

Dictamen nº: **64/17**
Consulta: **Alcalde de Boadilla del Monte**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **09.02.17**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad en su sesión de 9 de febrero de 2017, sobre la consulta formulada por el alcalde de Boadilla del Monte 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 de resolución del contrato de obras de construcción de un muro de contención en la calle Francisco de Goya.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Mediante oficio que ha tenido entrada en la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid con fecha 19 de enero de 2017, el alcalde de Boadilla del Monte ha solicitado dictamen preceptivo sobre la resolución del contrato de obras de construcción de un muro de contención en la calle Francisco de Goya (en adelante, “*el contrato*”). En dicha fecha ha comenzado 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 ha correspondido por reparto de asuntos al letrado vocal D. Tomás Navalpotro Ballesteros, quien formuló y firmó la propuesta de dictamen, deliberada y aprobada por el Pleno de la Comisión Jurídica Asesora en sesión celebrada el día 9 de febrero de 2017.

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

La Junta de Gobierno Local de Boadilla del Monte, en sesión de fecha 18 de abril de 2016, aprobó el Proyecto Básico y de Ejecución de la obra de consolidación del muro de contención sito en la Calle Francisco de Goya, autorizando la ejecución de las obras en los términos recogidos en el proyecto.

El 18 de abril de 2016 se dictó el Acuerdo de aprobación del expediente de contratación y de los respectivos pliegos de condiciones técnicas y de cláusulas económico-administrativas a regir en la adjudicación por procedimiento abierto del contrato administrativo de ejecución de las obras de “Construcción de muro de contención en la Calle Francisco de Goya de Boadilla del Monte” (en adelante, “el contrato” o “el contrato de obras”).

Según el punto 2 del pliego de condiciones técnicas, las necesidades a satisfacer mediante el contrato residían en la ejecución de un muro de contención dentro del recinto deportivo ubicado en la calle Francisco de Goya con el fin de consolidar el muro existente superponiendo uno nuevo, dado que el muro existente se hallaba deteriorado y con pérdida de elementos y verticalidad.

Conforme al punto 6 del mismo pliego, el plazo de ejecución del mismo sería de 60 días naturales que empezarían a contar a partir del día siguiente al de la firma del acta de comprobación del replanteo con

resultado viable. En caso contrario –se añadía-, se estaría a la resolución que adoptase el órgano competente.

Por su parte, el pliego de cláusulas económico-administrativas, tras reiterar normas similares en cuanto al plazo de ejecución del contrato en su cláusula 5ª, se refería en la cláusula 25ª a las penalizaciones por incumplimiento, y en la 26ª a la posible resolución del contrato.

Por Resolución de 4 de agosto de 2016, del segundo teniente de alcalde y delegado del Área de Urbanismo, Infraestructuras y Patrimonio (en adelante, “el segundo teniente de alcalde”) se resolvió la adjudicación del contrato a favor de la mercantil COTODISA OBRAS Y SERVICIOS, S.A. (en adelante, “la contratista”, “la adjudicataria” o “la empresa”).

El 11 de agosto de 2016, de conformidad con el acuerdo de adjudicación del contrato y con la oferta presentada la adjudicataria y previa la constitución de garantía definitiva por importe de 5.473,47 euros, se formalizó el contrato por un importe total de 109.469,33 euros más IVA. El plazo de ejecución del mismo, según la cláusula segunda del contrato, era de sesenta días naturales a partir del día siguiente al de la firma del acta de comprobación del replanteo con resultado viable.

Precisamente, el acta de replanteo de la obra con resultado viable fue suscrita con la conformidad de la contratista el 31 de agosto de 2016.

Tras el planteamiento por parte de la contratista de ciertas dudas en torno a la seguridad de la ejecución de la obra, previo informe del coordinador de Obra civil de 14 de septiembre y conforme a lo señalado en el mismo, por Resolución del segundo teniente de alcalde de 15 de

septiembre de 2016 notificada a la contratista al día siguiente, se acordó como medida cautelar la suspensión de los plazos de ejecución del contrato hasta la emisión de informes por la Dirección Facultativa y por los técnicos municipales sobre las cuestiones técnicas planteadas por la empresa.

El redactor del proyecto y la Dirección Facultativa de las obras, por una parte, y el coordinador de Obra civil, por otra, en respectivos informes de 21 y de 22 de septiembre de 2016, concluyeron que no existía razón alguna que justificase la paralización de las obras ni la modificación del proyecto.

