

Dictamen nº: **312/21**
Consulta: **Alcalde de Navalcarnero**
Asunto: **Contratación Pública**
Aprobación: **29.06.21**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 29 de junio de 2021, emitido ante la consulta formulada por el Alcalde de Navalcarnero a través del consejero de Vivienda y Administración Local, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en relación con el expediente sobre resolución del contrato para el suministro de un Paso de Semana Santa denominado “La Santa Cena”, formalizado entre el Ayuntamiento de Navalcarnero y D., con fecha 15 de marzo de 2007.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 25 de mayo de 2021 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen preceptivo procedente de la Consejería de Vivienda y Administración Local.

A dicho expediente se le asignó el número 264/21, 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 (en adelante, ROFCJA).

La ponencia ha correspondido, por reparto de asuntos, a la letrada vocal Dña. Carmen Cabañas Poveda, 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 29 de junio de 2021.

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

Con fecha 22 de febrero de 2007 por acuerdo de la Junta de Gobierno Local, a propuesta del alcalde, se aprobó convocar procedimiento negociado sin publicidad para la adquisición mediante “*procedimiento especial del suministro*”-sic- de un paso de Semana Santa.

Fue aprobado un gasto de 332.473,88 €, IVA incluido del 7%, el pliego de condiciones y la convocatoria de la licitación por el tipo de tal cantidad, acordándose también invitar a un artista concreto, para proponerle la ejecución de la citada obra, para que en el plazo de quince días naturales presentara su oferta

En el Pliego de cláusulas administrativas particulares, y de prescripciones técnicas, en adelante PCAP y PPT, se determinaba que constituía el objeto del contrato –cláusula 1ª- la adquisición del paso de Semana Santa denominado “La Santa Cena”, cuya descripción se adjuntaba al pliego y detallaba en el anexo I, mediante contrato administrativo especial de suministro y por procedimiento negociado sin publicidad, al no ser posible la concurrencia de ofertas por la propia naturaleza del contrato y la especificidad del mismo, con sustento en las previsiones de los artículos 5.2.b), 8, 73.4, 92 y 182.c) del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP).

El presupuesto del contrato que serviría de base en la licitación se estableció en 332.473,88€ I.V.A. incluido, que incluía los gastos de entrega y transporte, quedando excluida la revisión de precios -cláusula 2ª-.

Según la cláusula 5ª del pliego, el 50% del precio del contrato, correspondiente al proyecto de ejecución de la obra escultórica se efectuaría una vez aprobado el mismo -presentados los bocetos en papel y la memoria descriptiva del desarrollo de la obra-, contra factura. El 50% restante, se abonaría tras la recepción definitiva de la obra escultórica, con apoyo en los informes técnicos oportunos y, una vez efectuada la aprobación de la factura correspondiente por el órgano de contratación.

La cláusula 6 establecía el plazo máximo de entrega de la obra a 30 meses desde la firma del contrato, debiendo levantar acta formal de recepción el funcionario competente. En cuanto a posibles retrasos, se contempla que cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiera incurrido en mora respecto del cumplimiento del plazo total o de los plazos parciales -mora que no precisaría de la intimación previa de la administración-, esta podrá optar indistintamente por la resolución del contrato o por la imposición de las sanciones que se contemplan en el artículo 95 del TRLCAP. Además de lo indicado, el incumplimiento del plazo, determinaría la imposición al contratista de los daños y perjuicios imputables, ex. artículo 97 TRLCAP.

Además, esa misma cláusula dispone: *“Cuando los bienes objeto del contrato no estén en condiciones de ser recibidos, se hará constar así en el Acta y el técnico del Ayuntamiento, señalará los defectos detectados, detallará las instrucciones precisas y fijará un plazo para corregirlos. Subsanaos los defectos o simplemente transcurrido el plazo señalado al efecto, se levantará Acta de Conformidad o, en su defecto, se concederá*

un nuevo plazo para llevar a cabo las correcciones oportunas o se declarará resuelto el contrato”.

Por sus peculiaridades, en la cláusula 7^a, se eximió de la obligación de constituir garantías al contratista -la provisional y la definitiva-, aunque se indicaba expresamente que el contratista respondería por los defectos o vicios ocultos y procedería a su saneamiento.

Las cláusulas 8 a 11, describían el procedimiento de licitación y adjudicación y formalización y, la número 12, indicaba expresamente: *“El incumplimiento, por parte del adjudicatario de cualquiera de las cláusulas que se estipulan en el presente pliego de condiciones, será motivo suficiente para la rescisión del contrato, perdiendo todos sus derechos”.*

Sobre resolución del contrato, la cláusula 15 remite a las causas de los artículos 111 y 149 del TRLCAP.

En materia de régimen jurídico, la cláusula 16, disponía que, en defecto de sus propias previsiones, el contrato se regiría por el TRLCAP, por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RLCAP), por la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LRBRL) y por el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local (TRRL).

En el expediente consta la documentación administrativa general aportada por el licitador, el único ofertante invitado en el procedimiento negociado y la correspondiente proposición económica, incluida en el sobre de la oferta del artista y firmada por él, por importe de 310.723,26 € sin impuestos, con una propuesta sobre el modo de pago (a la firma el 10%, a los dos meses y con la maqueta otro 20%, a los diez nuevamente otro 20%, a los 16 meses otro 15 %, como a los 22 meses y, al finalizar

los 30 meses, el 20 % final) y el ofrecimiento para hacer el diseño y realización de la carroza del grupo escultórico, mediante presupuesto adicional.

