

Dictamen nº: **575/21**
Consulta: **Alcalde de Navalcarnero**
Asunto: **Revisión de Oficio**
Aprobación: **10.11.21**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, en su sesión de 10 de noviembre de 2021, aprobado por unanimidad, sobre la consulta formulada por el alcalde de Navalcarnero, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en relación con el expediente de revisión de oficio para declarar la nulidad de las certificaciones de obras nº 7, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 20 y 21 aprobadas en la ejecución del contrato de concesión de obra pública para la *“Construcción de un polideportivo en el barrio de La Estación en el municipio de Navalcarnero”* suscrito con la mercantil Constructora Hispánica, S.A., actualmente Assignia Infraestructuras, S.A. Además, se solicitaba la resolución del citado contrato.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 1 de octubre de 2021 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid una solicitud de dictamen preceptivo formulada por el Ayuntamiento de Navalcarnero en relación con el procedimiento de revisión de oficio citado en el encabezamiento.

En la solicitud de dictamen se acumulan dos peticiones, resolución del contrato, y revisión de oficio de unas certificaciones que se corresponden a dos procedimientos distintos. El artículo 57 de la LPAC prevé que el órgano administrativo que inicie o tramite un procedimiento, cualquiera que haya sido la forma de su iniciación, podrá disponer, de oficio o a instancia de parte, su acumulación a otros con los que guarde identidad sustancial o íntima conexión, siempre que sea el mismo órgano quien deba tramitar y resolver el procedimiento.

En el presente caso, si bien es cierto que el órgano al que le corresponde resolver tanto el procedimiento de resolución contractual como el de revisión de oficio es el mismo, el Pleno, tienen peculiaridades en su tramitación (plazo de caducidad, peculiaridades procedimentales en relación con el dictamen del órgano consultivo en la revisión de oficio) que aconsejan su tramitación separada.

A dicho expediente se le asignó el número 586/21, 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 correspondió, por reparto de asuntos, a la letrada vocal Dña. Rocío Guerrero Ankersmit quien formuló y firmó la propuesta de dictamen que fue deliberada y aprobada por el Pleno de la Comisión Jurídica Asesora, en sesión celebrada el día 10 de noviembre de 2021.

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

1.- El Pleno del Ayuntamiento de Navalcarnero aprobó, mediante Acuerdo de 27 de diciembre de 2005, el expediente y el Pliego de Cláusulas Técnicas, Jurídicas y Económico-Administrativas (PCAP) que regía la adjudicación, mediante concurso y procedimiento abierto, del contrato administrativo de concesión de obra pública para la construcción de un polideportivo en el barrio de La Estación y su posterior gestión, con un tipo de licitación a la baja de 16.485.859,96 €, IVA incluido, en concepto de ejecución por contrata de las obras.

El plazo máximo para la ejecución del proyecto de obras con destino a la construcción del polideportivo era de dieciocho meses y el plazo de duración de la concesión de cuarenta años, a contar desde la fecha del acta de conformidad de las obras de construcción del polideportivo y consiguiente puesta en servicio de la misma.

La celebración del contrato y su adjudicación definitiva a la oferta presentada por la sociedad Constructora Hispánica S.A. fueron acordadas por el Pleno, en sesión celebrada el 12 de mayo de 2006, por el precio de 14.837.273,00 €, IVA incluido. El correspondiente contrato administrativo se formalizó con fecha de 25 de mayo de 2006.

El plazo máximo de duración de las obras se estableció en 18 meses y debían comenzar dentro del plazo de quince días, contados a partir del siguiente al de la firma del acta de comprobación del replanteo, la cual fue llevada a cabo el 25 de junio de 2006.

2.- Con fecha de 23 de enero de 2008, se aprobó la ampliación del plazo de ejecución de las obras de construcción, solicitado por la adjudicataria, en 9 meses, a contar desde el día 25 de diciembre de 2007, fecha de finalización prevista según el contrato de ejecución de la obra.

3.- Entre los días 31 de julio de 2006 y 31 de julio de 2008 fueron emitidas 21 certificaciones, aprobadas todas ellas por la Junta de Gobierno Local por los siguientes importes:

Nº	Fecha emisión	Importe IVA incluido	Fecha aprobación	Importe abonado por Ayto. IVA incluido
1	31/07/2006	194.628,88	JGL de 26/10/2006	155.701,50
2	31/08/2006	619.005,95	JGL de 26/10/2006	495.204,76
3	29/09/2006	505.965,25	JGL de 14/12/2006	404.772,20
4	31/10/2006	300.640,09	JGL de 14/12/2006	240.512,07
5	30/11/2006	179.803,86	JGL de 22/02/2007	143.843,08
6	02/01/2007	84.431,79	JGL de 22/02/2007	67.545,43
7	31/01/2007	726.868,63	JGL de 22/02/2007	581.494,90
8	28/02/2007	922.846,60	JGL de 17/05/2007	738.277,28
9	30/03/2007	629.876,43	JGL de 17/05/2007	503.901,15
10	30/04/2007	285.589,59	JGL de 19/12/2007	228.471,67
11	31/05/2007	365.820,71	JGL de 19/12/2007	292.656,56
12	29/06/2007	248.819,13	JGL de 19/12/2007	199.055,30
13	31/07/2007	1.708.432,28	JGL de 19/12/2007	1.366.745,83
14	31/08/2007	463.573,75	JGL de 19/12/2007	370.859,00
15	28/09/2007	120.638,23	JGL de 19/12/2007	96.510,58
16	31/10/2007	0,00	JGL de 09/07/2008	0,00
17	30/11/2007	0,00	JGL de 09/07/2008	0,00
18	31/12/2007	0,00	JGL de 09/07/2008	0,00
19	31/01/2008	0,00	JGL de 09/07/2008	0,00
20	29/02/2008	3.164.366,30	JGL de 09/07/2008	2.531.493,03
21	31/03/2008	2.716.219,58	JGL de 09/07/2008	2.172.975,66

4.- Posteriormente, el 6 de noviembre de 2008, se levantó Acta de suspensión temporal total de las obras de construcción, a la espera de

la aprobación del expediente que recogiera las modificaciones surgidas en las obras.