Con base en el criterio de estos órganos técnicos, la suspensión quedó levantada mediante Resolución del segundo teniente de alcalde el 26 de septiembre de 2016, notificada a la empresa al día siguiente.

La contratista, por escrito presentado el día 27, planteó el cambio en la solución técnica del proyecto aprobado por el Ayuntamiento. En nuevo escrito presentado al día siguiente se opuso al levantamiento de la medida cautelar de suspensión de los plazos, solicitando que se adoptara nuevo acuerdo de suspensión temporal total de la obra hasta que se hubieran solventado las cuestiones relacionadas en su escrito de alegaciones.

A continuación se presentaron nuevos informes por el redactor del proyecto y de la Dirección Facultativa de la Obra, así como por el coordinador de Obra Civil, de 29 de septiembre de 2016, completados por otros dos posteriores de la Dirección Facultativa de 3 de octubre y dos más del coordinador de Obra Civil de 4 de octubre de 2016, en los que se analizaron las cuestiones técnicas y alegaciones presentadas por la contratista en sus escritos de 27 y 28 de septiembre.

En dichos informes, los técnicos que los suscribían señalaban la carencia de sustento técnico de la propuesta de modificación del

proyecto y de la intención de paralizar mientras tanto la obra, y abogaron por el cumplimiento del contrato conforme al proyecto inicial aprobado por la Junta de Gobierno Local, al contrato firmado en fecha 11 de agosto de 2016 y al acta de comprobación del replanteo con resultado viable firmada por la propia contratista el 31 de agosto.

Conforme a ellos, el segundo teniente de alcalde dictó Resolución de 5 de octubre de 2016, de la que dio cuenta en esa misma fecha a la Junta de Gobierno Local (que se dio por enterada) y se notificó a la contratista al día siguiente, inadmitiendo la propuesta planteada por la empresa sobre la seguridad de la construcción en su escrito de 27 de septiembre y desestimando sus alegaciones contra el acuerdo de levantamiento de la medida cautelar de suspensión de plazos planteadas en la solicitud de 28 de septiembre. En particular, se hacía constar que la contratista debía continuar con los plazos establecidos para la ejecución de la obra y que el incumplimiento de los plazos por su parte podría dar lugar a la imposición de penalidades o la resolución del contrato en los términos previstos en el artículo 212 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).

Por sendos informes de 21 y 27 de octubre de la Dirección Facultativa y de los Servicios Técnicos Municipales se puso de manifiesto el incumplimiento esencial de la ejecución del contrato de obras al no haber dado comienzo a los trabajos, reflejándose el estado de abandono de la obra y la circunstancia de que ésta no podría ser finalizada en el plazo previsto en el contrato formalizado.

Asimismo, la Secretaría General del Ayuntamiento, a la vista de los informes técnicos emitidos por la Dirección Facultativa y por los Servicios Técnicos Municipales, así como del informe de la jefa del Servicio de Contratación, informó favorablemente la incoación por el órgano competente de un expediente de resolución del contrato por

causa imputable al contratista al amparo de lo dispuesto en el artículo 223. f) del TRLCSP y de los pliegos de cláusulas que rigieron en la adjudicación del contrato.

En dichos términos, el segundo teniente de alcalde propuso a la Junta de Gobierno Local la incoación del procedimiento de resolución del contrato.

TERCERO.- La Junta de Gobierno Local, a propuesta del segundo teniente de alcalde, adoptó con fecha de 27 de octubre de 2016 los siguientes acuerdos:

Primero: incoar expediente de resolución del contrato motivado en el incumplimiento de la obligación contractual esencial de ejecutar la obra en plazo de conformidad con lo previsto en el artículo 223. f) del TRLCSP y la cláusula 26 del pliego de cláusulas económico administrativas particulares al no haberse iniciado la ejecución de las obras, dado el estado de abandono de las mismas, y la imposibilidad de cumplir en el plazo contractual su ejecución.

Segundo: disponer la obligación de la contratista de indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados, al considerar que la resolución del contrato venía dada por un incumplimiento culpable del contratista, haciéndose efectiva la indemnización en primer término sobre la garantía constituida sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada. A dichos efectos, se le incautaba la garantía en su día depositada para responder de los daños y perjuicios ocasionados al Ayuntamiento, que habrían de determinarse en pieza separada cuando fuera posible su determinación cierta y previa audiencia del contratista.

