

Dictamen nº: **8/18**  
Consulta: **Alcalde de Pinto**  
Asunto: **Contratación Administrativa**  
Aprobación: **11.01.18**

**DICTAMEN** del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad en su sesión de 11 de enero de 2018, sobre la consulta formulada por el alcalde de Pinto 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 reforma del parque para deportes de ruedas y skate park”*.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Mediante oficio que tuvo entrada en la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid con fecha 1 de diciembre de 2017, el alcalde de Pinto solicitó la emisión del preceptivo dictamen sobre la resolución del contrato de *“Obras de reforma del parque para deportes de ruedas y skate park”* (en adelante, *“el contrato”*). En dicha fecha comenzó el cómputo del plazo de treinta días previsto para la emisión del dictamen en el artículo 23.1 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora, aprobado por el Decreto 5/2016, de 19 de enero, del Consejo de Gobierno (ROFCJA). El plazo resultó suspendido en virtud de la solicitud de ampliación de documentación formulada por esta Comisión Jurídica Asesora con fecha

4 de diciembre de 2017, y reanudado al recibirse la documentación solicitada con fecha 18 de diciembre de 2008.

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 11 de enero de 2018.

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

1. La Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Pinto, en sesión extraordinaria y urgente de 17 de noviembre de 2016, acordó aprobar el pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato (PCAP) y el pliego técnico para el procedimiento de contratación de las obras (PPT).

Su objeto, según su cláusula 1ª, residiría en la realización de obras correspondientes e incluidas en el *“proyecto de reforma de parque para deportes sobre ruedas en el parque Juan Carlos I del municipio de Pinto (Madrid)”* (en adelante, *“el proyecto”*). La necesidad a satisfacer residía, según el apartado 2 de la misma cláusula, en adaptar el parque a las condiciones idóneas de uso para seguir prestando el servicio, en consideración al tiempo transcurrido y la evolución de las actividades, la aparición de nuevas normativas, etc.

Dentro del régimen jurídico del contrato, la cláusula 2ª, que lo calificaba como administrativo y sometido al Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSPP) y la normativa reglamentaria que le sirve de desarrollo, preveía que las cuestiones litigiosas surgidas sobre la interpretación, modificación y resolución del contrato, así como sus efectos, fueran resueltas por el órgano de contratación sin perjuicio de la

posibilidad de impugnación de los correspondientes acuerdos en vía administrativa y judicial contencioso-administrativa.

El presupuesto de licitación del contrato era de 117.355,37 euros más I.V.A. (cláusula 4ª), estando previsto el inicio de su ejecución con el acta de comprobación del replanteo que se realizaría en un plazo no superior a 30 días desde la aprobación del Plan de Seguridad y Salud.

La cláusula 22ª preveía la posible imposición de una serie de penalidades en los casos de incumplimiento de las condiciones especiales de ejecución, cumplimiento defectuoso, incumplimiento de los criterios de adjudicación (compromisos asumidos por el adjudicatario en su oferta que hubieran tenido cierta incidencia en su puntuación) y demora.

Asimismo, la cláusula 30ª, dentro del capítulo dedicado a la extinción del contrato, contemplaba su resolución, además de por su cumplimiento, por alguna de las causas de los artículos 223 y 237 del TRLCSP y por las que concretamente se recogían, a saber: incumplimiento de las limitaciones sobre subcontratación, obstrucción a las facultades administrativas de dirección e inspección, no disponibilidad de la plantilla completa y de la totalidad de medios ofertados y abandono de las obras por el contratista.

Para el caso de la resolución por incumplimiento culpable del contratista, éste quedaba compelido a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados al Ayuntamiento de Pinto, haciéndose efectiva la indemnización sobre la garantía constituida sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista sobre el importe al que aquélla no alcanzara. La determinación de los daños y perjuicios inferidos se realizaría, en su caso, por el órgano de contratación en decisión motivada que se adoptaría previa audiencia del contratista, atendiendo, *entre otros factores*, al retraso que hubiera implicado para la

ejecución del contrato y a los mayores gastos que ocasionase a la Administración.

En materia de cumplimiento del contrato y recepción de las obras, el PCAP regulaba que aquél se entendiera cumplido por el contratista cuando, transcurrido el plazo de vigencia total del contrato, se hubiera realizado de acuerdo con los términos del mismo y a satisfacción de la Administración, la totalidad de su objeto, conformidad que habría de recogerse en un acta de recepción suscrito dentro del mes siguiente a la entrega. En cambio, si la prestación no reuniera las condiciones necesarias para proceder a su recepción, se darían instrucciones escritas para la subsanación de los defectos observados y el cumplimiento de las obligaciones en determinado plazo. El incumplimiento de estas instrucciones sin motivo justificado también estaba previsto como causa de posible resolución.