Previa tramitación del expediente contractual, mediante acuerdo de la Junta de Gobierno local de 8 de marzo de 2007 -documento 12 del expediente-, se adjudicó el contrato al artista invitado, por el precio de 310.723,26 euros (IVA no incluido, con aplicación del tipo impositivo 7%).

El contrato administrativo fue suscrito el 15 de marzo de 2007 - documento 14 del expediente-.

Consta en su cláusula 3ª la forma de pago del precio establecido, de acuerdo con el PCAP: la mitad con el proyecto y el resto al finalizar la obra, tras el acta de recepción y la aprobación de la factura correspondiente, por el órgano de contratación. La 4ª fija el plazo de entrega máximo de 30 meses, previendo que *“cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiera incurrido en mora respecto al cumplimiento del plazo total o los plazos parciales, la Administración podrá optar indistintamente por la resolución del contrato o por la imposición de las sanciones que se contemplan en el art. 95 del TRLCAP. La constitución en mora del contratista no precisará la intimación previa por parte de la Administración; así como que “el incumplimiento de tal plazo será sancionado, a tenor de lo establecido en el citado artículo, con independencia de los daños y perjuicios que le sean imputables, según lo dispuesto en el art. 97 TRLCAP”.*

Y la cláusula 5ª contempla la resolución: *“En caso de incumplimiento por parte del adjudicatario de cualquiera de las cláusulas estipuladas en el Pliego de Condiciones, será motivo suficiente para la rescisión del contrato, perdiendo todos sus derechos. El contrato podrá extinguirse por*

alguna de las causas resolutorias anunciadas en los arts. 111 y 149 del RDL 2/2000”.

El contratista giró al Ayuntamiento una factura de fecha 7 de agosto de 2007, correspondiente al 50% del precio de la obra, por importe de 155.361,63 € más 10.875,31 € de IVA, sumando 166.236,94 €, correspondiente al 50% del importe total de la obra, que fue aprobada en Junta de Gobierno Local de 22 de agosto de 2007 y que se pagó, practicada la retención de IRPF, mediante decreto 32/0807 de 24 de agosto de 2007, en ese mismo día. El importe bruto satisfecho fue de 166.236,94 €.

Consta documento de 29 de octubre de 2009, que lleva por título *«Memoria de modificación y mejora de las características técnicas del presupuesto del paso de Semana Santa denominado “La Santa Cena”, solicitado por el Exmo. Ayuntamiento de Navalcarnero»*. En el mismo se indica que, tras diversas reuniones con el ayuntamiento y con el propósito de dar más solidez y prestancia a la obra se ha decidido que toda ella se elaborase en madera de tilo, determinando un incremento del precio de la obra, en 56.300€, IVA no incluido. El documento, sin embargo, aparece sin firmar.

En el expediente figura un documento sin registrar que indica ser un acta de recepción del paso de Semana Santa denominado “La Santa Cena” con fecha 22 de enero de 2014, suscrita por el alcalde, el oficial de 1ª y el contratista, en la que se recoge: *“Tras haber procedido al reconocimiento, sin apreciarse ningún defecto, se acuerda dar por recibido el suministro”*.

El escultor emitió la factura el 20 de enero de 2014, dos días antes de la supuesta recepción de la obra, por el concepto de segundo pago de paso de Semana Santa “La Santa Cena”, con importe 155.361,63 €, que se incrementaba con el 21% de IVA y del que se deducía con una

retención de IRPF que aplicaba igual porcentaje del 21%, reflejando una cantidad líquida de 155.361,63 €.

Tal factura fue aprobada mediante decreto del alcalde-presidente nº 157/2014, con fecha 7 de febrero de 2014, si bien recogía un importe bruto elevado hasta 187.987,57 €. De ella se hicieron varios pagos a cuenta: 72.625,94 €, cuya obligación fue reconocida por decreto de 7 de febrero de 2014, con informe de reparo, siendo realizado el pago el 11 de febrero siguiente; 33.000 €, reconocida la obligación por decreto de 14 de abril de 2014, con informe de reparo, cuyo pago se produjo el 16 de abril siguiente; y 40.000 €, cuyo pago se ordenó por decreto de 17 de diciembre de 2014 y se hizo efectivo el mismo día. Tales pagos a cuenta sumaron la cifra bruta de 145.625,94 €.

Según lo expuesto, la suma total satisfecha por el ayuntamiento al contratista asciende a 311.862,88 €, IVA incluido.

Consta en el expediente un documento con fecha 20 de enero de 2015 suscrito por el alcalde y dirigido nominalmente al contratista, aunque en el mismo no consta ni dirección ni registro de salida, en el que se expresaba que un año antes, el 22 de enero de 2014 se había firmado acta de recepción del paso de Semana Santa sin que pareciera apreciarse ningún defecto y que *“posteriormente y, a medida que va pasando el tiempo se han observado diferentes defectos, tanto de policromía, como en algunos casos de madera”*, y se le comunicaba que podía pasar a retirar de los almacenes la escultura citada para que procediera a su total restauración.

Asimismo, consta en el expediente un documento fechado a 12 de febrero de 2015, sin registrar, firmado por el artista en el que decía retirar de las dependencias municipales la escultura del paso de Semana Santa *“una vez que ha constatado que en la misma se aprecian diferentes desperfectos, entendiéndolo que éstos no se deberían haber producido”* y

que una vez corregidas las anomalías la escultura sería devuelta al ayuntamiento.