5.- Con fecha de 20 de octubre de 2009, la sociedad Constructora Hispánica S.A, cambia su denominación social, pasando a denominarse Assignia Infraestructuras, S.A..

6.- Con fecha de 16 de noviembre de 2010 el Pleno del Ayuntamiento de Navalcarnero aprobó la modificación nº 1 del referido contrato, incrementando su importe en 1.186.722,63 €, y ampliando el plazo de ejecución de las obras en 4 meses sobre el plazo de ejecución inicialmente previsto, formalizándose el correspondiente contrato administrativo relativo al modificado con fecha 26 de noviembre de 2010.

7.- Seguidamente, el 29 de noviembre de 2010, se formalizó acta de levantamiento de la suspensión temporal total de las obras, a fin de permitir la ejecución de las obras recogidas en el modificado nº 1 del proyecto.

8.- Con fecha de 22 de febrero de 2011 se suscribió el acta de recepción parcial positiva de las obras de ejecución del "Vial de Acceso".

9.- El 5 de septiembre de 2013, la empresa concesionaria presentó a través de los servicios postales, un escrito por el que solicitaba la suspensión temporal total y la resolución del contrato por impago de la certificación nº 29, de fecha de 30 de noviembre de 2010, por importe de 2.160.647,21 €, y que tuvo entrada en el registro del ayuntamiento ese mismo día, 5 de septiembre de 2013 (fue reiterada el 15 de octubre siguiente).

A la vista de que la mencionada certificación nº 29 no constaba como aprobada por el órgano de contratación, ni aparecía visada por el ingeniero técnico municipal, mediante Decreto de Alcaldía nº 1230/2013 de 8 de octubre, se aprobó la contratación del servicio de redacción de un informe que recogiera el análisis del estado de los trabajos de edificación de las instalaciones deportivas del Barrio de la Estación, de Navalcarnero (Madrid), con la sociedad ASSERTA ESTUDIOS TÉCNICOS, S.L., formalizándose el correspondiente contrato con fecha de 17 de octubre de 2013.

10.- Con fecha 29 de noviembre de 2013, se recibió un informe preliminar sobre la certificación nº 29 de las obras de construcción, emitido a instancia del Ayuntamiento por Asserta Estudios Técnicos, S.L. (Asserta), en el que concluía lo siguiente:

“(...) una parte importante de los trabajos incluidos en la relación valorada aneja a la citada Certificación nº 29 se encuentran solo parcialmente ejecutados, mientras que en otros muchos no se habría iniciado su puesta en obra; razones ambas que nos llevan a considerar que el contenido de dicha certificación debería ser objeto de revisión, no procediendo la aprobación municipal ni el abono de la misma en las condiciones actuales”.

11.- Asimismo, en la misma fecha, los servicios técnicos municipales emitieron informe, que concluía:

“(...) la citada certificación imputaba partidas como ejecutadas que no habían sido realizadas por parte de la constructora y, por tanto, no debían haber sido aceptadas por la Dirección Facultativa, por lo tanto debería requerirse a la empresa la retirada de la misma y subsanación de las partidas no ejecutadas de la obra (...)”.

12.- En informe jurídico municipal, emitido con fecha 29 de noviembre de 2013, se recogía que, a la vista de los informes sobre el estado de ejecución de las obras en relación con la certificación nº 29 así como de la cláusula cuarta del contrato, y considerando que dicha certificación no fue aprobada por el órgano de contratación, “(...) *tampoco procedería la resolución del contrato por las causas previstas en los artículos 111.f y 264.f del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio*”.

13.- Otorgado trámite de audiencia a la adjudicataria, con fecha 11 de diciembre de 2013, presentó escrito de alegaciones, en el que ponía de manifiesto su rechazo a los anteriores informes por considerarlos incompletos y erróneos, puesto que tanto el informe de Asserta, como el informe municipal, analizaban una relación valorada de trabajos equivocada que no se correspondían con la certificación nº 29 que aportaba a su escrito.

14.- A la vista de la disparidad existente entre las dos certificaciones nº 29, una que constaba en el Ayuntamiento, objeto del análisis, que se denominaba certificación 29A, y la presentada por Assignia, que se denominaba certificación 29B, con fecha de 17 de diciembre de 2013 se emitió informe por los servicios técnicos municipales. En el mismo se señalaba que la certificación que procedía analizar, y que se consideraba válida por parte del ayuntamiento, era la certificación nº 29A, ya que fue la presentada con posterioridad a la que en la actualidad reclamaba la empresa, y porque en la certificación 29A las mediciones coincidían con los precios del proyecto modificado número 1.

15.- Seguidamente, con fecha de 26 de diciembre de 2013, tuvo entrada en el ayuntamiento informe definitivo emitido por Asserta, en

el que efectuaba un estudio exhaustivo de la certificación nº 29A. De este informe cabe resaltar las siguientes conclusiones:

“(...) De conformidad con el objeto del presente informe, hemos realizado un análisis pormenorizado de la certificación nº 29, última de las emitidas en la ejecución de las obras, evaluando aquellas partidas que en nuestro criterio no son susceptibles de ser certificadas, bien porque no han sido ejecutadas durante el proceso constructivo, bien porque su puesta en obra no se corresponde con el porcentaje valorado (...).

A la fecha de emisión de la certificación nº 29, en noviembre de 2010, estarían realmente ejecutadas un conjunto de partidas que alcanzarían un importe total de ejecución por contrata de 8.490.564,43 €, una vez aplicada la baja; lo que supondría una diferencia de 5.027.970,71 € respecto al montante de 13.518.535,14 € cuantificado en la certificación nº 29.

