

Dictamen nº: **61/16**
Consulta: **Alcalde de San Agustín de Guadalix**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **05.05.16**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 5 de mayo de 2016, emitido ante la consulta formulada por el alcalde de San Agustín de Guadalix, cursada a través del consejero de Medio Ambiente, Administración Local y Ordenación del Territorio, al amparo del artículo 5.3.f.d) de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en relación con el expediente sobre resolución del contrato de obras denominado “Piscina cubierta y centro deportivo (2010)” , suscrito con la U.T.E. “O.C.A. Construcciones y Proyectos, S.A.” y “Adober Electricidad, S.L.” (en adelante, “*la contratista*”).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 11 de abril de 2016 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen preceptivo procedente del Ayuntamiento de San Agustín de Guadalix.

A dicho expediente se le asignó el número 98/16, comenzando el día señalado el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 23.1 del Reglamento de

Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora, aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero, del Consejo de Gobierno.

La ponencia correspondió, por reparto de asuntos, a la letrada vocal Dña. Rocío Guerrero Ankersmit, quien formuló y firmó la propuesta de dictamen, que fue deliberada y aprobada por el Pleno de la Comisión Jurídica Asesora, en sesión celebrada el día 5 de mayo de 2016.

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

Mediante acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento, de 3 de septiembre de 2010, se dispuso la apertura del procedimiento abierto para la adjudicación del contrato.

En el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, en adelante PCAP (folios 7 a 33 del expediente administrativo), en la cláusula 1, se definía el objeto del contrato consistente en la ejecución de la obra de “Piscina cubierta y centro deportivo (2010)”.

En el apartado relativo a la forma de presentación de las proposiciones, en relación con el sobre de la proposición económica y documentación cuantificable de forma automática se había de incluir la proposición económica (hasta 40 puntos), porcentaje del importe de ejecución de las obras destinado a control de calidad (hasta 5 puntos) y reducción del plazo del plazo de ejecución de las obras (hasta 5 puntos).

En el sobre C, relativo a la documentación ponderable a través de juicios de valor se incluían las mejoras (35 puntos), la ampliación del plazo de garantía y mantenimiento de las instalaciones (5 puntos), programa de construcción de las obras (5 puntos) y conocimiento de las obra, coordinación e integración de las instalaciones existentes (5 puntos).

En relación con las mejoras, el PCAP establecía:

“Se valorarán todo tipo de mejoras que el licitador efectúe, sin incremento del precio de coste para el Ayuntamiento de San Agustín de Guadalix.

Las mejoras ofertadas no deben alterar ni desvirtuar las características arquitectónicas ni constructivas del Proyecto, ni las calidades de los materiales que en el señalado Proyecto se contienen.

Tanto las que hagan referencia a la ejecución durante el desarrollo de la obra, como aquellas que, en su caso, afecten al período inmediato a su terminación y recepción.

Las obras necesarias para el traslado de las actividades que actualmente se desarrollan en la parcela de ubicación de la piscina, así como, las correctas condiciones de seguridad y ornato público, en el entorno delimitado por la ejecución de la obra.

En general, todas aquellas actuaciones que aún no estando contempladas en el proyecto de ejecución, garanticen y refuercen, con nuevas medidas, los aspectos relativos a la funcionalidad, accesibilidad, acceso a los servicios los servicios de telecomunicación, audiovisuales y de información, relativos a la habitabilidad (higiene, salud y protección del medio ambiente, protección contra el ruido); relativos al ahorro de energía y aislamiento térmico.

La justificación de las mejoras se realizará mediante una descripción y justificación técnica, de forma breve y concisa, debiendo cuantificar su importe parcial y total en documento aparte para cada una de ellas, es decir, para su correcta evaluación, se presentarán, en su

caso, señalando los precios descompuestos y unitarios de cada una de las partidas en que se base la propuesta de mejoras.

Las mejoras ofertadas deberán cumplir simultáneamente las siguientes condiciones:

- El importe de las mismas se confeccionará en base a los precios del proyecto y en su defecto, a precios oficiales.*
- No ser susceptibles de ser valoradas en otros apartados de baremación.*
- No estar incluidas en cualquier de las obligaciones que se derivan de la ejecución de la obra.*
- No suponer coste adicional alguno para el Ayuntamiento.*
- En ningún caso, las mejoras ofertadas tendrán lo consideración de variante según los términos que establece el artículo 87 de TRLCAP”.*

En relación con los criterios de adjudicación de los puntos sobre las mejoras el PCAP establecía:

“1.- Mejoras: (35 puntos)

Cuando las mejoras ofertadas se concreten en una cantidad económica genérica, que se destinará a obras complementarias, según criterio de la propiedad, es esta la que se toma como valor de las mismas, sin necesidad de valoración alternativa.