Por su parte, el PPT concretaba el objeto del contrato, señalando como obligación del adjudicatario acometer cuantos trabajos fueran necesarios para la ejecución completa de las obras, el suministro de todos materiales precisos y el empleo de los recursos humanos y maquinaria y herramientas necesarios (art. 1).

En su artículo 3, bajo la rúbrica de “*Antecedentes*”, se trataban con cierto detalle las necesidades a cubrir con la contratación, precisando que, con el objeto de seguir prestando el servicio, era necesario adaptarlo a las condiciones idóneas de uso planteando una actuación integral sobre el espacio que incluiría el rediseño de la instalación, la eliminación de elementos obsoletos o que no cumplieran las prescripciones; la adición de nuevos elementos que mejorasen el carácter lúdico, y la modernización tanto de los elementos como de su disposición y de los materiales empleados haciéndose extensivo el uso de la instalación a otros deportes de ruedas urbanos entre los que se citaban los roller, skate, Bmx o scooter. Tal adaptación se llevaría a cabo conforme al Proyecto ya aprobado con fecha 2 de noviembre de 2016,

que formaba parte del contrato y contenía la definición exacta y concreta de los trabajos a realizar con las aclaraciones y complementos recogidos en el propio PPT.

Dentro del régimen del desarrollo de la ejecución, el artículo 11 precisaba que el proyecto o documentación técnica se entendía completa y recogía todas las partidas a realizar, considerándose complementarios a tales efectos los planos, la memoria, el PPT y la normativa de obligado cumplimiento.

El plazo de ejecución se fijaba en ocho semanas sin perjuicio de su posible reducción en función de las ofertas presentadas por los licitadores.

2. La adjudicación, llevada a cabo por tramitación ordinaria y procedimiento abierto conforme a la cláusula 9ª del PCAP, fue resuelta por unanimidad en sesión extraordinaria y urgente de la Junta de Gobierno Local de 30 de diciembre de 2016 a favor de “PROFORMA EJECUCIÓN DE OBRAS Y RESTAURACIONES, S.L.”. El importe de la adjudicación era de 101.450 euros sin IVA (122.754,50€, IVA incluido), y el plazo para la ejecución de seis semanas a contar desde el acta de comprobación del replanteo.

El contrato administrativo fue formalizado por el concejal de Empleo y Recursos Humanos y el representante del adjudicatario con fecha 11 de enero de 2017.

3. El acta de comprobación del replanteo fue firmado el 3 de marzo de 2017.

Con fecha 13 de marzo siguiente, la contratista registró un escrito en el que exponía que, *“debido a las indefiniciones del proyecto (evacuación de pluviales de la plataforma a cota 0) y las nuevas unidades*

*no previstas inicialmente en el proyecto, cuyas características difieren de las previstas en el contrato (carga y transporte a vertedero, cimentación de muro de bloque del cerramiento y modificación de saneamiento), no puede ejecutar los trabajos conforme al plazo ofertado de 6 semanas, hasta que no se aprueben dichas modificaciones por la Dirección Facultativa".* Por dicha razón solicitaba una ampliación de 2 meses en el plazo para la ejecución de los trabajos, a partir de la definición y aprobación de las unidades no previstas en el Proyecto.

Los dos arquitectos superiores que habían redactado el Proyecto, en calidad de arquitectos directores de la obra y coordinadores de Seguridad y Salud, en informe sucinto sobre la ampliación de plazo suscrito con fecha 21 de marzo de 2017, objetaron:

*"Respecto a las indefiniciones de proyecto mencionadas por parte del adjudicatario (evacuación de pluviales de la plataforma a cota 0), la solución a la misma se facilitó durante la visita de obra del día 9 de marzo quedando pendiente replanteo in situ por parte del contratista de las pendientes resultantes para dar visto bueno a la ejecución de dicha solución. A fecha de hoy, no está realizado dicho replanteo.*

*Respecto a las nuevas unidades de obra no previstas en proyecto, la Dirección Facultativa está estudiando las mismas en conjunto con la empresa adjudicataria.*

*Visto lo anterior, entendemos que no procede la solicitud de ampliación de plazo, ya que ninguno de los motivos expuestos justifica la misma".*

Ese mismo día, el arquitecto jefe de servicio del Área Técnica-Departamento de Obras y Servicios Generales, en calidad de supervisor municipal de las obras, evacuó informe sobre la solicitud de ampliación de plazo oponiéndose a la misma a la vista de la respuesta dada por la

dirección facultativa y al entender que no estaban justificados ni los motivos para la prórroga ni los cálculos del plazo concreto solicitado.