Una parte significativa de las unidades de obra -no ejecutadas- que se recogen en la certificación nº 29 ya habían sido contempladas hasta la certificación nº 21. Así, de la cantidad de 5.027.970,71 € considerada en exceso en la última certificación, estimamos que 2.921.095,37 € ya se habrían cuantificado y abonado en las certificaciones emitidas hasta la nº 21”.

16.- Con fecha 13 de enero de 2014, Asserta presentó un informe complementario al anterior, en el que analizaba la certificación nº 29B, aportada por Assignia en sus alegaciones de 11 de diciembre, y consignaba que existían numerosas partidas con mediciones superiores a las del proyecto modificado nº 1 y por tanto, sin adecuación al contrato de ejecución de las obras, así como otras partidas no ejecutadas y abonadas con anterioridad en la certificación número 21 y por ello concluía:

“Con base en lo anterior podemos concluir que el contenido de la relación valorada incluida en la certificación denominada como 29-B, que hemos analizado en el presente Informe Complementario, debería ser objeto de revisión, no procediendo su aprobación por el Órgano de Contratación teniendo en cuenta las irregularidades detectadas”.

17.- A la vista de lo expuesto, se concedió nuevo trámite de audiencia a la adjudicataria, la cual, con fecha de 5 de febrero de 2014, presentó escrito de alegaciones, en el que ponía de manifiesto su rechazo a los anteriores informes por considerarlos incompletos y erróneos por los siguientes motivos:

- Manifestaba su oposición al informe técnico porque, Assignia solo tuvo conocimiento de la certificación n° 29B, desconociendo las razones de la supuesta duplicidad de dicha certificación.

- Igualmente se oponía a las conclusiones del informe definitivo de Asserta, por considerarlo incompleto, dado que existían un número importante de partidas que no fueron objeto de comprobación, así como erróneo porque examinaba una relación valorada de trabajos equivocada que no se correspondía con la certificación n° 29B, y porque realizaba una medición de la obra equivocada.

Por todo ello, reiteraba su solicitud de resolución del contrato.

18.- Previamente, con fecha 4 de febrero de 2014, la adjudicataria presentó escrito, en el que solicitaba la acumulación de la causa de resolución por suspensión de las obras por un plazo superior a ocho meses acordada por la Administración, al expediente iniciado para la resolución del contrato.

19.- Mediante escrito de Alcaldía de fecha 10 de febrero de 2014, se informó a Assignia, que no concurría la causa de resolución del contrato por suspensión de las obras por culpa de la Administración y que no concurría la causa de resolución del contrato por impago de la certificación n° 29, considerando que dicha certificación no fue aprobada por el órgano de contratación.

Asimismo, se ponía de manifiesto que, a la vista del informe emitido por Asserta respecto al estado de ejecución de las obras, *“una parte significativa de unidades de obra ya cuantificadas hasta la certificación n° 21 y ya abonadas, realmente no fueron ejecutadas. En consecuencia, se requiere a la empresa contratista para que manifieste lo que estime procedente en defensa de sus derechos en cuanto a las unidades de obra no ejecutadas y ya abonadas, teniendo en cuenta que de lo anterior resulta que ASSIGNIA INFRAESTRUCTURAS, S.A. debería reintegrar el estado de las obras al establecido en la certificación n° 21, bien porque las obras no hubieran sido nunca ejecutadas, bien porque las obras se hayan deteriorado con posterioridad, siendo obligación de la empresa contratista mantener la obra y garantizar su seguridad durante el tiempo en que ésta haya estado paralizada”*.

20.- Con fecha 24 de febrero de 2014, Assignia presentó nuevo escrito, en el que reiteraba su solicitud de resolución del contrato por suspensión de las obras por un plazo superior a ocho meses, con indemnización por los daños y perjuicios ocasionados. Asimismo, manifestaba que certificación n° 21, era plenamente válida, pues recogía la obra realmente ejecutada, y que en ningún caso los informes de Asserta podían servir de base para valorar dicha certificación, pues eran incompletos y contenían errores de medición.

21.- La Intervención Municipal emitió informe, el 14 de octubre de 2014, en el que, en lo que nos ocupa, concluía que no resultaba procedente el pago de las dos certificaciones (29A y 29 B), por lo que

no se habría incumplido la obligación de pago por parte del ayuntamiento, de modo que no procedería la resolución del contrato por esta causa.

22.- Con fecha de 5 de noviembre de 2014, el Pleno del Ayuntamiento de Navalcarnero adoptó el Acuerdo de iniciar el expediente para la tramitación del procedimiento de resolución del contrato, instado por la empresa adjudicataria, por suspensión de las obras por un plazo superior a ocho meses acordada por la Administración y por impago de la certificación nº 29. En la propuesta adoptada se proponía desestimar la solicitud de resolución del contrato.

23.- Con fecha de 10 de diciembre de 2014, otorgado trámite de audiencia, Assignia presentó escrito de alegaciones, en las reiteraba sus argumentaciones anteriores y se oponía a la propuesta del Ayuntamiento. Solicitado dictamen al Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, con fecha 10 de marzo de 2015 este órgano consultivo aprobó su Dictamen 90/15 en el que se concluía:

«No procede resolver el contrato de concesión de obras públicas para la “Construcción de un polideportivo en el barrio de La Estación en el municipio de Navalcarnero”, suscrito con la mercantil Assignia Infraestructuras, S.A., al no concurrir las causas de resolución invocadas por la entidad adjudicataria».