Tercero: otorgar al contratista el trámite de audiencia con vistas a la formulación de alegaciones.

Cuarto: otorgar al avalista igual trámite a similares efectos.

Quinto: incoar el expediente de liquidación.

Por sendos oficios de la secretaria municipal de 4 de noviembre de 2016, se notificó electrónicamente la Resolución de 27 de octubre, siendo recibida en el día por parte de la contratista y, en cuanto a la avalista, se puso a su disposición el 7 de noviembre y se consideró rechazada implícitamente el 18 del mismo mes.

El representante de la contratista, mediante escrito de 4 de noviembre, formuló recurso de reposición contra la Resolución de 27 de octubre al considerarla nula de pleno derecho conforme al art. 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), puesto que ordenaba la ejecución de una obra que no cumplía los requisitos necesarios al basarse en un proyecto erróneo y, en contra de lo previsto en el artículo 107 del TRLCSP, relativo a las modificaciones no previstas en la documentación que rige la licitación, se le había negado la posibilidad de tramitación del pertinente proyecto modificado.

En segundo lugar, consideraba que concurría el motivo de nulidad previsto en el artículo 47 de la LPAC por vulneración de lo dispuesto en los artículos 107, 234 y 310 del TRLCSP.

Asimismo, estimaba concurrente un tercer motivo de nulidad por la infracción del art. 234 del TRLCSP, puesto que además de las cuestiones de seguridad de la obra, *no solo de riesgos laborales*, el proyecto presentaba “carencias que lo abocarán a la tramitación de los correspondientes modificados, y ya se reconoce incluso de los informes del propio arquitecto y del coordinador de Obra Civil, que tales modificaciones se van a producir”. Así, insistía una vez más en que el proyecto presentaba carencias por cuanto que no había tenido en

cuenta diversas unidades de obra de ejecución obligatoria, y solicitaba la suspensión del acto administrativo objeto del recurso. A dicho escrito se le adjuntaba, entre otra documentación, un informe técnico emitido por un ingeniero de Caminos.

Consta en el expediente administrativo un informe técnico, suscrito por el ingeniero de Caminos autor del proyecto, director de la obra y coordinador de Seguridad y Salud de la misma, denominado sobre la paralización temporal y suspensión de las obras de consolidación del muro de contención, en el que se emite opinión sobre las alegaciones formuladas por la contratista en su recurso de reposición.

Igualmente, obra en el expediente un informe sucinto del jefe de los Servicios Técnicos del Ayuntamiento de Boadilla del Monte, fechado el 22 de noviembre de 2016, en el que se manifiesta conforme con los criterios técnicos expuestos en el informe anteriormente citado, por lo que propone la desestimación del recurso de reposición.

Un tercer informe de 25 de noviembre de 2016 (hay otro similar de 5 de diciembre), esta vez de contenido jurídico y firmado por la jefe del Servicio de Contratación con el visto bueno de la vicesecretaria y secretaria general en funciones se manifiesta igualmente por la desestimación del recurso de reposición y por la denegación de la solicitud de suspensión cautelar de la resolución administrativa impugnada.

El segundo teniente de alcalde, en esa misma fecha, eleva el contenido de dicho informe como resolución, siendo notificado telemáticamente a la contratista el 28 de noviembre.

En nuevo informe de la jefe del Servicio de Contratación con el visto bueno de la vicesecretaria y secretaria general en funciones, de 5 de diciembre de 2016, se propone:

-Primero: desestimar las alegaciones presentadas por la contratista contra el acuerdo de incoación del procedimiento de resolución de contrato.

-Segundo: resolver el contrato de conformidad con lo previsto en el artículo 223 f) del TRLCSP y la cláusula 26 del pliego de cláusulas económico-administrativas particulares con base en un incumplimiento culpable del contratista, que deberá indemnizar al Ayuntamiento los daños y perjuicios ocasionados. Esta resolución se hará efectiva –según la propuesta- sin pérdida de la garantía constituida, debiendo incoarse en pieza separada un procedimiento contradictorio para la determinación de los daños y perjuicios causados al Ayuntamiento, reteniéndose mientras tanto el importe de la garantía como medida cautelar en los términos dispuestos en los artículos 100, y 225 del TRLCSP.