Ya el 22 de marzo, el técnico jefe de Servicio de Contratación suscribió un informe jurídico en el que, sobre la base de lo previsto en los artículos 213 del TRLCSP y 100 del RLCAP en relación con lo señalado por el Tribunal de Cuentas de Cantabria en su informe 1113, resaltaba que la ampliación del plazo de ejecución tenía que ser solicitada por el contratista alegando las razones del retraso y el tiempo probable de su duración, *“extremo que adquiere especial relevancia cuando la reducción del plazo se empleó como criterio de adjudicación, como es el caso que nos ocupa”*. A su juicio, a la vista de los informes técnicos ya evacuados, no había causa para conceder la prolongación.

A la vista de estos antecedentes, y con cita expresa de los tres informes, la concejala de Hacienda y Patrimonio propuso la denegación de la solicitud de ampliación del plazo de ejecución *“al considerar que no existe causa para acceder a lo solicitado conforme consta en los informes emitidos por la Dirección Facultativa y el responsable del contrato”*.

En esa misma fecha, la Junta de Gobierno Local, en sesión de urgencia y como asunto fuera del orden del día, adoptó como acuerdo la propuesta de la concejala competente. Por parte de la secretaria accidental, se procedió a dar salida a la notificación de dicho Acuerdo a la contratista, que firmó el correspondiente acuse de recibo el 30 de marzo.

Por escrito de 6 de abril, la contratista formuló recurso de reposición frente al Acuerdo de la Junta de Gobierno anteriormente citado. Los motivos por los que se oponía al mismo residían, primeramente, en que, para la evacuación de pluviales, la Dirección Facultativa había dado unas instrucciones verbales sobre cómo solventar el problema, pero no las había ratificado por escrito como

exige el artículo 230 del TRLCSP ni las había plasmado en los planos ni en el libro de órdenes. Mientras que lo anterior no se llevara a cabo, no podía ejecutar los elementos apoyados sobre la plataforma de cota 0, como es el caso del quarter, el quarter-hip, el fly-box y la mejora ofertada. En cuanto a la existencia de unidades no definidas en el Proyecto, su definición competía a su juicio a la Dirección Facultativa, y entretanto no la llevara a cabo se producía una demora en la ejecución por causa no imputable a la contratista, ya que no podría desarrollarla conforme al ritmo previsto en el programa de trabajos y los rendimientos de los equipos y del personal no serían los mismos que si la obra estuviera completamente definida. Así, no podía ejecutar todavía los elementos que se apoyan sobre la cimentación (bowl y fly-box) y, al no tener definida definitivamente la acometida de bombeo, tampoco se podían ejecutar los trabajos del elemento del bowl.

El recurso de reposición fue informado en primer lugar por la Dirección Facultativa remitiéndose a lo ya expresado en su informe sobre la solicitud de ampliación de plazo. Asimismo, con respecto a la falta de constancia escrita de las órdenes según lo señalado por la contratista, refutaba que, debido a la inexistencia de personal de la empresa constructora en las obras desde el 13 de marzo y al hecho de no haberles facilitado los datos del replanteo solicitados para dar solución a la evacuación de pluviales a cota 0, era imposible ratificar por escrito la solución pertinente. Se remitía al respecto al acta n° 1 de 2 de marzo de 2017, a cuyo tenor se realizarían actas semanales de todas las visitas realizadas, que serían firmados por las partes en la siguiente visita programada. En cuanto a las unidades nuevas de obra, aclaraban que únicamente estaba pendiente de definición el punto de acometida eléctrica para el bombeo del saneamiento, pero no el resto de nuevas unidades de obra, que sí estaban definidas ya que el contratista había facilitado a la Dirección Facultativa su valoración.

Por su parte, el arquitecto jefe de servicio del Área Técnica- Departamento de Obras y Servicios Generales y supervisor municipal de las obras, con fecha 12 de abril se remitió al informe ya evacuado por la Dirección Facultativa, en el que a su juicio se daba respuesta a las cuestiones planteadas por la contratista. Asimismo apuntaba que la empresa no justificaba el plazo de la prórroga pretendida en relación con los trabajos a realizar, rendimientos justificados, datos del proyecto u otras definiciones técnicas, adoleciendo en dicho sentido del mismo defecto que la solicitud.

4. El 9 de mayo de 2017, la Dirección Facultativa emitió un informe sobre la situación de las obras, en el que se daba cuenta detallada de las distintas comunicaciones mantenidas con la empresa desde el inicio de la ejecución para solventar las incidencias que se iban produciendo. Tras exponer cuáles eran las unidades de obra no definidas en el proyecto que habían ido surgiendo a medida que avanzaba la ejecución, advertía que esas nuevas unidades no justificaban la paralización del proyecto, ya que se fueron estudiando y valorando junto con la empresa constructora desde el momento de su aparición. Al final de su informe daba cuenta de los capítulos del proyecto que la empresa podía haber comenzado a ejecutar.