Solo se valorarán aquellas mejoras que, no siendo inherentes a la propia ejecución de las obras, sean una deferencia de la empresa licitante y puedan considerarse como un beneficio tangible en la prestación del servicio.

La mayor puntuación corresponderá a la empresa que justifique las mejoras y la cuantía económica de las mismas, sea la más elevada.

El resto de las ofertas se valorarán proporcionalmente”.

Con fecha 8 de noviembre de 2010 la empresa presentó su proposición económica, 2.552.213,57 €, IVA incluido y se comprometía a dedicar el 3% sobre el precio de licitación del contrato, IVA incluido (2.935.941,07 €) para efectuar controles de calidad (folio 1 del expediente).

En la documentación técnica del sobre C se incluían como mejoras, en caso de resultar adjudicataria de las obras de construcción de la piscina, el compromiso de “destinar a obras complementarias según criterio de la propiedad la cantidad de 248.808,56 € (lo cual supone un 10% del presupuesto de licitación sin IVA)” (folio 2 del expediente).

Tras los trámites pertinentes, la Junta de Gobierno Local adjudicó el contrato a la UTE contratista el día 7 de febrero de 2011. El contrato administrativo se formalizó el 10 de febrero (folios 4 a 6 del expediente); en el mismo se establecía un plazo de ejecución de la obra de 270 días naturales a partir del día siguiente a la firma del acta de comprobación del replanteo, y la constitución de una garantía, para responder del cumplimiento del contrato, equivalente al 5% del precio de adjudicación, IVA excluido.

Asimismo, en su cláusula sexta se establecía la obligación de cumplir el contrato dentro del plazo fijado para su realización, siendo sancionada su posible demora, o la de los plazos parciales para la ejecución, conforme al PCAP.

Figura en el expediente administrativo, al folio 37, un acta negativa de replanteo e inicio de obra fechada el 11 de marzo de 2011 y firmada por el constructor, el director de la obra, el director de la ejecución de la

obra y el coordinador de seguridad y salud en fase de ejecución. En ella se refleja la reserva del constructor al inicio de los trabajos contratados a consecuencia de la *“necesidad de ejecutar previamente la demolición de unas instalaciones deportivas y vestuarios en los terrenos en los que habrán de ejecutarse las obras”*.

Igualmente, el punto sexto del acta recoge que:

“(...) la dirección facultativa, de acuerdo con el promotor, autoriza en consecuencia el inmediato comienzo de los trabajos de mejoras propuestas por el adjudicatario y recogidas en el expediente de contratación LCSP 2010/25 con el fin de ejecutar las nuevas instalaciones deportivas que sustituyan a las actuales existentes en el solar y así poder proceder a la demolición de éstas”.

El día 26 de mayo de 2011 el arquitecto director de las obras emitió informe y solicitó el inicio de un expediente de redacción de un proyecto modificado de las obras contratadas.

La UTE contratista comenzó la ejecución de unas obras consistentes en pistas de tenis y de pádel que, según manifiesta, fueron finalizadas en mayo de 2011. Consta en el expediente acta de ocupación efectiva y comprobación de las obras para su uso público, levantada el día 28 de noviembre de 2014, en la que se consta que *«las obras fueron paralizadas por el sr. alcalde con fecha 16 de mayo de 2011 y notificada la paralización a la empresa ejecutora de las obras, (...), fecha a partir de la cual dichas obras de las “pistas”, en general, se encuentran valladas y abandonadas»*.

Con fecha 9 de abril de 2012, la empresa contratista presentó alegaciones en el expediente sancionador iniciado el 11 de octubre de 2011 por presunta infracción urbanística por ejecución de obras sin licencia ni encargo para ello (folios 40 a 54 del expediente). En dicho escrito la contratista solicitaba *“la resolución del contrato por causas*

imputables al ayuntamiento y consistentes en la vulneración del principio de buena fe contractual, la suspensión de la iniciación de las obras de construcción de la piscina con expresa mala fe y el incumplimiento de las obligaciones esenciales del contrato con arreglo a los pliegos de condiciones y a la normativa que rige el mismo, en particular lo establecido en los artículos de la LCSP 206.f), el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, g) la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados y 220.c) el desistimiento de las obras por parte de la administración sin causa justificada”. En este escrito solicitaba, además, el pago de las obras de construcción de las pistas de pádel y tenis que habían llevado a cabo “en cumplimiento de las órdenes de la dirección facultativa reflejadas en el acta de comprobación del replanteo y en otros documentos del expediente administrativo y la incoación de procedimiento de indemnización por los daños y perjuicios irrogados...”.