Con fecha de entrada en el registro municipal 29 de enero de 2016 existe una instancia suscrita por el contratista, en la que se indica: *“La obra se encuentra en 70% aunque queda lo más delicado y de más tiempo. Creo que la obra se podrá entregar en el período aproximadamente de 3 años”*.

En el expediente obra una visita al taller del artista realizada también el 29 de enero de 2016 por el concejal de Hacienda y tres empleados del ayuntamiento, en la que se observaba una maqueta realizada en plastilina de la obra y una obra grande realizada en madera en la que había 9 figuras sentadas en una mesa, describiendo el autor que faltaba por terminar las 9 tallas, realizar las 4 restantes, aplicar el estuco y luego la policromía- documento 27-.

A solicitud de la Cámara de Cuentas, la secretaria del Ayuntamiento hizo constar el 24 de junio de 2016 que en el inventario General de los Bienes y Derechos de la Corporación no figura reflejado el paso de Semana Santa “La Santa Cena”.

Con fecha 27 de abril de 2017, por aprobación del Consejo de la Cámara de Cuentas, se emite informe definitivo de fiscalización del Ayuntamiento de Navalcarnero, empresas y entidades dependientes ejercicios 2007 y 2008, detectando incidencias e irregularidades manifiestas en los gastos de inversión con obligaciones reconocidas netas imputadas a capítulo VI, entre otras, en el caso del suministro de un paso denominado “La Santa Cena”. De ese modo, se indicaba: *«En el capítulo VI del presupuesto de gastos del Ayuntamiento se ha contabilizado como inversión una cuantía de 354.225 euros, de los que 166.237 euros se han registrado en 2007 y 187.988 euros en 2014. Dicho gasto corresponde al suministro de un paso denominado “La Santa Cena” habiéndose suscrito el 15 de marzo de 2007 un contrato administrativo en*

el que se fijaba como precio del contrato 310.723 euros (sin IVA), que habría de abonarse el 50% una vez aprobado el proyecto de ejecución de la obra escultórica y el 50 por ciento restante, tras la recepción definitiva de la misma y mediante los informes técnicos oportunos y la aprobación de la factura correspondiente por el órgano de contratación, fijándose un plazo de entrega máximo de 30 meses desde la firma del contrato». Adicionalmente, se pusieron de manifiesto las siguientes irregularidades:

- El adjudicatario ha incumplido el plazo que se fijaba en el contrato al haber entregado la obra en enero de 2014, 50 meses después de lo acordado (30 meses como máximo), sin que conste que el Ayuntamiento haya instado al contratista al cumplimiento de dicho plazo y sin que se haya procedido, ni a la resolución del contrato ni a la imposición de las sanciones que se contemplan en el artículo 212 del TRLCAP.

- El Ayuntamiento ha pagado la casi totalidad del importe fijado en el contrato de suministro, habiendo abonado hasta la fecha de realización de este informe un total de 311.863 euros quedando pendiente 42.362 euros, de los que 20.611 euros son la cuantía restante hasta el importe de adjudicación y el resto (21.751 euros) la diferencia por aplicación de IVA superior, a pesar de que el contrato no se ha cumplido de acuerdo con los términos del mismo y a satisfacción de la Administración. De modo que en enero de 2014 se levantó un acta de recepción en la que intervinieron el alcalde-presidente, el oficial 1^a (fontanero) y el artista en la que se indicaba que *“tras haber procedido al reconocimiento, sin apreciarse ningún defecto, se acuerda dar por recibido el suministro”*. Sin embargo, en febrero de 2015 el proveedor procede a llevarse la obra de las instalaciones municipales al haberle comunicado el alcalde que se habían apreciado defectos en la policromía y en la madera, remitiendo el artista un escrito en enero de 2016 en el que hace constar al ayuntamiento que *“la obra se encuentra al 70% aunque queda lo más delicado y de más tiempo, y que la obra se podrá entregar en el*

periodo aproximadamente de 3 años". No constan a esta Cámara, informes técnicos que avalen la entrega de conformidad del suministro que da lugar al acta de recepción del 2014, ni informes en los que se describan y detallen los defectos que motivan la disconformidad y devolución de la obra en febrero de 2015. Por lo demás, esa afirmación del contratista es contradictoria con el acta de recepción que acredita la entrega de la obra terminada a conformidad del órgano de contratación, por lo que debería aclararse la situación real de la escultura y, en su caso, exigir y depurar las responsabilidades a que haya lugar por dichas actuaciones.

- La propuesta de aprobación del expediente la realizó el alcalde-presidente del Ayuntamiento, con fecha 30 de noviembre de 2006, sin haberse ejercido la función interventora de estos gastos y sin que se tramitara expediente de contratación que hubiera procedido por la cuantía al superar ampliamente los límites que fija la Ley de Contratos, lo que supone una vulneración de las normas de contratación, así como de lo regulado en el capítulo IV del Real Decreto Legislativo 2/2004.

Habiéndose creado por acuerdo del Pleno del Ayuntamiento una Comisión de Investigación para valorar la gestión llevada a cabo por la anterior Corporación y en este contexto, dadas las irregularidades constatadas por la Cámara de Cuentas; se citó al escultor para declarar, quedando reflejadas en el Acta de la Comisión del 20 de junio de 2017 las manifestaciones vertidas por el mismo sobre la obra. En las mismas manifestó que realmente la obra no había viajado a Navalcarnero, ya que no había salido de su estudio, porque estaba sin acabar, estando tallados en madera 9 apóstoles, faltando tres y el Cristo, y las 9 figuras talladas no estaban terminadas. Y tras el trabajo en madera, según el escultor, se tendría que comenzar con el trabajo de estucado, con aplicación de cola de conejo y eso, con tres o cuatro manos, luego lijado y, más tarde se realizaría la policromía al óleo o al huevo, betún, cera y polvos. El contratista manifestó que *"se había quedado corto en el precio,*

se le había acabado el dinero y había parado”. También que había parado el trabajo en el paso para realizar otras dos obras más para el Ayuntamiento, de San Pedro e Inmaculada.