Con fecha 19 de mayo, el arquitecto jefe de servicio del Área Técnica- Departamento de Obras y Servicios Generales y supervisor municipal de las obras emitió un informe en el que, tras explicar la problemática surgida con la empresa desde el inicio de la ejecución, se pronunciaba de modo favorable a la resolución del contrato una vez que se había superado el plazo para su ejecución sin que las obras hubieran sido realizadas en su totalidad y ante el evidente incumplimiento de sus compromisos por la empresa adjudicataria.

En la misma fecha, el técnico jefe del Servicio de Contratación emitió informe jurídico en el que se declaraba favorable a la incoación

del procedimiento de resolución del contrato por la causa de resolución prevista en el artículo 223.d) del TRLCSP, consistente en la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista, con incautación de la garantía definitiva.

Y la concejala de Hacienda y Patrimonio, también en la misma fecha, elevó una propuesta a la Junta de Gobierno Local en el mismo sentido señalado en el informe jurídico de anterior referencia.

Asimismo, la Intervención municipal, mediante informe de 23 de mayo, dictaminó a favor de la resolución del contrato y de que se impusiera a la contratista la obligación de indemnizar a la Administración.

**TERCERO.-** La Junta de Gobierno Local, en Acuerdo de 24 de mayo de 2017, dispuso la incoación del procedimiento de resolución del contrato conforme a lo señalado en el artículo 223.d) del TRLCSP. En el mismo acuerdo dispuso la incautación provisional de la garantía constituida y la audiencia a contratista y avalista.

La notificación del Acuerdo a la contratista se materializó con fecha 30 de mayo y, la correspondiente a la avalista, el 31 de mayo.

Por escrito de 2 de junio, la contratista solicitó la copia de ciertos informes y la ampliación del plazo para alegaciones. Los informes le fueron remitidos el 5 de junio.

Previo informe jurídico de la misma fecha, por Decreto de Alcaldía de 12 de junio, notificado en el día, se acordó otorgar la ampliación de plazo solicitada. Al día siguiente, la contratista formuló escrito de oposición a la resolución del contrato.

En el mismo ponía de manifiesto su oposición a la resolución promovida, exponiendo detalladamente los distintos capítulos de la obra y la forma en que la falta de instrucciones por parte de la Dirección

Facultativa y el advenimiento de nuevas unidades de obra habían impedido la ejecución del contrato.

Con fecha 14 de junio, la Junta de Gobierno Local ratificó el decreto del alcalde sobre ampliación del plazo para alegaciones.

Seguidamente, se solicitó dictamen a esta Comisión Jurídica Asesora que, en el Dictamen de su Sección 327/17, de 3 de agosto, acordó la retroacción del procedimiento de resolución del contrato a efectos de que se ratificara el informe de la Intervención y se dictara propuesta de resolución.

Realizados los trámites solicitados, con fecha 4 de octubre tuvo nueva entrada en la Comisión Jurídica Asesora la solicitud de dictamen. El Pleno, por medio del Dictamen 410/17, de 11 de octubre, informó en el sentido de haber caducado el procedimiento de resolución del contrato.

**CUARTO.-** Recibido en el Ayuntamiento de Pinto nuestro Dictamen 410/17, por parte del jefe del Servicio de Contratación se emitió informe en el que se proponía la declaración de caducidad del procedimiento anteriormente incoado y la incoación de un nuevo procedimiento tendente a la resolución del contrato y a la incautación provisional de la garantía en orden a la determinación de los daños y perjuicios irrogados al Ayuntamiento de Pinto.

En correspondencia con dicha propuesta, por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 18 de octubre de 2017, adoptado en sesión ordinaria fuera del orden del día con carácter de urgencia, se declaró la caducidad del procedimiento de resolución del contrato incoado con fecha 24 de mayo de 2017 al haber transcurrido más de tres meses sin haber notificado la resolución del procedimiento.

En el mismo Acuerdo se adoptaron con la misma unanimidad los siguientes aspectos:

*“Tercero.- Incoar expediente para la resolución del contrato de obras de reforma del parque para deportes de ruedas y skate-park, adjudicado por la Junta de Gobierno Local en su sesión de fecha 30 de diciembre de 2016, a [la contratista], por un importe de 122.754,50 € (IVA incluido), al haber incumplido el plazo de ejecución de seis semanas recogido en la oferta presentada.*

*Cuarto.- Incorporar al nuevo expediente de resolución del contrato los siguientes informes que constaban en el procedimiento caducado:*

*- Informe de la Dirección Facultativa sobre el estado de las obras de fecha 9 de mayo de 2017.*

*- Informe del técnico municipal sobre resolución del contrato de fecha 19 de mayo de 2017.*