TERCERO.- A la vista del anterior escrito, con fecha 29 de septiembre de 2015 el alcalde del Ayuntamiento consultante solicita informe al secretario sobre la legislación aplicable al caso y del procedimiento a seguir “*para llevar a cabo la resolución del contrato de obras por la causa alegada*”, que califica como la contemplada en el artículo 237.b) TRLCSP: “*suspensión de la iniciación de las obras por un plazo superior a 6 meses por parte de la Administración*” (folio 55 del expediente).

El informe del secretario, de fecha 30 de septiembre de 2015, analiza la causa de resolución de los contratos y, en concreto, aquellas que pueden ser instadas por el contratista, demora en la comprobación del replanteo, suspensión de la iniciación de las obras por plazo superior a seis meses y la suspensión de las obras por plazo superior a ocho meses acordada por la Administración y el desistimiento de la Administración, así como las consecuencias económicas de la invocación de una u otra causa y concluye que la causa que debe

aplicarse es la señalada en el artículo 237.b) TRLCSP, suspensión de la iniciación de las obras por parte de la Administración por tiempo superior a seis meses, por lo que el contratista tendrá derecho a percibir por todos los conceptos una indemnización del 3% del precio de adjudicación que cuantifica, una vez minoradas las mejoras ofertadas en 57.422,53 € (folios 56 a 66 del expediente).

A la vista del anterior informe, el alcalde formula propuesta al Pleno de la Corporación como órgano competente para la incoación del procedimiento para acordar, si procede, la resolución del contrato de obras de “Piscina cubierta y centro deportivo 2010”, por la causa reflejada en el artículo 237.b) TRLCSP (suspensión de la iniciación de las obras por plazo superior a seis meses), *“tal y como solicita el adjudicatario y ha sido informado por secretaría”* (folios 67 y 68 del expediente). Del citado acuerdo se dio traslado a la Comisión Informativa de Hacienda que emite dictamen el día 22 de octubre de 2015.

Con fecha 29 de octubre de 2015, el Pleno del Ayuntamiento de San Agustín de Guadalix acordó el inicio del expediente de resolución del contrato con la propuesta de liquidación realizada por el secretario, comunicación al adjudicatario el inicio del expediente de resolución del contrato de obras y otorgamiento del trámite de audiencia y *“en caso de que el contratista formule oposición a la resolución del contrato, requerir el dictamen del órgano consultivo de la Comunidad de Madrid”* (folios 71 y 72 del expediente). Este acuerdo fue notificado a la UTE contratista, el día 3 de noviembre de 2015 (folios 73 a 77 del expediente).

El día 11 de noviembre de 2015 se registra en una oficina de correos con entrada en el Ayuntamiento consultante el día 13 siguiente, escrito de alegaciones en el que, en síntesis, la UTE contratista manifiesta su disconformidad con la causa de resolución aplicada por el Ayuntamiento y, en consecuencia, con sus efectos económicos y considera que resulta de aplicación la causa de desistimiento de un

contrato de obras ya iniciadas por lo que la indemnización que le debe ser satisfecha es de un 6% y no de un 3%, que cuantifica en 64.886,79 €, además de reclamar la suma de 239.364,15 € por las obras de mejora realizadas, en aplicación del artículo 222.1 LCSP. En este escrito la UTE contratista solicitaba, también, la incorporación al expediente de resolución diversa documentación consistente en los acuerdos de licitación y adjudicación de obra, el acta de replanteo, acta de ocupación efectiva de las obras de mejora realizadas y los dos acuerdos de inicio de resolución contractual por causa imputable al contratista incoados anteriormente (folios 78 a 85).

Consta en el expediente administrativo remitido a este órgano consultivo la incorporación al procedimiento de la documentación solicitada por la contratista (folios 87 a 229).