Tras los análisis desarrollados por la Comisión de Investigación municipal, por acuerdo Pleno de 29 de junio de 2017 se adoptó el acuerdo de iniciar acciones penales y en su caso contables, para depurar responsabilidades por los hechos relativos al expediente “Paso de Semana Santa”.

El Acta de liquidación provisional del Tribunal de Cuentas, Sección de enjuiciamiento, unidad de actuaciones previas a la exigencia jurisdiccional de responsabilidades contables, de fecha 11 de marzo de 2019- documento 38- concluyó la responsabilidad contable por alcance, en un importe total de 164.683 €. (Actuaciones previas 148/2018).

Con fecha 27 de marzo de 2019, mediante Diligencia de notificación, se dictó Providencia de embargo de bienes y derechos frente al alcalde presidente de Navalcarnero en el periodo de los hechos principales y al oficial del 1ª del Ayuntamiento, que suscribió en acta de recepción y entrega de la obra, en cantidad suficiente para cubrir el mencionado importe -doc. 39-.

Por su parte, en cuanto a las actuaciones penales, seguidas por los presuntos delitos de prevaricación y malversación de caudales públicos, frente al alcalde y al contratista; mediante Auto nº 628/2020 de la Sección 06 de la Audiencia provincial de Madrid, dictado en el recurso de apelación 931/2020, Procedimiento abreviado 360/2018, de fecha 20 de octubre de 2020, se decretó el sobreseimiento provisional y archivo de las actuaciones, declarando de oficio las costas de los recursos deducidos, recogiendo en su apartado sexto, de fundamentos de derecho lo siguiente:

“la existencia de irregularidades en relación con dicha escultura, no se estiman suficientemente demostrativas de una conducta prevaricadora por parte del investigado o que pueda constituir un delito de malversación de caudales públicos, por una desviación de dinero público a fines distintos para el que fue destinado, pudiendo reclamarse un incumplimiento contractual por la demora en la ejecución del contrato en la jurisdicción competente, sin que haya podido acreditarse de forma suficiente la existencia de una conducta delictiva por parte de los investigados”.

De toda la documentación que consta en el expediente puede acreditarse que la obra contratada no ha sido entregada al ayuntamiento y así lo recoge, entre otros documentos, el acta de liquidación provisional del Tribunal de Cuentas.

Mediante Providencia de Alcaldía de fecha 11 de diciembre de 2020, se encargó informe a la Intervención municipal, que fue emitido el día 1 de febrero de 2021. En el mismo, tras analizar todo lo sucedido en relación con la ejecución de este contrato y, a modo de conclusión, informa favorablemente la tramitación de la resolución del contrato de referencia, formalizado con fecha 15 de marzo de 2007.

Por su parte, el técnico jurídico del Ayuntamiento, también en fecha 1 de febrero de 2021, en virtud de lo dispuesto en los artículos 172 y 175 del ROF, emite informe jurídico proponiendo iniciar el procedimiento para la resolución del contrato de suministro analizado, como consecuencia del incumplimiento culpable del contratista de su obligación de entrega dentro del plazo establecido en el contrato. Este informe apercibe de la necesidad de conceder trámite de alegaciones al contratista y de la posibilidad de suspender el procedimiento cuando se solicitara el Dictamen de esta Comisión, si fuera preciso. En cuanto a las consecuencias de la resolución dispone que, declarada la resolución del contrato, el contratista debería devolver el importe de los pagos

realizados, que asciende a 311.862,88 € e indemnizar al Ayuntamiento con los intereses legales correspondientes desde la fecha de los pagos.

TERCERO.- 1.- Por acuerdo del Pleno de la corporación municipal del 3 de febrero de 2021, según consta en el correspondiente certificado del secretario general del Ayuntamiento -documento 43 del expediente-, *según se indica: “de conformidad con el informe emitido por la Intervención General”*, en todo lo referente a los antecedentes fácticos que se recogen, se acordó el inicio del procedimiento para la resolución del contrato de suministro de un paso de Semana Santa denominado “La Santa Cena”, suscrito el 15 de marzo de 2007, como consecuencia de una causa imputable exclusivamente al contratista, consistente en el incumplimiento culpable de su obligación de entrega dentro del plazo establecido en el contrato.

También se resolvió conceder trámite de audiencia al contratista, por el plazo de diez días hábiles, a contar desde el siguiente a la notificación de la resolución correspondiente, a fin de que formule cuantas alegaciones estime pertinentes en defensa de sus derechos e intereses legítimos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 82 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre.

En cuanto a los efectos de la resolución contractual, se anticipa que el contratista debería devolver el importe de los pagos realizados, que ascienden a 311.862,88 € e indemnizar al Ayuntamiento con los intereses legales desde la fecha de los pagos.

2.- Consta en el expediente que el día 23 de marzo de 2021, por encontrarse ausente de su domicilio, se dejó aviso en el buzón para su retirada en correos de la correspondiente diligencia de notificación, de fecha 8 de marzo del mismo año, por la que se notificaba al contratista la incoación del procedimiento.