*- Informe jurídico de fecha 19 de mayo de 2017.*

*Quinto.- Dar audiencia al contratista por plazo de diez días naturales para que pueda alegar y presentar los documentos y justificaciones que estime pertinentes, formulando en su caso oposición a la resolución del contrato.*

*Sexto.- Incautar provisionalmente, la garantía prestada por importe de 5.072,59 euros a resultas del procedimiento contradictorio a fin de determinar el montante de los daños y perjuicios irrogados al Ayuntamiento de Pinto.*

*Séptimo.- Dar audiencia al Banco Popular como avalista del contratista.*

*Octavo.- Remitir el expediente tramitado a la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid en el supuesto de que se formule oposición por parte del contratista.*

*Noveno.- Suspender, en su caso, el plazo máximo para resolver el procedimiento y notificar la resolución de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22. 1 .d) de la LPAC, por el tiempo que medie entre lo petición del dictamen a la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid y la recepción del mismo. Tanto la petición como la recepción del informe se comunicarán a los interesados”.*

En el mismo día de la incoación, se suscribió informe por parte de la Intervención, en el que se manifestaba en términos favorables a la resolución del contrato y a la imposición de la indemnización de daños y perjuicios a la contratista.

Se han incorporado al procedimiento un informe técnico relativo al desarrollo de las obras emitido con fecha 9 de mayo de 2017 por los arquitectos redactores del proyecto, directores de la obra y coordinadores de Seguridad y Salud; un segundo informe sobre la ejecución de las obras de fecha 19 de mayo de 2017 emitido por el arquitecto jefe del Servicio del Área Técnica, y otro informe jurídico de la misma fecha suscrito por el jefe del Servicio de Contratación.

El Acuerdo de referencia fue notificado por correo ordinario a la contratista con fecha 23 de octubre y a la avalista el día 24 de octubre.

Por escrito presentado el 27 de octubre de 2017, el representante de la contratista solicitó que se le diera traslado de los informes técnicos en los que se basaba el acuerdo de incoación, mencionando cada uno de ellos por su fecha y persona que lo había emitido, solicitando entretanto la ampliación en cinco días del plazo de alegaciones.

El contratista, por escrito presentado el 31 de octubre, alegó haber realizado obras por valor de 718.852,17 euros desde la fecha del acta de replanteo, protestando por la falta de pago de dicha cantidad en contravención con la prohibición de pago aplazado establecida en el artículo 127 de la LCSP, precepto que haría nula a su juicio la cláusula del PCAP en cuya virtud el precio se abonaría a la finalización de la obra.

En cuanto a los conceptos ejecutados, serían todos los correspondientes al capítulo 1 o Actuaciones Previas, salvo el devastado que fue ofertado como mejora y estaría pendiente de la definición de la evacuación de las aguas pluviales. En cuanto al capítulo 4 de Albañilería, a diferencia de lo expresado en los informes técnicos, no puede llevarse a cabo por parte de la contratista a la espera de que la Dirección Facultativa establezca la definición de las pendientes.

Precisamente en lo relativo a la definición de las pendientes, llamaba la atención sobre las contradicciones de la Dirección Facultativa en sus informes sobre el particular y sobre la necesidad de que, junto a las instrucciones verbales en que se ampara la Administración, se faciliten los planos con las pendientes definidas, sin los cuales no es posible la ejecución de esta parte de la obra. Recordaba que, en este punto, los PCAP imponían la forma escrita para aquellas órdenes o instrucciones que supongan la aclaración, interpretación o modificación de preceptos de los pliegos de condiciones o de las indicaciones de los planos o croquis.

En cuanto al capítulo 2 relativo a la excavación y vaciado a máquina de todo tipo de terrenos, significaba haber realizado el vaciado del bowl, toda vez que las unidades correspondientes al saneamiento de la plataforma no están definidas según reconoce la Dirección Facultativa.

Las unidades del capítulo 5 tampoco pueden ser ejecutadas hasta que los elementos del quarter+hip, fly box, módulo, quarter y bowls estén completamente terminados. La misma limitación se produciría en cuanto a las unidades del capítulo 6 y de la cerrajería, que están pendientes de la resolución de problemas que los condicionan. Resultaría así que las únicas obras que podían ser realizadas completamente, que son las del Capítulo 1, serían las ejecutadas en su totalidad por la empresa.

El escrito también objetaba las manifestaciones del responsable del contrato en cuanto al abandono de la obra, negando que el día 8 de marzo no hubiera nadie en la misma, siendo la causa que no hubiera personal el que la visita se efectuara a la hora de la comida, y se explicaría que en otros días no se hubiera encontrado personal si las visitas se hubieran repetido a la misma hora. Lo mismo en cuanto a la toma de decisiones unilaterales por la contratista, puesto que las casetas se ubicaron en una zona en que no interferían el paso peatonal ante la indefinición al respecto del proyecto y los accesos a la obra eran materia confiada al contratista por los pliegos. Y, en lo referente a la supuesta falta de comunicación con la Administración, advertía contradecir tal afirmación el hecho de haber presentado sendos escritos solicitando la ampliación del plazo de ejecución y la paralización de la obra.