Tras el trámite de audiencia y la incorporación de la documentación solicitada por la contratista, el secretario del Ayuntamiento ha emitido informe, con fecha 19 de noviembre de 2016. En el mismo da respuesta a las alegaciones de la UTE y concluye que *«a la vista de lo informado se considera jurídicamente justificada la resolución del contrato de “piscina cubierta y centro deportivo” adjudicado a la UTE (...), por la causa señalada en el artículo 237 b) TRLCSP (220 b) LCSP), con los efectos del artículo 239.3 TRLCSP (222.3 LCSP)»*. El informe en su argumentación cita y se apoya en dos sentencias que adjunta y que se han incorporado al expediente administrativo.

La primera, la Sentencia de 2 de diciembre de 2013 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 29 de Madrid está dictada en el Procedimiento Ordinario nº 46/2012, interpuesto por el director técnico y coordinador de seguridad y salud del contrato contra la Resolución de 10 de abril de 2012 de la Alcaldía de San Agustín de Guadalix por la que se le impuso una sanción de 38.495,77 € de multa, por infracción urbanística en las obras de realización de dos pistas de tenis, reparación

de otra preexistente y tres pistas de pádel. Procedimiento en el que la UTE contratista no fue parte. En el fundamento de derecho IV se declara:

“En el presente caso nos encontramos ante unas obras ejecutadas sin la concurrencia de los presupuestos legales para su legitimidad, pues se realizaron antes de su aprobación definitiva y de que se adjudicara tanto su ejecución material como su dirección técnica o ejecutiva, y en tal caso la responsabilidad administrativa viene atribuida por el citado precepto tanto a la dirección técnica como ejecutiva, en la que el demandante desempeñaba la segunda”.

La segunda sentencia aportada es la dictada en el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la UTE contratista contra la resolución del alcalde presidente de San Agustín de Guadalix, de 10 de abril de 2012, por la que se le impuso una sanción de 38.495,77 € por infracción urbanística (Procedimiento Ordinario nº 48/2002, que se sustanció ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 11 de Madrid). En esta sentencia, de fecha 30 de septiembre de 2015, se afirma en el fundamento jurídico cuarto, en relación con la infracción por la UTE contratista:

“... se pone claramente de manifiesto que las obras de pádel y pista de tenis ejecutadas en terreno municipal, fueron ejecutadas sin existir vínculo legal alguno con el Ayuntamiento para poder ejecutar – el proyecto de pistas de pádel si bien fue aprobado inicialmente, nunca llegó a aprobarse definitivamente-, sin que fuera informada por el órgano de contratación, por lo que no pueden considerarse obras ejecutadas al amparo de un contrato administrativo de obras”.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La Comisión Jurídica Asesora emite su dictamen preceptivo, al amparo del artículo 5.3.f).d. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, conforme al cual: “3. *En especial, la Comisión Jurídica Asesora deberá ser consultada en los siguientes asuntos: (...) f) Expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid, las entidades locales y las universidades públicas sobre: (...) d. 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 del sector público*”.

La solicitud de dictamen del alcalde de San Agustín de Guadalix se ha hecho llegar a la Comisión Jurídica Asesora a través del consejero de Medio Ambiente, Administración Local y Ordenación del Territorio, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 18.3.d) del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora, aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero (en adelante, ROFCJA).

El dictamen ha sido evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 23.1 del ROF.

SEGUNDA.- El contrato se adjudicó por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 7 de febrero de 2011, por lo que resulta de aplicación, de conformidad con lo dispuesto en la disposición transitoria primera del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP), la normativa vigente en aquel momento constituida por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP).

Por lo que se refiere al procedimiento de resolución contractual, habrá que estar a lo dispuesto en la normativa vigente en el momento de su inicio, que como hemos expuesto, fue iniciado a instancia del contratista por escrito presentado el 9 de abril de 2012, lo que supone la aplicación, en el caso analizado, del TRLCSP, en particular de sus artículos 211 y 225.3. Con carácter supletorio, a tenor de la disposición final tercera, apartado 1, del mismo TRLCSP, se aplicarán los preceptos de la Ley 30/1992 (LRJ-PAC) y normas complementarias. Además, ante la falta de desarrollo reglamentario en el aspecto objeto de estudio de las disposiciones vigentes en materia de contratación del sector público, debe considerarse lo dispuesto en el artículo 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), referido específicamente al *“procedimiento para la resolución de los contratos”*.