3.- El 7 de abril de 2021, se reciben alegaciones al procedimiento de resolución, efectuadas por un letrado en nombre del contratista, señalando que se actúa por virtud de apoderamiento verbal.

En el escrito de alegaciones formulado, el interesado manifiesta su oposición a la resolución del contrato, solicitando incluso que se deje sin efecto el acuerdo de iniciación del procedimiento de resolución contractual notificado. En lo relativo a su contenido, reconoce que la escultura que le fue encargada se encuentra realizada en un 70%, faltando tallar tres figuras y el Cristo, iniciar el trabajo de estucado, con aplicación de cola de conejo y yeso, con tres o cuatro manos, para después efectuar el lijado y la policromía al óleo o al huevo, betún, cera y polvos. También reconoce que, no fue cierta la supuesta entrega al Ayuntamiento y subsiguiente devolución para corregir defectos de policromía, que se reflejaron en los documentos firmados en 2014, puesto que la obra ni siquiera estaba completamente tallada, ni tampoco habían dado comienzo los trabajos previos a la pintura y manifiesta que el encargo rebasaba con mucho los 30 meses del plazo de ejecución y que se había minusvalorado su precio. Finalmente, pone a disposición de la administración local la escultura, en el estado en que se encuentra y se postula para finalizarla, previo acuerdo al efecto con el referido Ayuntamiento. El escrito se acompaña de un total de 17 fotografías del estado de la escultura objeto del contrato.

4.- Consta posteriormente un informe suscrito conjuntamente por el secretario general del ayuntamiento y el técnico jurídico de contratación, de fecha 14 de abril de 2021, en el que previo repaso del conjunto de las actuaciones a que dio lugar el contrato, propone acordar la resolución del contrato formalizado entre el Ayuntamiento de Navalcarnero y el escultor, con fecha 15 de marzo de 2007, por causa del retraso culpable en su cumplimiento, que además de las disposiciones normativas aplicables vulneraría la cláusula cuarta del contrato formalizado por las partes. También indica que el contratista debería devolver el importe de

los pagos realizados e indemnizar al ayuntamiento con los intereses legales, desde la fecha de los pagos.

En materia procedimental, al formularse oposición por parte del contratista a la resolución contractual, con carácter previo, se recuerda que deberá solicitarse la remisión del dictamen preceptivo de esta Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 109 del RGLCAP y propone acordar la suspensión del plazo para resolver, en la forma prevista en el artículo 22 de la LPAC.

5.- Finalmente, se formula propuesta de resolución del contrato por el alcalde-presidente del Ayuntamiento de Navalcarnero, de fecha 14 de abril de 2021 por causa del plazo de entrega de la escultura, vulnerándose la cláusula cuarta del contrato formalizado por las partes. La propuesta establece que el contratista debería devolver el importe de los pagos realizados, que ascienden a 311.862,88 euros, con los intereses legales desde la fecha de los pagos.

Al haberse formulado oposición por parte del contratista a la resolución contractual, con carácter previo, la propuesta dispone que deberá solicitarse la emisión del correspondiente dictamen preceptivo a esta Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 109 del RGLCAP, acordándose también la *“suspensión del plazo para resolver y notificar el procedimiento de resolución contractual por el tiempo que medie entre la petición del dictamen a la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, que deberá comunicarse al interesado, y la recepción del dictamen, que igualmente deberá ser comunicada al interesado”*, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22 de la LPAC. No se ha acreditado la indicada notificación.

6.- El 25 de mayo de 2021 tuvo entrada en la Comisión Jurídica Asesora la solicitud de dictamen formulada por el consejero de Vivienda y Administración Local.

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 se ha hecho llegar a la Comisión Jurídica Asesora por el consejero de Vivienda y Administración Local, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 18.3 a) del ROFCJA [*“3. Cuando por Ley resulte preceptiva la emisión de dictamen de la Comisión Jurídica Asesora, este será recabado: a) Las solicitudes de la Administración de la Comunidad de Madrid, por el Presidente de la Comunidad de Madrid, el Consejo de Gobierno o cualquiera de sus miembros”*].

SEGUNDA.- El contrato cuya resolución se pretende se adjudicó el 8 de marzo de 2007 por lo que, en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria primera. 2 de la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al

ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP/17): “*Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se registrarán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su modificación, duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior*”, resulta de aplicación el TRLCAP y disposiciones concordantes, por ser la normativa vigente en dicho momento.

No obstante, 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 se produjo por acuerdo del Pleno de la corporación municipal de 3 de febrero de 2021, lo que supone la aplicación, en el caso analizado, de la LCSP/17, que entró en vigor el 9 de marzo de 2018, conforme a su disposición final decimosexta.

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*” y, por tratarse de una actuación contractual en el ámbito de la Administración local, el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril (en lo sucesivo, TRRL), que establece como necesarios -con carácter previo al acuerdo del órgano de contratación en los procedimientos de interpretación, modificación y/o resolución de los contratos- los informes de la Secretaría y de la Intervención de la Corporación (artículo 114.3).

Por su parte, el artículo 190 LCSP/17, dispone “*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*” y el artículo 191.1 LCSP/17 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*”, aunque en este caso tal previsión no resulta aplicable, al no haberse requerido la constitución de garantías. Por otro lado, el apartado tercero artículo 191 dispone que sea 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.