A la vista del Dictamen 90/15, se emitió propuesta para aprobar los siguientes acuerdos por el Ayuntamiento Pleno:

“PRIMERO.- Desestimar la solicitud de resolución del Contrato administrativo de Concesión de Obra Pública para la Construcción de un Polideportivo en el Barrio de la Estación y su posterior gestión, en Navalcarnero (Madrid), por suspensión de las obras por

un plazo superior a ocho meses prevista en el Artículo 149.c del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, a la vista de lo expuesto en la presente propuesta, de conformidad con los informes obrantes en el expediente, y de acuerdo con el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

SEGUNDO.- Desestimar la solicitud de resolución del Contrato administrativo de Concesión de Obra Pública para la Construcción de un Polideportivo en el Barrio de la Estación y su posterior gestión, en Navalcarnero (Madrid), por impago de la certificación nº 29 de fecha de 30 de noviembre de 2010 por importe de 2.160.647,21 euros, a la vista de lo expuesto en la presente propuesta, de conformidad con los informes emitidos por ASSERTA ESTUDIOS TÉCNICOS, S.L., sobre el estado actual de los trabajos de edificación de las instalaciones deportivas del Barrio de la Estación de Navalcarnero (Madrid), con los informes obrantes en el expediente, y de acuerdo con el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid. (...)”.

Sin embargo, no consta la adopción de los mencionados acuerdos por el Ayuntamiento Pleno.

24.- Ante la falta de resolución expresa de la solicitud de resolución del contrato por suspensión de las obras por un plazo superior a ocho meses, con indemnización por los daños y perjuicios ocasionados, la concesionaria interpuso recurso contencioso-administrativo, Procedimiento Ordinario 512/2014 A, tramitado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 18 de Madrid, sin que – hasta la fecha- haya recaído sentencia en el procedimiento.

25.- En el año 2016, la empresa concesionaria interpuso recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta de una reclamación de abono de los intereses de demora por el pago tardío de

las certificaciones ordinarias 1 a 3, 5, 8 a 15, 20 y 21, por un importe total de 701.801,51 €, dando lugar al Procedimiento Ordinario 194/2016, ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 7 de Madrid, resuelto por la Sentencia nº 31/2019 de 28 de enero de 2019 que estimó parcialmente el recurso interpuesto condenando al Ayuntamiento de Navalcarnero a abonar la cantidad de 701.801,51 € en concepto de intereses de demora devengados por el pago tardío de certificaciones ordinarias 1 a 3, 5, 8 a a15, 20 y 21 del contrato administrativo de concesión de obra pública para la construcción de un polideportivo en el barrio de la estación en Navalcarnero y posterior gestión.

Interpuesto recurso de apelación contra la anterior sentencia por el Ayuntamiento de Navalcarnero, este fue desestimado por la Sentencia 56, de 3 de febrero de 2020 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Tercera) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Contra la anterior sentencia se preparó por el Ayuntamiento de Navalcarnero recurso de casación que fue inadmitido por Providencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 25 de febrero de 2021.

26.- Paralelamente a lo anterior, por Auto de 16 de mayo de 2017 del Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Madrid, la mercantil Assignia Infraestructuras, S.A. fue declarada en concurso, con carácter necesario abreviado, procediéndose al nombramiento de administrador concursal.

Por Auto de 14 de mayo de 2018 del Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Madrid se acordó la apertura de la fase de liquidación en el procedimiento de concurso de acreedores de la entidad Assignia Infraestructuras, S.A..

27.- El día 14 de junio de 2018 se otorgó escritura de elevación a público de contrato privado de venta de unidad productiva (UPA) otorgado el día 29 de mayo de 2018 por la empresa concesionaria, Assignia Infraestructuras, S.A., (antes denominada Constructora Hispánica, S.A.) en situación concursal, a la empresa ASCH Infraestructuras y Servicios, S.A., en virtud del cual esta última adquiriría, por un precio de 5.679.000 €, la totalidad de la cartera compuesta por geografías y segmentos de actividad; la totalidad de la maquinaria incluida en la UPA; la subrogación de las relaciones laborales en los mismos términos y condiciones de un total de 169 trabajadores (...); suscripción de la totalidad de certificados de buena ejecución, tanto de todas las sociedades, que aportan la solvencia técnica que soporta las clasificaciones de contratistas del Ministerio de Economía y Hacienda; la totalidad de participaciones sociales y/o acciones de entidades filiales, nacionales y extranjeras, contenidas en las geografías y actividades ofertadas; gestión directa e íntegra de los procesos de reclamación, incluidas en la UPA; derechos de cobro sobre obra certificada, puesta a disposición por parte de la administración concursal para la UPA, por importe de 30.316.695,33 €; otros activos (utillaje diverso, junto con el mobiliario, equipos informáticos que se encuentren afectos a los proyectos y entidades dentro del perímetro, siendo elementos fundamentales para la continuación de la actividad; activos intangibles.

En relación con las reclamaciones, el contrato estipula que ASCH *“se subrogará en todas y cada una de las reclamaciones que se definen en la UPA y se detallan en el Anexo V de la Oferta Vinculante, procediendo a gestionar de forma activa, bien directamente o a través de terceros expertos en derecho, así como la asunción de los gastos legales y servicios complementarios que el procedimiento administrativo y judicial requiera para el buen fin de las mismas. **Quedan excluidas las reclamaciones contra Assignia y sus filiales, que no serán objeto***

de subrogación. La gestión de estas reclamaciones permanecerá en el concurso”.

Sobre la cesión de los contratos administrativos, se pacta que esta *“se producirá de conformidad con lo dispuesto en el artículo 226 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el R.D. 3/2011, de 14 de noviembre, o la norma que sea de aplicación a cada contrato administrativo”.*

En relación con el contrato objeto del presente dictamen existen, además de los mencionados en el antecedente fáctico anterior tramitados ante la jurisdicción contencioso-administrativas (Procedimiento ordinario 512/2014 ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 18 de Madrid y Procedimiento Ordinario 194/2016, ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 7 de Madrid), existen actuaciones en vía penal y también ante el Tribunal de Cuentas.