-Tercero: trasladar el acuerdo al Servicio de Tesorería a los efectos oportunos, en relación a lo acordado sobre la garantía.

-Cuarto: incoar expediente contradictorio para la determinación de los daños y perjuicios causados al Ayuntamiento y liquidación del contrato, en un plazo de un mes a contar a partir del día siguiente al de adopción del acuerdo de resolución del contrato de obra.

-Quinto: la resolución del contrato supondría la recuperación de la posesión de la obra, facultándose al segundo teniente de alcalde para llevar a cabo las actuaciones que fueran pertinentes en orden a su cumplimiento.

Dicho informe, en forma de propuesta propia, fue elevado por el segundo teniente de alcalde a la Junta de Gobierno con fecha 7 de diciembre de 2016.

Por sendos oficios del mismo segundo teniente de alcalde de 7 de diciembre de 2016 se otorga audiencia a la contratista (que se dio por notificada en el día) y al avalista con la puesta a disposición del expediente administrativo, en el que se incluyen los informes de la Dirección Facultativa, de los Servicios Técnicos y del Servicio de Contratación con respecto a las alegaciones de aquélla. Conforme a lo dispuesto en los artículos 41.2 y 43.2 de la LPAC, con fecha de 19 de diciembre se hizo constar el rechazo de la notificación por la avalista al haber transcurrido más de diez días naturales desde su puesta a disposición sin acceder a su contenido.

El representante de la empresa, mediante escrito de 20 de diciembre de 2016, solicitó se tuvieran por reiteradas las alegaciones ya realizadas con anterioridad, y aportó un nuevo informe pericial de 15 de diciembre de 2016, realizado por un estudio de Ingeniería y Arquitectura. Además, destacó las grandes contradicciones que a su juicio presentaba el informe del autor de proyecto -según su criterio ya por esta razón en presunción de parcialidad en cuanto a las consideraciones que pudiera hacer-, la inexistencia de causa de resolución del contrato y la indefensión derivada del hecho de no haber admitido a prueba el procedimiento a pesar de haberlo solicitado así la contratista en su escrito de 18 de noviembre de 2016.

El arquitecto autor del proyecto, director de la obra y coordinador de Seguridad y Salud, formula un nuevo informe en el que, en vista de las alegaciones de la contratista, se ratifica en lo ya informado con anterioridad al no representar novedad alguna el escrito de la empresa en relación con lo invocado anteriormente por la misma a lo largo del procedimiento.

Mediante nuevo informe de 22 de diciembre, el jefe de los Servicios Técnicos se remite al presentado anteriormente al considerar

igualmente que las recientes alegaciones de la contratista no suponen novedad frente a otras presentadas anteriormente.

Por oficio de 22 de diciembre de 2016, el segundo teniente de alcalde eleva propuesta de resolución para solicitar dictamen de la Comisión Jurídica Asesora con suspensión del plazo de resolución conforme al artículo 22.1.d) de la Ley 39/2015.

Con fecha 22 de diciembre, el segundo teniente de alcalde elevó propuesta de resolución a la Junta de Gobierno, con el siguiente contenido:

-Primero: desestimar las alegaciones presentadas por la contratista contra el acuerdo de incoación de resolución de contrato acordado por la Junta de Gobierno Local en sesión de fecha 4 de noviembre de 2016.

-Segundo: resolver el contrato por causa imputable al contratista, motivado en el incumplimiento de la obligación contractual esencial de ejecutar la obra en plazo, al no haberse iniciado al día de la fecha la ejecución de las obras, dado el estado de abandono de las mismas y la imposibilidad de cumplir en el plazo contractual la ejecución de dichas obras. Dado que la resolución está motivada en un incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar al Ayuntamiento los daños y perjuicios ocasionados, sin pérdida de la garantía constituida, debiendo incoarse en pieza separada un procedimiento contradictorio para la determinación de los daños y perjuicios causados al Ayuntamiento, reteniéndose mientras tanto el importe de la garantía, como medida cautelar.

-Tercero: trasladar el acuerdo al Servicio de Tesorería a los efectos oportunos, en relación a lo acordado sobre la garantía.