De acuerdo con la normativa expuesta, resulta que la competencia para resolver los contratos corresponde al órgano de contratación. En este caso, el órgano de contratación es el Pleno del Ayuntamiento de Navalcarnero, según dispone el artículo 12, letra ñ) del Reglamento Orgánico Municipal del Ayuntamiento de Navalcarnero, aprobado definitivamente en el Pleno Ordinario de 16 de marzo de 2017 y publicado en el BOCM núm. 96 de 24 de abril de 2017, que le atribuye “*la contratación de obras, servicios y suministros cuya duración exceda de un año o exija créditos superiores a los consignados en el Presupuesto anual de la entidad y la aprobación de pliegos de condiciones generales a que deban sujetarse los contratos de la Corporación*”.

En cuanto al repaso el procedimiento desarrollado en este caso, observamos que se ha dado audiencia al contratista el cual, como ya se ha señalado, formuló alegaciones mediante un escrito de fecha 7 de abril de 2021, suscrito por un letrado que afirma ostentar su apoderamiento verbal, circunstancia que habrá de acreditarse con mayor rigor en el

procedimiento, por razones de seguridad jurídica, en línea con lo establecido en el artículo 5.4 de la LPAC, que dispone:

“La representación podrá acreditarse mediante cualquier medio válido en Derecho que deje constancia fidedigna de su existencia.

A estos efectos, se entenderá acreditada la representación realizada mediante apoderamiento apud acta efectuado por comparecencia personal o comparecencia electrónica en la correspondiente sede electrónica, o a través de la acreditación de su inscripción en el registro electrónico de apoderamientos de la Administración Pública competente”.

En dicho escrito de alegaciones, el contratista manifestó su oposición a la resolución contractual argumentando diversas circunstancias que, en su opinión disculparían el incumplimiento, proponiendo la entrega de la obra en el estado en que se encuentra e – incluso- ofreciéndose a finalizarla, si se acordase lo correspondiente, para su complemento.

También se ha emitido un informe suscrito conjuntamente por el secretario general del Ayuntamiento y el técnico jurídico de contratación, de fecha 14 de abril de 2021, muy similar –en algunos puntos reproducción- al emitido pocos días antes de la incoación del procedimiento, el día 1 de febrero de 2021. En el mismo se recogen los hitos principales del desarrollo contractual y se abunda en la misma argumentación recogida ampliamente en la resolución iniciadora del procedimiento, circunstancia por la que no se considera que se haya producido indefensión al contratista, dado que no se han introducido consideraciones fácticas, ni jurídicas novedosas, respecto de las que ampliamente se recogían en la indicada resolución de incoación del procedimiento, a partir de los previos informes del técnico jurídico del

Ayuntamiento y de la Intervención municipal, ambos de fecha 1 de febrero de 2021.

En relación con lo indicado, debe recordarse que es doctrina reiterada de esta Comisión Jurídica Asesora (así los Dictámenes 435/20, de 6 de octubre; 61/16, de 5 de mayo; el 397/16, de 8 de septiembre y el 155/18, de 5 de abril; entre otros) que la audiencia a los interesados debe practicarse inmediatamente antes de dictar la propuesta de resolución, sin que puedan incorporarse con posterioridad informes que introduzcan hechos nuevos, 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. Sin embargo, cuando los informes no introducen cuestiones o hechos nuevos, aunque se hayan emitido con posterioridad al trámite de audiencia, no generan indefensión al contratista y, en consecuencia, no procede la retroacción del procedimiento. Este era el criterio del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid que ha hecho suyo esta Comisión Jurídica Asesora en los citados dictámenes y que resulta corroborado por el artículo 82 LPAC, que sólo admite como informes posteriores al trámite de audiencia, el informe del órgano competente para el asesoramiento jurídico y el Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, en el caso de que éstos formaran parte del procedimiento, en cuanto estos informes y dictámenes se limitan al análisis de los aspectos jurídicos, sin que puedan introducir hechos o cuestiones nueva.

De otra parte, continuando con el análisis del procedimiento, debe hacerse notar que estrictamente no se ha emitido informe por la Intervención municipal con posterioridad a la incoación del procedimiento de resolución contractual, pese a que como se indicó, mediante Providencia de Alcaldía de fecha 11 de diciembre de 2020, se encargó previamente informe a la Intervención municipal, que fue

emitido el día 1 de febrero de 2021. Dicho informe efectuó un minucioso repaso de todo lo sucedido en relación con este contrato y, a modo de conclusión, informó favorablemente la tramitación de la resolución del contrato de referencia, formalizado con fecha 15 de marzo de 2007. Así las cosas, la resolución de incoación del procedimiento se sustentó abiertamente en la valoración de los hechos efectuada en el referido informe de intervención, al que citaba, que se había emitido el mes anterior.

Teniendo en cuenta la anterior circunstancia y la existencia de un cumplido informe suscrito conjuntamente por el secretario del Ayuntamiento y el técnico jurídico de contratación, en perfecta sintonía con el previamente elaborado por la Intervención municipal, se considera que resulta aplicable el mismo criterio mantenido por el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid en su Dictamen 29/11, o en el 453/09, entre otros, en referencia a la omisión del informe del secretario del Ayuntamiento y en el Dictamen 341/15, de 8 de julio, en cuanto al de la Intervención municipal, al poder extrapolarse sus razonamientos. En esos casos, se consideró que, contando el órgano competente con suficientes elementos de juicio, jurídicos y técnicos, respecto de la decisión a adoptar, la omisión del trámite constituye una mera irregularidad no invalidante, determinante de anulabilidad (artículo 48.2 LPAC). Todo ello sin perjuicio de recordar al órgano competente la necesidad de que el informe de la Intervención municipal –que en este caso es el que falta en el expediente de resolución contractual- se incorpore al procedimiento y se otorgue nueva audiencia al interesado, en la circunstancia poco probable de que recogiera nuevos elementos cuyo desconocimiento pudiera causarle indefensión.