En la jurisdicción penal:

Diligencias previas del Procedimiento Abreviado 99/2013 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 4 de Navalcarnero. El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 4 de Navalcarnero dictó Auto de continuación por los trámites del Procedimiento Abreviado con fecha de 19 de agosto de 2016. Posteriormente procedimiento abreviado 148/2013.

Procedimiento Abreviado 1311/2019 de la Sección nº 2 de la Audiencia Provincial de Madrid resuelto por Sentencia nº 541/2020 de 27 de octubre de 2020 que, seguido por delito continuado de prevaricación administrativa, delito continuado de falsedad en documento oficial cometido por autoridad o funcionario, delito continuado de falsedad en documento oficial cometido por particular,

delito continuado de malversación de caudales públicos y delito continuado de fraude en la contratación pública y en el que aparecen como acusados el alcalde, la interventora, un ingeniero técnico municipal y el director facultativo, absuelve a todos ellos de los cargos que se le imputaban en el proceso.

La Sentencia de 27 de octubre de 2020 declarada probados los siguientes hechos:

“1.- El Pleno del Ayuntamiento de Navalcarnero, en sesión celebrada el 27 de diciembre de 2005, aprobó el "Pliego de condiciones técnicas, jurídicas y económico-administrativas que han de regir en la contratación mediante concurso y por procedimiento abierto de la concesión de obra pública y para la construcción de un polideportivo en el barrio de la estación, en Navalcarnero (Madrid)", que comprendía tanto la construcción como la posterior gestión. Las obras deberían realizarse conforme al proyecto técnico redactado por el arquitecto D. (A), y estableciéndose como precio de las obras 16.485.859,96 euros, IVA incluido.

2.- Previos los trámites oportunos, en fecha 13 de marzo de 2006, la Mesa de Contratación acordó adjudicar el concurso a la oferta presentada por la entidad CONSTRUCTORA HISPÁNICA S.A., que posteriormente pasó a denominarse ASSIGNIA INFRAESTRUCTURAS S.A., por un precio de 14.837.273 euros, IVA incluido, produciéndose la adjudicación definitiva por el Pleno del Ayuntamiento en fecha 12 de mayo de 2006 y la firma del contrato en fecha 25 de mayo de 2006. En el mencionado contrato, se estipulaba que la constructora se comprometía a la ejecución de la obra conforme al proyecto técnico aprobado (cláusula primera), asumiendo el Ayuntamiento el pago del 80% del valor de la obra, esto es, 11.869.818,40 euros, y estableciéndose que cualquier

modificación que pudiera surgir durante la vigencia del contrato e implicase un incremento del coste se realizaría por cuenta y cargo del Ayuntamiento, previa aprobación del correspondiente expediente y Proyecto Modificado y tras los trámites oportunos (cláusula segunda). Y dicho contrato (cláusula cuarta) establece que las obras deberán realizarse conforme al proyecto aprobado por el órgano de contratación y en los plazos establecidos, pudiendo ser ejecutados con ayuda de la Administración, previo acuerdo entre las partes y que corresponde al órgano de contratación el control de la ejecución de la obra en los términos que se establecen en el pliego de prescripciones técnicas.

3.- Los distintos contratos y decretos de Alcaldía relativos a la construcción y posterior explotación del Polideportivo fueron firmados en representación del Ayuntamiento por el acusado, B., en su calidad de Alcalde- Presidente del municipio, condición que mantuvo durante este periodo.

4.- Adjudicada definitivamente la concesión, la dirección facultativa de obra fue asignada a C., arquitecto y socio de Oriol Arquitectura S.L. Por parte del Ayuntamiento, la supervisión de la obra recayó sobre E., en su condición de técnico municipal. Todo ello sin perjuicio de las funciones de control económico y presupuestario del Interventor del Ayuntamiento, puesto que durante este periodo desempeñó D.

Iniciadas las obras, fueron emitiéndose las certificaciones de obra mensuales. Todas ellas fueron suscritas la dirección facultativa, el representante de la contratista y el técnico municipal. Una vez firmada por todos los intervinientes, la certificación era examinada por la interventora municipal D., quien emitía su informe favorable, certificando la existencia de crédito. Finalmente se producía la

aprobación de la Junta de Gobierno Local; y posteriormente los pagos eran ordenados por decreto del Alcalde B., produciéndose los correspondientes pagos a la empresa constructora.

Desde el inicio de la ejecución existen diferencias entre lo realmente ejecutado y el proyecto técnico redactado por Oriol Arquitectura S.L. No resulta probado quién instó y/o aprobó la realización de dichas modificaciones.

5.- De conformidad con el sistema descrito, se realizaron 21 certificaciones:

** 31-07-2006: Certificación n° 1. Importe de ejecución por contrata 186.424,22 euros*

** 31-08-2006: Certificación n° 2. Importe de ejecución por contrata 592.917,62 euros*

** 29-09-2006: Certificación n° 3. Importe de ejecución por contrata 484.641,08 euros*

** 31-10-2006: Certificación n° 4. Importe de ejecución por contrata 287.969,45 euros*

** 30-11-2006: Certificación n° 5. Importe de ejecución por contrata 172.225,92 euros*

** 02-01-2007: Certificación n° 6. Importe de ejecución por contrata 80.373,37 euros*

** 31-01-2007: Certificación n° 7. Importe de ejecución por contrata 696.234,37 euros*

** -28-02-2007: Certificación n° 8. Importe de ejecución por contrata 883.952,73 euros*

** 30-03-2007: Certificación n° 9. Importe de ejecución por contrata
603.329,95 euros*

** 30-04-2007: Certificación n° 10. Importe de ejecución por contrata
273.553,26 euros*

** 31-05-2007: Certificación n° 11. Importe de ejecución por contrata
350.403 euros*

** 29-06-2007: Certificación n° 12. Importe de ejecución por contrata
238.332,53 euros*

** 31-07-2007: Certificación n° 13. Importe de ejecución por contrata
1.636.429,49 euros*

** 31-08-2007: Certificación n° 14. Importe de ejecución por contrata
444.036,18 euros*

** 28-09-2007: Certificación n° 15. Importe de ejecución por contrata
115.553,86 euros*

** 31-10-2007: Certificación n° 16. Importe de ejecución por contrata
0 euros*

** 30-11-2007: Certificación n° 17. Importe de ejecución por contrata
0 euros*

** 31-12-2007: Certificación n° 18. Importe de ejecución por contrata
0 euros*

** 31-01-2008: Certificación n° 19. Importe de ejecución por contrata
0 euros*

** 29-02-2008: Certificación n° 20. Importe de ejecución por contrata 3.031.002,40 euros*

** 31-03-2008: Certificación n° 21. Importe de ejecución por contrata 2.601.743,06 euros*

6.- A fecha de esta última certificación, se había abonado la práctica totalidad de las cantidades asumidas por el Ayuntamiento de Navalcarnero en relación con la ejecución de la obra original, considerándose que el dinero entregado a la empresa fue efectivamente destinado a la actividad de construcción que se venía desarrollando.

Con posterioridad la obra quedó paralizada durante más de dos años.

7.- El 21 de octubre de 2008 la contrata solicita la suspensión temporal total de las obras, que es informada favorablemente por E.; se aprueba y se firma un acta de suspensión temporal total de las obras el 6 de noviembre de 2008.

8.- Se redactó por el estudio Oriol Arquitectura S.L. un Proyecto Modificado n° 1, que fue aprobado por el Pleno del Ayuntamiento en fecha 16 de noviembre de 2010, siendo firmado el nuevo contrato entre el acusado B. y la contratista en fecha 26 de noviembre de 2010. El 29 de noviembre de 2010 se firma un acta de levantamiento de la suspensión temporal total de las obras que permite la ejecución de las obras recogidas en el Modificado n° 1 del Proyecto.

9.- En fecha 30 de noviembre de 2010 se expidieron la certificación 29 A por importe de ejecución de contrato de 2.340.973,02 euros y la certificación 29 B por importe de ejecución de contrato de 2.160.647,21 euros, si bien las mismas no llegaron a ser firmadas

por el acusado E., por lo que al no contar con todas las firmas necesarias no fueron aprobadas ni abonadas por el Ayuntamiento.

10.- Las certificaciones 1 a 21 recogen cuantías por elementos realmente ejecutados, aunque no reflejan las concretas partidas objeto de ejecución real sino otras. No resulta probado que D. y E. tuvieran conocimiento suficiente de que las concretas partidas ejecutadas no respondieran a la realidad.

11.- No resulta probado que B. fuera plenamente conocedor de que se estaban ejecutando unas obras con diferencias relevantes frente al proyecto aprobado, ni de la necesidad de llevar a cabo una modificación siguiendo el trámite establecido por el artículo 146.3 TRCAP. Y tampoco está acreditado que el Alcalde Sr. B. conociera la existencia de algún contenido falsario en las certificaciones o en el Modificado nº 1.

12.- No resulta probado que haya existido un acuerdo o concierto de los acusados para incumplir el concurso y el contrato de concesión y para hacer una obra diferente y más cara”.

El fundamento jurídico noveno de la sentencia concreta las irregularidades observadas en la ejecución de las obras al señalar:

“En la ejecución de las obras del polideportivo han concurrido diversas actuaciones administrativas irregulares en cuanto no respetan plenamente la normativa aplicable, entre las que destacan las que se examinan a continuación.

En primer lugar, la ejecución de obras con diferencias frente al proyecto aprobado por el Ayuntamiento.

Cabe recordar que el ordenamiento recoge que las obras han de ser ejecutadas con estricta sujeción a las estipulaciones contenidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares y al proyecto que sirve de base al contrato y conforme a las instrucciones que en interpretación técnica de éste diere al contratista el director facultativo de las obras, tal y como se recoge en el artículo 143 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP), aplicable por razones temporales (apartado 2 de la Disposición Transitoria Primera de la Ley 30/2007 de contratos del sector público dispone que se rigen por la normativa anterior los contratos adjudicados con anterioridad).

En segundo lugar, la emisión de certificaciones que no recogen la ejecución conforme al proyecto inicial (tal y como afirman diferentes personas que han depuesto en juicio oral); aunque sí que reflejan obra efectivamente ejecutada. En este último sentido, el informe del perito Sr. Héctor afirma que " el valor de la obra ejecutada se corresponde con el informe abonado por el Ayuntamiento" (folio 1256); y éste, al ratificar en juicio su informe, afirma expresamente que lo ejecutado se corresponde con lo pagado. A estos efectos, hay que tener en cuenta que el artículo 145.1 TRLCAP dispone que " A los efectos del pago, la Administración expedirá mensualmente, en los primeros diez días siguientes al mes al que correspondan, certificaciones que comprendan la obra ejecutada durante dicho período de tiempo, salvo prevención en contrario en el pliego de cláusulas administrativas particulares, cuyos abonos tienen el concepto de pagos a cuenta sujetos a las rectificaciones y variaciones que se produzcan en la medición final y sin suponer, en forma alguna, aprobación y recepción de las obras que comprenden". Y, por otra parte, el Reglamento General aprobado

por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP) contempla que la dirección de obra realizará mensualmente la medición de las unidades de obra ejecutadas durante el período de tiempo anterior (art. 147.1) y que, tomando como base las mediciones, redactará mensualmente la correspondiente relación valorada a origen (art. 148.1), sin que se pueda omitir por el hecho de que, en algún mes, la obra realizada haya sido de pequeño volumen o incluso nula, a menos que la Administración hubiese acordado la suspensión del obra (art. 148.2). Téngase en cuenta que el Ayuntamiento ha certificado los pagos realizados, según su contabilidad, por cada una de las certificaciones (folio 1582 al Tomo Documental).