-Cuarto: incoar expediente contradictorio para la determinación de los daños y perjuicios causados al Ayuntamiento y la liquidación del contrato en un plazo de un mes a contar a partir del día siguiente al de adopción del acuerdo de resolución del contrato de obra.

-Quinto: la resolución del contrato supone la recuperación de la posesión de la obra, facultándose al segundo teniente de alcalde para llevar a cabo las actuaciones que sean pertinentes en orden a su cumplimiento.

En esa misma fecha, la misma autoridad acordó solicitar dictamen preceptivo a la Comisión Jurídica Asesora y suspender el transcurso del plazo máximo legal para resolver y notificar el procedimiento al amparo de lo establecido en el artículo 22.1 d) de la LPAC por el tiempo que medie entre la petición del informe al órgano consultivo y la recepción del mismo.

Consta que en esa misma fecha la Secretaría General del Ayuntamiento dio salida a las notificaciones de dicha resolución (de suspensión de plazo) dirigidas, respectivamente, a la contratista y a la avalista.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La petición de dictamen se ha de entender realizada al amparo de lo dispuesto en el artículo 5.3.f) d. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, a cuyo tenor la Comisión Jurídica Asesora deberá ser consultada en los expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid en los supuestos de *“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”, y ha sido formulada por órgano competente para ello en virtud de lo dispuesto en el artículo 18.3.b) del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora, aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero ROFCJA.

El dictamen ha sido evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 23.1 de dicho reglamento.

SEGUNDA.- El contrato se adjudicó por Resolución de 4 de agosto de 2016, por lo que resulta de aplicación el TRLCSP en cuanto normativa vigente en dicho momento.

En cuanto a la competencia para acordar la resolución de los contratos administrativos, el artículo 210 del TRLCSP dispone que *“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 esta”*.

En este caso, el órgano de contratación es la Junta de Gobierno Local.

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, lo que supone igualmente la aplicación en el caso analizado del TRLCSP, en particular de sus artículos 211 y 225.3. 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 particular, 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 RGCAP, que exige la audiencia al avalista o asegurador “*si se propone la incautación de la garantía*”, como es el caso.

En el caso sujeto a dictamen, se ha respetado el derecho de audiencia de la contratista y de la avalista.

Igualmente, se ha incorporado al expediente administrativo la oportuna propuesta de resolución. Esta, según hemos manifestado, entre otras ocasiones, en el Dictamen 191/16, de 9 de junio, no debe limitarse a ser un borrador incompleto de una resolución finalizadora del procedimiento, sino que debe recoger motivadamente la posición de la Administración una vez tramitado el procedimiento con el objeto de permitir a este órgano consultivo conocer la postura de la Administración y contrastarla con la oposición del contratista que motiva la remisión para dictamen y de no causar indefensión al contratista.

De conformidad con el apartado tercero del artículo 211 del TRLCSP, 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, como es el caso.

Asimismo, se ha emitido informe por la Secretaría General del Ayuntamiento, mas no por la Intervención.

Tal como hemos señalado en el dictamen 62/16, de 5 de mayo, en el ámbito de la Administración Local, el artículo 114.3 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de Régimen Local (TRRL), establece como necesarios los informes de la Secretaría y de la Intervención de la Corporación (cfr. artículo 114.3 del TRRL) (dictámenes 106/09, de 18 de febrero, 239/09, de 6 de mayo, 403/09, de 15 de julio, 14/10, de 20 de enero, 110/10, de 21 de abril, 692/11, de 7 de diciembre y 221/12, de 18 de abril).

No consta en el expediente el preceptivo informe de la Intervención municipal, lo que puede determinar un vicio de anulabilidad en virtud de lo dispuesto en el artículo 48.2 de la LPAC, y, por tanto, susceptible de subsanación, como así estableció el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid en sus dictámenes del 239/09, de 6 de mayo, 453/09, de 23 de septiembre, 466/09, de 30 de septiembre, 51/11, de 23 de febrero y 373/11, de 6 de julio, entre otros.

En relación con el plazo para resolver, en los procedimientos de resolución de contratos iniciados de oficio, el incumplimiento del plazo máximo de tres meses para resolver el procedimiento determina la caducidad del procedimiento (art. 25.1.b de la LPAC). En el caso sujeto a dictamen, atendida la fecha de inicio de procedimiento, que tuvo lugar el 27 de octubre de 2016, el procedimiento no está caducado al emitir esta Comisión su dictamen.