Consideraba que en definitiva la Administración no había cumplido con su deber de definir la obra mientras que por su parte se habían acometido todas las obras que eran susceptibles de ejecución. Concluía solicitando la anulación de la cláusula 26.1 del PCAP y que, en vez de resolver el contrato, se procediera a aprobar y abonarle la certificación número 1 y a definir las unidades pendientes y a aprobar los precios contradictorios una vez que aquéllas fueran medidas.

Los arquitectos directores de la obra respondieron a estas alegaciones mediante un escrito sucinto, fechado el 7 de noviembre, en el que se remitían a lo expresado en sus informes de 21 de marzo, 10 de abril, 9 y 29 de mayo y 12 de septiembre de 2017, que adjuntaban al mismo

Mediante nuevo informe de 9 de noviembre, la interventora general del Ayuntamiento de Pinto vino a ratificarse en el emitido con fecha 18 de octubre.

La concejala delegado de Hacienda y Patrimonio ha emitido propuesta de resolución de fecha 9 de noviembre de 2017 en la que, con remisión al informe de los arquitectos directores de la obra, sugiere a la Junta de Gobierno Local la desestimación de las alegaciones de la contratista, la resolución del contrato por incumplimiento del plazo de ejecución y la incoación de expediente contradictorio con vistas a la valoración de los daños y perjuicios causados al Ayuntamiento de Pinto a consecuencia de dicho incumplimiento.

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.c) 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 Acuerdo de la Junta de Gobierno de 30 de diciembre de 2016, por lo que resulta de aplicación el TRLCSP en cuanto que 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 aplicación de la disposición adicional segunda del TRLCSP.

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 (en el caso, el 18 de octubre de 2017), 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. Asimismo, el artículo 109 del RGCAP 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, que ha formulado las alegaciones que ha tenido por conveniente, y de la avalista, que no ha presentado escrito no obstante ser notificada de la incoación del procedimiento en fecha 24 de octubre según está acreditado en el expediente administrativo.

Por tratarse de una resolución contractual por demora del contratista en el cumplimiento de los plazos contractuales al amparo de lo dispuesto en el artículo 212 del TRLCSP no se ha recabado el informe del secretario municipal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 213 del TRLCSP antes transcrito.

Sí consta en el expediente remitido a esta Comisión Jurídica Asesora el informe preceptivo de la interventora municipal, que con fecha 9 de noviembre de 2017 ha ratificado el emitido en el mismo día del acuerdo de incoación.

También se ha incorporado al expediente administrativo una propuesta de resolución emitida por la concejala delegada de Hacienda y Patrimonio con fecha 9 de noviembre de 2017 en el sentido de desestimar las alegaciones formuladas por la contratista y resolver el contrato por el retraso en su ejecución por remisión a lo señalado en los informes técnicos incorporados al procedimiento.

No obstante, conviene advertir que, según hemos manifestado, entre otras ocasiones, en el Dictamen 191/16, de 9 de junio, la propuesta de resolución ha de 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. Además, se ha de recordar la necesidad de motivar los actos administrativos que limiten derechos subjetivos o intereses legítimos -artículo 35.1.a) de la LPAC-, lo que hace conveniente incluir en la resolución que en su día sea dictada (se supone que también en su propuesta) para culminar el procedimiento toda la fundamentación fáctica y jurídica de la misma, evitando abusar innecesariamente de la motivación *in aliunde* que, en cualquier caso, *stricto sensu* requeriría de la cita de aquellos documentos que le sirvan de sostén.

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. La contratista se ha opuesto a la resolución del contrato al considerar que no existe causa para la misma, lo que hace necesario el dictamen de este órgano preceptivo.

En relación con el plazo para resolver, en los procedimientos de resolución de contratos iniciados de oficio, el incumplimiento del plazo 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 18 de octubre de 2017, el procedimiento no está caducado a la hora de aprobar este dictamen.

Consta asimismo que la Administración que recaba el dictamen ha hecho uso de la facultad de suspender el procedimiento al solicitar el dictamen de este órgano consultivo de conformidad con el artículo 22.1 d) de la LPAC, que 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”.*

En cualquier caso, hay que recordar que, 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 cuya solicitud justifica la suspensión, requisito a cuya efectivo cumplimiento queda condicionada la efectividad de la pretendida suspensión de plazo.