En tercer lugar, la tardanza o dilación en la suspensión de la obra para la modificación del marco del proyecto y la propia vía jurídica utilizada para dicha modificación: tenía que haberse realizado con anterioridad; y las acusaciones defienden que debería haberse tramitado de forma diferente a como se hizo. Téngase en cuenta que el dictamen pericial de la arquitecta F. (folios 2034 y ss) de fecha 4 de noviembre de 2016, ratificado en el plenario por su autora, afirma que " la obra realizada se adjunta fielmente al diseño reflejado en el Proyecto Modificado nº 1" y que "el Proyecto Modificado nº 1, tenía como finalidad regularizar o legalizar las obras ya ejecutadas". En este sentido, hay que tener presente que resulta probado que el 21 de octubre de 2008 la contrata solicita la suspensión temporal total de las obras, que es informada favorablemente por E.; que se aprueba y se firma un acta de suspensión temporal total de las obras el 6 de noviembre de 2008, firmada por el alcalde B., el mismo técnico municipal, G. en representación de la contrata y C., arquitecto director de la obra. También está acreditado que se redactó por el estudio Oriol Arquitectura S.L. un Proyecto Modificado nº 1 en el que se establecía un incremento respecto del Proyecto Inicial valorado en

1.186.722,63 euros, IVA no incluido; y que dicho modificado fue aprobado por el Pleno del Ayuntamiento en fecha 16 de noviembre de 2010, siendo firmado el nuevo contrato entre el acusado B. y la contratista en fecha 26 de noviembre de 2010. El expediente del Modificado nº 1 figura a los folios 1278 y ss (Tomo documental 4). El 29 de noviembre de 2010 se firma un acta de levantamiento de la suspensión temporal total de las obras que permite la ejecución de las obras recogidas en el Modificado nº 1 del Proyecto (...)”.

Ante el Tribunal de Cuentas:

Procedimiento de reintegro por alcance nº C-40/18 Sector Público Local (Ayuntamiento de Navalcarnero) Madrid, ante el Departamento Tercero de la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas. Sentencia nº 1/2020 de 19 de febrero de 2020.

Confirmada por Sentencia nº 5/2021 de 24 de junio de 2021 de la Sala de Justicia de la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas.

La Sentencia de 19 de febrero de 2020 declara como hechos probados:

“El Pleno del Ayuntamiento, en sesión celebrada el día 27 de diciembre de 2005, aprobó el Pliego de condiciones técnicas, jurídicas y económico-administrativas que habían de regir en la contratación mediante concurso y por procedimiento abierto de la concesión de obra pública para la construcción de un polideportivo en el barrio de la E. en N., que comprendía no sólo la construcción sino la posterior gestión.

Recibidas tres ofertas, la propuesta de la mesa de contratación fue favorable a la presentada por C.H., S.A. que más adelante

cambiaría su denominación a A.I., S.A., por el precio de 14.837.273 €, siendo firmado el contrato el día 25 de mayo de 2006.

En el contrato se estableció que el Ayuntamiento financiaría el 80% del importe total de la ejecución por contrata y que dicha aportación se repartiría en dos ejercicios presupuestarios de igual cuantía por importe de 5.934.909,20 €.

Además se preveía que las modificaciones al proyecto que, durante la ejecución de la obra, pudieran surgir y que fueran susceptibles de producir incremento del coste de ejecución de la obra, se realizarían por cuenta del Ayuntamiento de N., previa aprobación del correspondiente expediente y proyecto modificado, y tras los trámites oportunos.

Iniciadas las obras, fueron emitiéndose las certificaciones de obra mensuales. Todas ellas aparecen suscritas por el arquitecto director de las obras (D.), por el representante de la empresa contratista y por el ingeniero técnico municipal (D.).

Está acreditado que a lo largo de los años 2006, 2007, 2008 y 2009 la entidad local atendió el pago de varias certificaciones de obra que le fueron presentadas. Se relacionan a continuación las veintiuna certificaciones de obra (21) pagadas, indicando su número, su importe, el número de la factura indicado entre paréntesis, y la fecha del pago de cada factura. Las certificaciones núm. 16, 17, 18 y 19 se expidieron por importe cero.

1.- 155.701,50 € (06/1098) 22/11/2006

2.- 495.204,76 € (06/1099) 22/11/2006

3.- 404.772,20 € (06/1239) 26/12/2006

- 4.- 240.512,07 € (06/1348) 26/12/2006
- 5.- 143.843,08 € (07/0001) 23/02/2007
- 6.- 67.545,43 € (07/0008) 23/02/2007
- 7.- 581.494,90 € (07/0134) 23/02/2007
- 8.- 738.277,28 € (07/0240) 07/06/2007
- 9.- 503.901,15 € (07/0417) 07/06/2007
- 10.- 228.471,67 € (07/1819) 27/06/2008
- 11.- 292.656,56 € (07/1820) 27/06/2008
- 12.- 199.055,30 € (07/0837) 27/06/2008
- 13.- 1.366.745,83 € (07/0976) 12/06/2008
- 14.- 370.859,00 € (07/1252) 27/06/2008
- 15.- 96.510,58 € (07/1821) 27/06/2008
- 16.- 0,00
- 17.- 0,00
- 18.- 0,00
- 19.- 0,00
- 20.- 2.531.493,03 € (08/0525) 29/07/2009
- 21.- 2.172.975,66 € (08/0526) 29/07/2009

Una vez firmada por todos los intervinientes, la certificación era examinada por la interventora municipal, quien emitía su informe favorable certificando la existencia de crédito. Finalmente se producía la aprobación de la Junta de Gobierno Local, ordenándose el pago por Decreto del Alcalde-Presidente.

La certificación núm. 20 se emite el 29 de febrero de 2008 y la certificación núm. 21 se emite el día 31 de marzo de 2008.