En este punto, es común en nuestra doctrina el advertir que el plazo de tres meses puede suspenderse de conformidad –actualmente– con el artículo 22.1 d) de la LPAC, que en dicho sentido sigue la pauta ya establecida en el artículo 42.5.c) de la LRJ-PAC al señalar que el plazo máximo legal para resolver y notificar un procedimiento podrá suspenderse entre otras circunstancias

“...Cuando se soliciten informes preceptivos a un órgano de la misma o distinta Administración, por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos. Este plazo de suspensión no podrá exceder en ningún caso de tres meses. En caso de no recibirse el informe en el plazo indicado, proseguirá el procedimiento”.

Para que sea efectiva la suspensión del plazo es preciso, según este precepto, que se comunique a los interesados tanto la petición como la emisión de los informes. Así lo ha hecho el órgano de contratación, que en la Resolución de 22 de diciembre del segundo teniente de alcalde ha suspendido el procedimiento para recabar nuestro dictamen, constando la salida de las notificaciones telemáticas con destino a contratista y avalista, respectivamente, en esa misma fecha.

De esta forma, teniendo en cuenta que el procedimiento se inició por la Resolución de 27 de octubre de 2016, que constituye el *dies a quo* del plazo de caducidad, y que se ha suspendido eficazmente con fecha 22 de diciembre en que se solicita el actual dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora, en el momento en que se notifique nuestro dictamen al órgano que lo solicita (*dies ad quem*), no estará caducado el procedimiento.

TERCERA.- Conforme al TRLCSP, vigente a la fecha de adjudicación del contrato y aplicable a sus efectos conforme se ha expuesto anteriormente, son causas de resolución del contrato, además de las previstas en su artículo 224 y de las que se señalen para cada categoría de contrato en dicha ley, las establecidas expresamente en cada contrato (artículo 223, letra h). En el caso objeto del dictamen, el órgano que plantea la consulta promueve la resolución del contrato por el incumplimiento de la obligación contractual esencial de ejecutar la

obra en plazo amparándose en el artículo 223 f) del TRLCSP, en relación con la cláusula 26 del pliego de cláusulas económico-administrativas que rigen el contrato.

Con carácter previo a la incardinación del incumplimiento existente en una causa concreta de resolución, conviene hacer referencia a la situación planteada en la ejecución del contrato, de la que se ha derivado la iniciativa del Ayuntamiento de Boadilla del Monte de poner fin al mismo.

El plazo de ejecución del contrato, según las reglas ya citadas de los pliegos de condiciones técnicas y de cláusulas económico-administrativas y de la cláusula segunda del contrato, es de sesenta días naturales a partir del día siguiente al de la firma del acta de comprobación del replanteo con resultado viable. Interesa dejar constancia que el acta de replanteo de la obra con resultado viable fue suscrita el 31 de agosto de 2016 por la contratista y por la Administración. Conforme a ello, el plazo inicial previsto para su ejecución vencía el 30 de octubre de 2016, plazo que se ha ido dilatando con posterioridad por la suspensión del mismo ante la problemática planteada por la propia contratista con vistas a llevar a efecto su ejecución (en concreto, estuvo suspendido entre el 15 y el 26 de septiembre de 2016).

Consta en el expediente administrativo que nos ha sido remitido que, desde el inicio de las obras, el director de la Obra y coordinador de Seguridad y Salud ha realizado cuatro visitas a la misma, de fechas 9 de septiembre y 4, 10 y 20 de octubre de 2016. También consta que el representante de la empresa constructora no ha asistido a ninguna de estas visitas, en la tampoco se encontraban en la obra el jefe ni el encargado de la misma, como tampoco el recurso preventivo designado ni ningún otro trabajador de la empresa constructora.

En el momento de la última visita realizada el 20 de octubre de 2016, las obras se encontraban sin actividad y en estado de abandono por parte de la constructora. Así, parte del vallado de delimitación de las zonas de los muros afectados se encontraba desplazado e incluso tirado por el suelo, no se habían iniciado ninguno de los trabajos objeto del contrato de obras a excepción de la instalación del cartel de obra, comprobándose además que las dimensiones del cartel instalado (2,45 x 1,45) no se correspondían con las prescritas en el proyecto (3,00 x 2,00).