De otra parte, en la medida que el contratista ha manifestado expresamente su oposición a la resolución contractual planteada resulta preceptivo el dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora.

En relación con el plazo para resolver, en los procedimientos de resolución de contratos iniciados de oficio, el incumplimiento del plazo máximo de ocho meses para resolver el procedimiento determina la caducidad del procedimiento conforme a lo establecido en el artículo 212.8 de la LCSP/17.

No obstante, el rigor temporal que supone la necesidad de tramitar estos procedimientos en el plazo de ocho meses, puede verse atemperado por la suspensión del procedimiento para la solicitud de informes preceptivos y determinantes del contenido de la resolución, tal y como establece 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 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, al señalar que el plazo máximo legal para resolver y notificar un procedimiento podrá suspenderse, entre otras circunstancias, en la siguiente: *“...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 el presente, el inicio del expediente de resolución contractual tuvo lugar el 3 de febrero de 2021 y, pese a haberse acordado la suspensión del procedimiento en la propuesta de resolución que encarga la emisión de este Dictamen, no aparece recogida en el expediente administrativo la comunicación al contratista de tal decisión, necesaria para que despliegue su eficacia la indicada suspensión del procedimiento. No obstante, el procedimiento no habría caducado en la fecha de emisión de este dictamen.

TERCERA.- Una vez analizado el procedimiento, debemos estudiar si concurre o no causa de resolución del contrato.

La propuesta de resolución entiende que concurre la causa recogida en la cláusula 4ª del contrato suscrito con el contratista el 15 de marzo de 2007, que fijó un plazo máximo de entrega de la obra de 30 meses, previendo que *“cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiera incurrido en mora respecto al cumplimiento del plazo total o los plazos parciales, la Administración podrá optar indistintamente por la resolución del contrato o por la imposición de las sanciones que se contemplan en el art. 95 del TRLCAP”*.

Esta causa de resolución contractual se encuentra igualmente prevista en la letra e) del art. 111 TRLCAP [*“Son causas de resolución del contrato: ...e) La demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista y el incumplimiento del plazo señalado en el art. 71.2, letra d). ...”*], en relación con los artículos 95 y 96.1 (*“En el supuesto a que se refiere el artículo anterior- resolución por demora-, si la Administración optase por la resolución, ésta deberá acordarse por el órgano de contratación sin otro trámite preceptivo que la audiencia del contratista y, cuando se formule oposición por parte de éste, el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva.”*) y el art. 185.1, que específicamente enuncia la obligación de entrega en el tiempo previsto, en el contrato de suministro (*“El contratista estará obligado a entregar los bienes objeto de suministro en el tiempo y lugar fijados en el contrato y de conformidad con las prescripciones técnicas y cláusulas administrativas. La mora del contratista no precisará de previa intimación por parte de la Administración”*).

Como es sabido, en la contratación administrativa el plazo es un elemento relevante. El Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid ya señaló en sus dictámenes la importancia que tiene el plazo de ejecución en los contratos administrativos, que ha dado lugar a que el

Tribunal Supremo los haya calificado como “*negocios jurídicos a plazo fijo*”, debido al interés público que revisten los plazos (así el Dictamen 532/09 o el Dictamen 14/13, entre otros muchos, en doctrina que ha acogido esta Comisión Jurídica Asesora, así nuestro Dictamen 310/17 o en el más reciente 281/21, de 15 de junio). Muestra de la relevancia que tiene el plazo en la contratación administrativa es que el artículo 193.1 de la LCSP/17 establece que “*el contratista está obligado a cumplir el contrato dentro del plazo total fijado para la realización del mismo, así como de los plazos parciales señalados para su ejecución sucesiva*”; la constitución en mora del contratista no requiera intimación previa de la Administración (art. 193.3 LCSP/17) y el incumplimiento de los plazos contractuales faculta a la Administración para imponer penalidades al contratista o para resolver el contrato (art. 193.4 LCSP/17). De esta manera, el art. 211.1.d) LCSP/17 tipifica como causa de resolución la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista.

De conformidad con lo expuesto, conviene analizar el *iter* que ha seguido la ejecución del contrato que nos ocupa, con el objeto de dilucidar si concurre la causa de resolución contractual que invoca la Administración.

Necesariamente debe observarse que este contrato de suministro fue formalizado el 15 de marzo de 2007 y que el plazo de entrega máximo era de 30 meses, con lo que el Ayuntamiento debería haberla recibido antes del 15 de septiembre de 2009, quedando entonces finalizado el plazo.

Sin perjuicio de lo indicado, como denotó la Cámara de Cuentas de la Comunidad de Madrid, en su informe de 27 de abril de 2017, sobre fiscalización de los ejercicios 2007 y 2008; en enero de 2014 se suscribió un acta de recepción en la que intervinieron el alcalde- presidente, el oficial 1^a (fontanero) del ayuntamiento y el artista, en la que se indicó que “*tras haber procedido al reconocimiento, sin apreciarse ningún*

defecto, se acuerda dar por recibido el suministro” y en febrero de 2015, se dejó constancia de que el proveedor procedió a llevarse la obra de las instalaciones municipales, al haberle comunicado el alcalde que se habían apreciado defectos en la policromía y en la madera.

