ahora bien, la resolución del contrato pedida por el contratista, en ese momento, no parece ajustada a derecho. El artículo 149 b) del TRLCAP considera causa de resolución la suspensión en la iniciación de las obras por plazo superior a seis meses por parte de la Administración. Por su parte, el artículo 139.2 del Reglamento, señala, a sensu contrario, que si se acredita la no disponibilidad del terreno el director de las obras no dará autorización para ejecutarlas, haciéndose constar así en el acta del acto que se levante, no empezando a correr, por tanto, el plazo para la ejecución de las obras previsto. Por su parte, el artículo 139.4 señala que con posterioridad, el órgano de contratación resolverá lo procedente y hasta que no sea dictada esa resolución queda suspendida la iniciación de las obras desde el día siguiente a la firma del acta, computándose, a partir de dicha fecha, el plazo de seis meses a que se refiere el artículo 149 b), a efectos de resolución del contrato a solicitud del contratista.

12. Desestimación de la revisión de precios solicitada.

No tiene razón la Administración en esta desestimación, porque:

- a) El plazo del año se cuenta desde la adjudicación del contrato (103.1 del TRLCAP), no desde el inicio de las obras como ella razona. En este caso, la obra se adjudicó el día 18 de abril de 2004 y se solicita la revisión en el mes de julio de 2005. Luego había transcurrido el plazo de un año.
- b) El hecho de que la revisión de precios no venga prevista en los pliegos, no es causa de exclusión de la misma. En este sentido el artículo 103 del TRLCAP indica que «... podrá establecerse la improcedencia de la misma -se refiere a la cláusula de revisión de precios- que, igualmente, deberá hacerse constar en los pliegos». Luego si se quiere excluir ha de recogerse expresamente en el pliego. Pero si no se dice nada, como es el caso que nos ocupa, se debe aplicar la referida revisión si se dan los supuestos legales exigidos.

13. Reclamación de indemnización a la Administración que ésta rechaza.

Afirma que la responsabilidad es del contratista. Y, efectivamente, el artículo 98 del TRLCAP señala que «la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista».

Dos son, tan sólo, las excepciones a esta responsabilidad.

- a) Que haya existido fuerza mayor (art. 144 del TRLCAP).
- b) Que los daños y perjuicios se hayan originado por vicios del proyecto elaborado por la Administración (art. 97 del TRLCAP).

Por otra parte, el artículo 143 señala que «las obras se realizarán conforme a lo estipulado en los pliegos y el proyecto que sirva de base al contrato y conforme a las instrucciones que en interpretación técnica diera de éstas el director facultativo de las obras al contratista. Si las instrucciones fueran de carácter verbal, deberán ser ratificadas por escrito en el plazo más breve posible».

En este caso, es cierto que el proyecto se elabora por la misma empresa que realiza las obras. Pero el artículo 125.3 del TRLCAP, referido al caso de ejecución del proyecto y realización de las obras por el mismo contratista señala que «... si la Administración observare defectos... en el proyecto recibido requerirá de subsanación al contratista en los términos del artículo 217 -referido al contrato de consultoría y asistencia- sin que, hasta tanto, y una vez se proceda a nueva supervisión, aprobación y replanteo del proyecto, pueda iniciarse la ejecución de las obras».

Por lo tanto, si en esas condiciones se iniciaron las obras es porque la Administración admitió e hizo suyo el proyecto que redactó la empresa, no advirtiendo defecto alguno en él.

Pero debemos, también, tener en cuenta el artículo 219, relativo al contrato de consultoría y asistencia que es muy claro al respecto «... el contratista responderá de los daños y perjuicios que durante la ejecución de las obras se causen a la Administración o a terceros por defectos e insuficiencias técnicas del proyecto y por errores materiales, infracción de preceptos legales o reglamentarios u omisiones, imputables a aquél».

Por tanto, con independencia de la culpa *in vigilando* de la Administración, parece que la culpa, en este caso, es del contratista, aunque nada impediría llevar a ambos a la vía contencioso-administrativa.

Es de tener en cuenta, igualmente, lo dispuesto en el 2.º párrafo del citado precepto en el sentido de que hasta el 50 por 100 de los daños y perjuicios, hasta un límite de cinco veces el plazo pactado en el contrato, exigible durante diez años, correrá al cargo del contratista; el resto de la indemnización corre a cargo de la Administración cuando debe ser satisfecha a terceros.

14. Caída del edificio y responsabilidad del Ayuntamiento.

El artículo 168.1 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, de Suelo de la Comunidad de Madrid, obliga a los propietarios de terrenos, edificios y construcciones a mantenerlos en condiciones de seguridad, salubridad, ornato público y decoro, realizando las obras precisas para ello.

El artículo 170.1 ordena a los Ayuntamientos a dictar órdenes de ejecución de obras de reparación o conservación y rehabilitación de edificios deteriorados.

Y el artículo 170.2 señala que el incumplimiento injustificado de las órdenes de ejecución provocará:

- a) La ejecución subsidiaria a costa del obligado.
- b) La imposición de las oportunas sanciones.

De lo indicado resulta claramente que el Ayuntamiento incurrió en responsabilidad patrimonial frente a los perjudicados porque conociendo la amenaza de la obra no adoptó las medidas precisas para evitar el resultado dañoso, a lo que venía obligado, según los artículos que acabamos de transcribir. Por tanto, se ha producido un funcionamiento anormal de los servicios públicos causante de la citada responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento. Todo ello, sin perjuicio de repetir lo que abone en este concepto contra los propietarios del edificio derrumbado.

SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- Ley 30/1992 (LRJAP y PAC), arts. 13, 63 y 67.
- Ley 9/2001 (Suelo de la Comunidad de Madrid), arts. 168.1 y 170.1 y 2.
- RDLeg. 2/2000 (TRLCAP), arts. 13.2, 17, 20 d), 21.1, 41, 71, 78, 83.1 y 6, 86, 97, 98, 103.1, 120, 123, 125, 135.2, 140.2, 142, 143, 144, 149 b), 196.2 y 219.
- Decreto 49/2003 (Rgto. General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid), arts. 5.º 1, 6.º 2, 8.º, 10.1, 13, 19.2 y 7 y 20.1, 5 y 6.
- Decreto de la Comunidad de Madrid 213/1998 (Medidas en Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid), art. 2.º 1.