Tampoco se había presentado la documentación de seguridad y salud, y se detectaron las siguientes deficiencias en materia de seguridad y salud que supondrían un incumplimiento por parte de la constructora respecto a lo estipulado en el Plan de Seguridad y Salud aprobado y que fue redactado por la propia empresa constructora:

- No se encontraba convenientemente instalado y custodiado el preceptivo vallado de obra ni se había instalado la cartelería previa al acceso a la misma, desatendiendo la obligación de la constructora relativa al control de acceso al centro de trabajo.

- No se habían instalado las correspondientes casetas de obra, aseos, vestuarios, comedor, etcétera.

- No se hallaba en la obra el botiquín de primeros auxilios.

- No se había facilitado la siguiente documentación, solicitada por el coordinador de Seguridad y Salud, relativa a los trabajadores que habían intervenido en la obra (al menos de los operarios que instalaron el cartel de obra) o el listado de personal (con DNI o documento análogo) o TC1 y TC2 de todo el personal o la documentación que corresponda a los autónomos, en su caso, o el certificado de información a los trabajadores del Plan de Seguridad y Salud.

Conforme a ello, la dirección facultativa no consideraba viable que la obra pudiera ser finalizada en el plazo previsto en el contrato, incluso considerando los días de suspensión, y con arreglo al informe técnico del director de Obra y coordinador de Seguridad y Salud D. A.S.L. de 21 de octubre de 2016, se consideró que existe un incumplimiento claro por parte de la empresa adjudicataria de las obras.

Además, los informes de la Dirección Facultativa y de los Servicios Técnicos inciden, frente a lo manifestado por la contratista, en que el proyecto aprobado por el Ayuntamiento, que sirvió de base a la licitación y a la adjudicación, es perfectamente viable, no quedando justificada la necesidad de la tramitación de un modificado, tal y como solicita la constructora, viabilidad que quedó reflejada en el Acta de comprobación de replanteo con resultado viable que obra en el expediente de contratación, suscrita en fecha 31 de agosto de 2016.

Para rebatir las alegaciones de la contratista sobre los inconvenientes para la ejecución del proyecto, el director facultativo ha incorporado al expediente un Anexo al Estudio Geotécnico del Proyecto, suscrito en fecha 21 de noviembre de 2016, en el que se indica que en la redacción del proyecto se ha calculado el muro con los valores estimados más desfavorables dentro de las hipótesis razonable, por lo que en su calidad de director de la obra, confirma todas las conclusiones emitidas en los informes obrantes en el expediente, considerándose que no está justificada la negativa de la contratista a iniciar y ejecutar la obra en los términos contemplados en el proyecto.

Conforme a lo anterior, puede considerarse que, efectivamente, se ha producido un incumplimiento esencial del contrato, que permite su resolución por esta causa conforme a la doctrina que viene fijando esta Comisión Jurídica Asesora en cuanto a dicha causa de resolución del contrato.

En este punto, hemos señalado en los dictámenes 191, 192 y 209/16 que el artículo 223.f) del TRLCSP permite la resolución del contrato cuando se incumplan obligaciones contractuales esenciales, y que por obligaciones contractuales esenciales habrá de entenderse aquellas que tienden a la determinación y concreción del objeto del contrato y que por tanto derivan del mismo, de forma que su incumplimiento determinará que no se alcanzase el fin perseguido por el contrato.

Por ello, ya el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid consideró en su Dictamen 212/14, de 21 de mayo, que el incumplimiento del objeto mismo del contrato determina la resolución de mismo, conectando con el carácter esencial del objeto de todo contrato, tal y como reconoce el artículo 1261 del Código Civil en relación con el artículo 1256 de dicho cuerpo legal, a cuyo tenor el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.

En el presente caso, el contrato de obras que tiene por objeto la ejecución de un muro de contención dentro del recinto deportivo ubicado en la calle Francisco de Goya con el fin de consolidar el muro existente superponiendo uno nuevo, ante el deterioro del muro actualmente existente y la pérdida de elementos y de verticalidad que este sufre.