**TERCERA.-** Según hemos señalado –entre otras muchas ocasiones– en el Dictamen 527/17, de 21 de diciembre, la resolución contractual se configura, dentro del ámbito de las denominadas prerrogativas de la Administración previstas en el artículo 210 del TRLCSP, como anteriormente lo hacía la legislación de contratos de la Administración y del Sector Público, como una facultad exorbitante de la misma. No obstante, su ejercicio no se produce de una manera automática, sino que constituye una medida drástica que sólo se justifica en presencia de graves incumplimientos que puedan lesionar el interés general, de ahí los pronunciamientos de la jurisprudencia advirtiendo de la necesidad de distinguir entre incumplimientos generadores de la posibilidad de ejercitar el derecho a la extinción del contrato de aquellos otros que no la conllevan (por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2000).

Asimismo, la jurisprudencia ha venido recordando la necesidad de que las relaciones contractuales estén presididas por la equidad y la buena fe, de tal modo que las facultades exorbitantes de la Administración sean ejercitadas de acuerdo con dichos principios, que aún recogidos en la legislación jurídico privada (artículo 1258 del Código

Civil) son perfectamente extrapolables al ámbito público. Así, el Tribunal Supremo en sentencia de 6 de abril de 1987, manifestaba:

*“... si bien el artículo 65 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales faculta a éstas para declarar la resolución del contrato cuando el contratista incumple las obligaciones que le incumben, la jurisprudencia ha tenido que armonizar en ocasiones dicha facultad con el principio de buena fe y la equidad, evitando las situaciones de abuso de derecho o privilegio de la Administración, ponderando a efectos de esa facultad resolutoria el grado de infracción de las condiciones estipuladas y la intención del administrado contratista -Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 1983 y 4 de mayo de 1981”.*

Desde esta óptica ha de ser analizada la resolución propuesta, de tal forma que a efectos de fundar una posible resolución, el incumplimiento de obligaciones ha de ser de tal calado que impida la realización del objeto contractual y siempre con estricto cumplimiento de los principios de equidad y buena fe.

**CUARTA.-** A tenor de la documentación incluida en el expediente administrativo, la iniciativa de resolución del contrato se fundamenta en el artículo 223 d) del TRLCSP, que incorpora entre las posibles causas de resolución de los contratos del sector público, la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista.

En el caso analizado, la ejecución del contrato se inició el 4 de marzo de 2017, puesto que el acta de comprobación del replanteo se firmó el día 3 de marzo de dicho año, y en el contrato administrativo formalizado por el concejal de Empleo y Recursos Humanos del Ayuntamiento de Pinto y el representante del adjudicatario con fecha 11 de enero de 2017 se estableció un plazo para la ejecución de seis

semanas a contar desde el acta de comprobación del replanteo en virtud de la mejora presentada en dicho sentido por la empresa adjudicataria.

Sin embargo, con fecha 13 de marzo de 2017, la contratista presentó un escrito en el que solicitaba la ampliación del plazo de ejecución de la obra en virtud de ciertas indefiniciones del proyecto que, a su juicio, imposibilitaban continuar la ejecución del resto de la obra todavía no ejecutada.

Conforme a lo que se ha expuesto en los antecedentes de hecho del dictamen, se observa que la solicitud de ampliación formulada por la empresa fue rechazada por la Administración conforme a lo señalado en los informes técnicos que en su momento fueron recabados, habiendo dejado la contratista de ejecutar el resto de obra que quedaba por realizar no obstante el rechazo por la Administración de su solicitud de ampliación del plazo.

Al respecto, debe indicarse, en primer lugar, que, como ya dijéramos en nuestros dictámenes 516/16, de 17 de noviembre; 162/17, de 20 de abril, y 272/17, de 29 de junio con cita de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 6 de junio de 2016 (R. 19/2015), la ejecución de los contratos debe estar presidida por *“el carácter vinculante de los Pliegos que rigen la adjudicación de los contratos y que constituyen la contractus lex”*. En dicho sentido, el artículo 145.1 del TRLCSP dispone que las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna.

La contratista basa el retraso en la ejecución, en primer lugar, en ciertas indefiniciones del proyecto en cuanto a la evacuación de pluviales de cota 0 que, sin embargo, y según los informes aportados por la Dirección Facultativa, fueron aclarados en la visita de obra que tuvo

lugar el 9 de marzo de 2017. En este punto, la excusa de la contratista de no realizarlas por no haber sido ratificadas por escrito, no parece sino una argucia para dejar de cumplir el contrato y, además, y según los mismos informes técnicos, la concreción escrita de las órdenes no se ha podido realizar al no existir personal en la obra, aspecto este último que acepta tácitamente la contratista aunque se excusa en las horas en las que la Administración acude a la misma, así como por la falta de comunicación por la contratista de los datos del replanteo.