No obstante lo aparentado y sin entrar en ninguna otra valoración; en enero de 2016, el contratista hizo constar al ayuntamiento que *“la obra se encuentra al 70% aunque queda lo más delicado y de más tiempo, y que la obra se podrá entregar en el periodo aproximadamente de 3 años”*, haciendo evidente que los hechos constatados en el acta de recepción no respondían a la realidad, como tampoco la retirada de la obra en 2015, por resultar supuestamente defectuosa.

De igual modo, en el curso del procedimiento de resolución contractual, las propias alegaciones finales del contratista, manifiestan que, en abril de 2021, la obra seguía sin finalizar y, por supuesto no se encontraba en poder del Ayuntamiento.

En definitiva, por todo lo expuesto, entendemos que la circunstancia objetiva del incumplimiento temporal en el suministro, se encuentra suficientemente acreditada y, por tanto, a la vista de las previsiones contractuales y normativas aplicables, procede la resolución contractual por el incumplimiento del contratista de su obligación de ejecutar el contrato en plazo, al amparo de lo establecido en el artículo 111, letra e) del TRLCAP [*“Son causas de resolución del contrato: ...e) La demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista”*] y también, calificar el indicado incumplimiento como culpable.

CUARTA.- Vista la procedencia de la resolución contractual, debemos analizar seguidamente los efectos que se siguen de la misma.

Sobre los efectos de la resolución contractual, el artículo 193.1 del TRLCAP que, como se indicó, resulta materialmente aplicable a este contrato, dispone:

“1. La resolución del contrato dará lugar a la recíproca devolución de los bienes y del importe de los pagos realizados, y, cuando no fuera posible o conveniente para la Administración, habrá de abonar ésta el precio de los efectivamente entregados y recibidos de conformidad”.

Por su parte, el artículo 113.4 y 5 de la misma norma, señala:

“4. Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada.

5. 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 constituida”.

Además, la cláusula 4ª del contrato suscrito el 15 de marzo de 2007, en referencia al plazo específicamente previsto para la entrega de la obra, establecía: *“el incumplimiento de tal plazo será sancionado, a tenor de lo establecido en el citado artículo, con independencia de los daños y perjuicios que le sean imputables, según lo dispuesto en el art. 97 TRLCAP”.*

Por todo ello, de la resolución debiera seguirse la recíproca devolución de las prestaciones -en la medida en que se hubieran materializado- y, además, por su virtud, procedería exigir al contratista los daños y perjuicios causados.

Como se indicó, en este caso no se constituyeron garantías, de modo que no es posible intentar resarcir los daños y perjuicios causados a la Administración municipal aplicando en primer lugar la garantía definitiva, como de otra forma sería lo habitual. Tampoco se produjo la efectiva entrega de la escultura comprometida, aunque sí tuvo lugar el pago del precio y, según se desprende de las circunstancias del incumplimiento contractual producido, la ocultación de la verdadera situación del contratista, que en ningún caso hizo visible espontáneamente su imposibilidad de cumplir, en las condiciones y el tiempo estipulado; han incrementado los daños para la administración contratante, dado que adelantó la casi totalidad del importe del contrato, sin obtener la obra comprometida, durante más de 11 años.

De otra parte, como se destacó entre otros en el Dictamen 53/21, de 2 de febrero, resulta fundamental la debida audiencia del contratista en el asunto de la determinación de los daños y perjuicios que éste deba indemnizar, según previene el artículo 113 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las AA.PP: (*“En los casos de resolución por incumplimiento culpable del contratista, la determinación de los daños y perjuicios que deba indemnizar éste se llevará a cabo por el órgano de contratación en decisión motivada previa audiencia del mismo, atendiendo, entre otros factores, al retraso que implique para la inversión proyectada y a los mayores gastos que ocasione a la Administración”*) y también el art. 114.2 del TRRL, que establece que la resolución del contrato se entiende sin perjuicio de la obligada audiencia del contratista y de las responsabilidades e indemnizaciones a que hubiere lugar. Así las cosas, la adecuación a derecho de la concreta determinación que la propuesta de resolución analizada recoge sobre las indemnizaciones a cargo del contratista, dependerá de si se ha respetado el principio de audiencia con el mismo, sobre este particular, según lo indicado.

En este caso, desde la resolución iniciadora del procedimiento, se ha venido insistiendo en la obligación de indemnizar del contratista y en la determinación de la correspondiente cuantía, en la forma señalada, por lo que el obligado ha tenido adecuado conocimiento de este extremo y, de hecho, ha efectuado alegaciones sobre este punto, oponiéndose a la referida obligación indicando que el encargo rebasaba con mucho los 30 meses del plazo de ejecución y que se había minusvalorado su precio, argumentos que no tienen refrendo en ningún dato o elemento objetivado, ni sirven de justificación alguna, dado que a lo sumo denotarían un inadecuado estudio de la oferta, según se expuso por esta Comisión en el Dictamen 372/19 de 3 de octubre, ante una situación similar, sobre todo considerando que no llevaron al contratista a solicitar una ampliación del plazo de ejecución, ni le impidieron cobrar la práctica totalidad del precio.

Por todo ello, se considera ajustado a Derecho recoger en la propuesta de resolución la indemnización de los daños y perjuicios pretendida, que implica la devolución del importe de los pagos realizados por el Ayuntamiento, con los intereses legales producidos, desde la fecha en que se produjeron.

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

CONCLUSIÓN

Procede la resolución del contrato de suministro analizado, por incumplimiento del contrato imputable al contratista, con los efectos previstos en el cuerpo de este dictamen.

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 26 de junio de 2021

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 312/21

Sr. Alcalde de Navalcarnero

Pza. Francisco Sandoval, 1 – 28600 Navalcarnero