Tal como establece el artículo 222 TRLCSP, los contratos se extinguen por cumplimiento o por resolución, entendiéndose cumplido el contrato, de acuerdo con lo establecido en el artículo 222 del TRLCSP, cuando el contratista *“haya realizado, de acuerdo con los términos del mismo y a satisfacción de la Administración, la totalidad de la prestación”*, de tal modo que si, llegado el plazo de finalización estipulado no se ha producido el cumplimiento de lo pactado, la posibilidad de resolución por incumplimiento queda abierta, con las

consecuencias desfavorables anudadas a la misma para el responsable de este. Es criterio consolidado en la contratación administrativa el considerar el plazo de ejecución como un elemento esencial, de tal manera que su incumplimiento acarrea la resolución del contrato salvo que se impongan penalidades. Como afirma el Dictamen del Consejo de Estado 1481/2006, de 11 de octubre:

“(...) en doctrina reiterada, el Consejo de Estado ha advertido que el simple vencimiento de los plazos sin que la prestación del contratista esté realizada implica ipso iure la calificación de incumplimiento, pues el contrato administrativo tiene como elemento característico ser un negocio en el que el tiempo constituye una condición esencial. Ello justifica, en contra de lo que alega la empresa, que la Administración haya acordado el inicio del expediente de resolución de forma casi inmediata”.

De acuerdo con el artículo 222.2 TRLCSP, la constatación del cumplimiento, en todo caso,

“... exigirá por parte de la Administración un acto formal y positivo de recepción o conformidad dentro del mes siguiente a la entrega o realización del objeto del contrato, o en el plazo que se determine en el pliego de cláusulas administrativas particulares por razón de sus características a la Intervención de la Administración correspondiente le será comunicado, cuando ello sea preceptivo, la fecha y lugar del acto, para su eventual asistencia en ejercicio de sus funciones de comprobación de la inversión (...)”.

En el caso objeto del dictamen, no cabe duda de que la construcción del muro constituye la obligación esencial de la parte contratista, y es evidente también su incumplimiento de una manera absoluta, puesto que ni tan siquiera se ha dado inicio a su construcción o se han realizado las mínimas actividades preparatorias

que manifiesten la voluntad de cumplir dicha obligación, de manera que su incumplimiento ha de llevar aparejada la resolución del contrato al amparo de lo establecido en el artículo 223.f) del TRLCSP.

En cualquier caso, la validez de la resolución que, en su caso, sea dictada, estará condicionada a su conclusión dentro del plazo máximo de tres meses para resolver, conforme a lo expuesto al tratar sobre la caducidad del procedimiento.

CUARTA.- Vista la procedencia de la resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista, debemos analizar seguidamente los efectos que se siguen de esta resolución.

En cuanto a los efectos de la resolución el artículo 225.3 del TRLCSP, establece lo siguiente:

“Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados. La indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda de la garantía incautada”.

Esta Comisión Jurídica Asesora, siguiendo la doctrina mayoritaria del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, viene insistiendo en la tesis de que del precepto transcrito no puede inferirse la incautación de la garantía como un efecto automático inherente a la resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista. Así, venimos incidiendo en el argumento de que, en la actualidad, el artículo 225.3 del TRLCSP (al igual que su precedente inmediato el artículo 208.4 de la LCSP), no contempla referencia alguna a la incautación automática de la garantía, sino que circunscribe las consecuencias de la resolución contractual por incumplimiento

culpable de la contratista a la obligación de indemnización de los daños y perjuicios ocasionados, de manera que si el importe de la fianza es superior al de los daños y perjuicios cuantificados, la incautación debe ser parcial, procediendo la devolución de la garantía en la suma restante.

Esta es la doctrina que aparece reflejada en la propuesta de resolución que se nos remite, que atiende a ese carácter no automático, como regla general, de la incautación de la garantía establecida. Sin embargo, en el contrato que examinamos concurre una particularidad, y es que la incautación de la garantía –a diferencia de los casos que han motivado la doctrina recién expuesta- está prevista expresamente en la cláusula 26 de los pliegos, al tratar sobre la resolución del contrato, expresa previsión que permite su aplicación automática.

Ello, sin perjuicio de que se incoe un procedimiento contradictorio para la determinación de los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento culpable, en el caso de que el importe de estos supere el de la garantía en su día formalizada.

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

CONCLUSIÓN

Procede acordar la resolución del contrato de obras de construcción de un muro de contención en la calle Francisco de Goya.

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 9 de febrero de 2017

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 64/17

Sr. Alcalde de Boadilla del Monte

C/ José Antonio, 42 – 28660 Boadilla del Monte