Por lo que se refiere a las nuevas unidades de obra, éstas, según el informe de la Dirección Facultativa de 10 de abril de 2017 incorporado al procedimiento, serían únicamente la acometida eléctrica para el bombeo del saneamiento, estando definidas el resto al haberse facilitado por el contratista su valoración.

Del expediente resulta que es indudable la existencia de demora en la ejecución del contrato, y por tanto, que la Administración tiene derecho –de conformidad con el artículo 212 del TRLCSP- a optar indistintamente entre la resolución del contrato o la imposición de penalidades, y la Administración ha optado por resolverlo al ser la solución menos gravosa al interés público.

Como señalábamos en nuestros dictámenes 59/17, de 9 de febrero y 272/17, de 29 de junio, haciéndonos eco del criterio del Consejo Consultivo (dictámenes 532/09, de 9 de diciembre y 14/13, de 16 de enero), la ejecución de la obra en el plazo convenido es una obligación capital del contrato administrativo debido al interés público que revisten los plazos (Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 1987 (recurso 1334/1985), si bien, para determinar la resolución del contrato debe concurrir la culpa del contratista como se desprende del artículo 212.2 TRLCSP (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2007 (recurso 10262/2004) y afectar a la prestación principal del contrato exteriorizándose a través de una inobservancia total o esencial

de dicha prestación (sentencias del Tribunal Supremo de 14 de junio de 2002 (recurso 3898/1997) y 14 de diciembre de 2001 (recurso 8177/1997)).

Con base en todo lo anterior, consideramos procedente la resolución del contrato por haber incurrido la contratista en demora en el cumplimiento de los plazos, que es la causa prevista en el artículo 223 d) del TRLCSP.

**QUINTA.-** Por último ha de hacerse una referencia a la incautación de la garantía definitiva, toda vez que el artículo 225.4 del TRLCSP establece que el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso sobre la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía.

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 del de la garantía incautada”.*

Como hemos recogido en anteriores dictámenes de esta Comisión Jurídica Asesora, siguiendo la doctrina mayoritaria del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, 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. En este punto cabe recordar que el artículo 114.4 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas y posteriormente el artículo 113.4 del Texto Refundido, aprobado por Real Decreto legislativo, 2/2000, de 16 de junio, determinaban, para los

casos de resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista, la incautación automática de la garantía debiendo además indemnizarse los daños y perjuicios producidos a la Administración en lo que excedieran de su importe. Con base en dicha regulación se venía admitiendo una doble naturaleza de la garantía, por una parte, como una especie de pena convencional que se aplicaba automáticamente con independencia de los daños y perjuicios causados a la Administración, y de otra, como indemnización de los daños y perjuicios causados, lo que exigía una cuantificación de los perjuicios causados de manera que si el cálculo era superior a la garantía incautada, la Administración reclamaba al contratista el importe que excediera de la garantía constituida. Frente a ese automatismo en la incautación de la garantía, la jurisprudencia y el Consejo de Estado, fueron modulando su aplicación e incluso excluyéndola en determinados casos a la vista, por ejemplo, del comportamiento de las partes en la vida contractual.

En la actualidad, el citado artículo 225.3 del TRLCSP (al igual que su precedente inmediato el artículo 208.4 de la LCSP) y diferencia que lo que prevé el artículo 213.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público 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.

Manifestada, pues la postura mayoritaria contraria a la incautación automática de la garantía, debe señalarse que la Administración no ha llevado a cabo ninguna valoración de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento imputable al contratista sino que expresamente

remite esa determinación a un procedimiento posterior. Por ello, la Administración contratante deberá tramitar un procedimiento contradictorio con audiencia del contratista para valorar económicamente los daños y perjuicios irrogados como consecuencia del incumplimiento.

Ahora bien, no se debe olvidar que el artículo 225.4 del TRLCSP establece que *“en todo caso el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que, en su caso, hubiese sido constituida”*, previsión que conjuga mal con la brevedad de los plazos a que viene sometida la tramitación del procedimiento resolutorio y la sanción de caducidad que lleva aparejada la superación de esos plazos.

De esta forma, entendemos procedente acordar la resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista sin pérdida de la garantía constituida y que se incoe un procedimiento contradictorio para la determinación de los daños y perjuicios, reteniéndose mientras tanto el importe de la garantía, como medida cautelar.

En mérito a cuanto antecede, la Comisión Jurídica Asesora formula la siguiente

## **CONCLUSIÓN**

Procede la resolución del contrato de *Obras de reforma del parque para deportes de ruedas y skate park*”, al amparo de lo establecido en el artículo 223.d) del TRLCSP.

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 11 de enero de 2018

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 8/18

Sr. Alcalde de Pinto

Pza. de la Constitución, 1 – 28320 Pinto