En materia de procedimiento, la resolución de contratos administrativos exige atenerse a lo previsto en el artículo 210 TRLCSP, a cuyo tenor *“dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, (...) acordar su resolución y determinar los efectos de ésta”*.

El artículo 211.1 TRLCSP requiere que en el correspondiente expediente se dé audiencia al contratista. Además debe tenerse en cuenta el artículo 109 del RGLCAP, que exige la audiencia al avalista o asegurador *“si se propone la incautación de la garantía”*.

Por otro lado el apartado tercero artículo 211 dispone que será preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de interpretación, nulidad y resolución, cuando se formule oposición por parte del contratista.

En el presente caso, se insta la resolución del contrato por la UTE contratista por varias causas, entre otras, *“el desistimiento de las obras por parte de la Administración sin causa justificada”*, con cita del artículo 220.c) de la LCSP.

El acuerdo de inicio del procedimiento de resolución contractual adoptado por el Pleno del Ayuntamiento el día 29 de octubre de 2015 considera de aplicación la causa prevista en el artículo 220.b): *“suspensión de la iniciación de las obras por plazo superior a 6 meses por parte de la Administración”*.

Concedido trámite de audiencia al contratista, por escrito presentado el día 11 de noviembre de 2015 manifiesta su *“oposición a la causa de resolución invocada por el Ayuntamiento, así como nuestra disconformidad con el acuerdo de inicio de la resolución contractual por no ser su contenido conforme a derecho”*, porque considera que procede la resolución del contrato por desistimiento de la Administración [artículo 220.c) LCSP].

Se observa que, con posterioridad al trámite de audiencia, se ha incorporado un informe jurídico del secretario en el que da respuesta pormenorizada a las alegaciones de la UTE contratista y con el que se aportan dos sentencias (una de ellas en la que no ha sido parte la contratista) para justificar la alegación relativa a la procedencia de la causa invocada por él: desistimiento o suspensión de las obras por un plazo superior a ocho meses acordada por la Administración.

Como era doctrina reiterada del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, el trámite de audiencia debe practicarse inmediatamente antes de dictar la propuesta de resolución sin que puedan incorporarse con posterioridad informes o documentos nuevo, de manera que si los informes citados añaden hechos nuevos o argumentan cuestiones nuevas para la resolución, generan indefensión

al contratista y lo procedente es la retroacción del procedimiento (dictámenes 482/11, de 7 de septiembre, 514/11, de 21 de septiembre y 515/12, de 19 de septiembre).

En el presente caso, en cuanto que el informe del secretario para dar respuesta al contratista sobre la causa de resolución aplicada aporta dos sentencias y en una de ellas no ha sido parte el contratista, parece adecuado acordar la retroacción del procedimiento para dar nueva audiencia al contratista del informe y documentación aportada.

Tras este trámite, la Administración consultante dictará propuesta de resolución (como prevé el artículo 19.1 ROFCJA) sin incorporar nuevos informes ni documentos al procedimiento y solicitará nuevo dictamen a la Comisión Jurídica Asesora.

Por lo que se refiere al plazo para resolver el expediente de resolución del contrato, al tratarse de un expediente iniciado a instancia de parte, resulta de aplicación lo previsto en la disposición final segunda del TRLCSP que dispone que, *“en todo caso, en los procedimientos iniciados a solicitud de un interesado para los que no se establezca específicamente otra cosa y que tengan por objeto o se refieran a la reclamación de cantidades, el ejercicio de prerrogativas administrativas o a cualquier otra cuestión relativa de la ejecución, consumación o extinción de un contrato administrativo, una vez transcurrido el plazo previsto para su resolución sin haber notificado ésta, el interesado podrá considerar desestimada su solicitud por silencio administrativo, sin perjuicio de la subsistencia de la obligación de resolver”*.

En consecuencia, no resulta de aplicación el plazo de caducidad de tres meses, prevista para los expedientes incoados de oficio por la Administración.

En mérito a lo que antecede este Comisión Jurídica Asesora extrae la siguiente,

CONCLUSIÓN

Procede la retroacción del procedimiento para dar nuevamente audiencia a la UTE contratista y formular el Ayuntamiento consultante propuesta de resolución.

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 esta Comisión Jurídica Asesora de conformidad con lo establecido en el artículo 22.5 del ROFCJA.

Madrid, a 5 de mayo de 2016

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 61/16

Sr. Alcalde de San Agustín de Guadalix

Pza. Constitución, 1 – 28750 San Agustín de Guadalix