La empresa constructora solicitó al Ayuntamiento de N. con fecha 21 de octubre de 2008 la suspensión temporal total, y el 6 de noviembre de 2008 se suscribió por los representantes del Ayuntamiento y de la empresa constructora un acta de suspensión temporal total de las obras.

El 16 de noviembre de 2010 se aprueba por el Pleno del Ayuntamiento el modificado nº 1 del proyecto de ejecución y su correspondiente gasto por importe de 1.186.722,63 euros (IVA no incluido).

El 29 de noviembre de 2010 se firma con la empresa constructora, ahora A.I., S.A., un acta de levantamiento de la suspensión temporal total de las obras que permita la ejecución de las obras recogidas en el modificado nº 1 del proyecto.

Al día siguiente del levantamiento de la suspensión, el 30 de noviembre de 2010, la empresa contratista emite dos certificaciones con el mismo número 29, de igual fecha, con igual importe líquido de 2.160.649,21 € (importe bruto de 2.486.113,18 €) y con unos conceptos de la obra completamente distintos, siendo designadas como 29 A y 29 B, y que no fueron pagadas.

Ha quedado acreditado en autos que las certificaciones de obra pagadas por el Ayuntamiento no se correspondían con la obra realmente ejecutada. Ello se debe a que, desde el principio de la obra, no se procedió a ejecutar el proyecto original aprobado, sino que se ejecutó un proyecto modificado, distinto del proyecto original.

Así lo han expresado los cuatro informes periciales que constan aportados a los autos, coincidentes todos ellos en que la obra se ejecutaba desde el inicio conforme a lo que sería el posterior proyecto modificado n° 1. Igualmente, en la prueba testifical-pericial practicada en el juicio celebrado, todos los peritos autores de los informes aportados han ratificado esta conclusión.

La conclusión que se alcanza es que la obra no se había ejecutado, desde su inicio, ajustándose al proyecto de obras y al contrato, sino al futuro modificado n° 1, de manera que cuando éste es aprobado todos los cambios ya estaban hechos, de forma que el modificado n° 1 realmente lo que pretendía era legalizar una obra que se había ejecutado muy diferentemente de la prevista en el proyecto inicial objeto del contrato público. Dado que las certificaciones se emitían formal y aparentemente en ejecución del proyecto aprobado, pero la obra realmente ejecutada era distinta de la aprobada, la consecuencia es una discordancia entre lo realmente ejecutado y lo certificado y al final, pagado.

Esta discordancia ha sido reconocida también por el Ingeniero Técnico municipal D. en su declaración como testigo en las Diligencias Previas n° 99/2013 (Juzgado de 1° Instancia e Instrucción n° 4 de N.) al afirmar que la obra que se estaba ejecutando no coincidía con el proyecto que estaba aprobado, sino con el proyecto modificado (al folio 267), y también en su posterior

declaración ya como imputado (al folio 488) al señalar que la certificación de obra se ajustaba al proyecto, pero no a lo ejecutado.

Igualmente, el arquitecto director de las obras D., en el interrogatorio de partes practicado en el juicio, declaró que las obras arrancaron desde el principio con un modificado, y que la empresa concesionaria, al contratarle le informó que la obra a ejecutar era distinta y más grande que el proyecto que estaba aprobado.

SEGUNDO.- Las obras de construcción del polideportivo en el Barrio de la E. de N. quedaron suspendidas desde el mes de noviembre del año 2008. La empresa constructora solicitó al Ayuntamiento de N. con fecha 21 de octubre de 2008 la suspensión temporal total, y el 6 de noviembre de 2008 se suscribió por los representantes del Ayuntamiento y de la empresa constructora un acta de suspensión temporal total de las obras.

Posteriormente, el 29 de noviembre de 2010 se firmó un acta de levantamiento de la suspensión temporal total de las obras, suscrita por los representantes del Ayuntamiento y de la empresa constructora. Ello no obstante, las obras, que estaban materialmente paradas desde noviembre del año 2008, no se reanudaron.

Este abandono de la obra ya construida motivó que se produjeran en las instalaciones actos de vandalismo, sustracciones, deterioros por el paso del tiempo y, en determinados elementos constructivos, deterioros por estar expuestos a los agentes atmosféricos.

La realidad de este deterioro padecido por la obra ha quedado acreditada por los informes periciales aportados a la causa, dos de los cuales lo han cuantificado. El informe emitido por A. N.

cuantifica los daños en 1.154.887,94 euros, y en 1.236.884,99 euros si se incluyen gastos generales, beneficio industrial y baja a la fecha del informe, que es de 26 de mayo de 2016. El informe del arquitecto municipal Sr. (...) estima el deterioro padecido por las obras en 1.890.566,73 euros”.

La Sentencia recaída en el procedimiento de Reintegro por alcance nº 40/18 considera que, de acuerdo con la prueba practicada, las certificaciones abonadas mediante las facturas 08/0525 y 08/0526, que se pagaron el día 29 de julio de 2009 por un importe total de 4.704.468,69 euros, ocasionaron un menoscabo a los fondos municipales de 1.862.092,72 euros, más sus intereses legales; declara al alcalde y al ingeniero técnico municipal como responsables contables directos del daño causado al erario municipal y les condena al pago de los intereses legales correspondientes.

En relación con el ingeniero técnico municipal el fundamento jurídico sexto de la sentencia dice que:

“(...) concurren todos los requisitos para considerarle responsable contable directo del menoscabo sufrido al abonar las certificaciones de obra. En su condición de Técnico municipal, cargo que aceptó y desempeñó voluntariamente, manifestó su conformidad, materializada siempre mediante su firma, con las certificaciones de obra expedidas y presentadas por la empresa constructora que realizaba las obras. Su conformidad con la certificación de obra era requisito imprescindible en el iter procedimental que conducía al pago de la correspondiente factura, por lo cual su intervención en el proceso conducente a la salida de los fondos públicos era tan necesaria como determinante.

En cuanto a la nota de subjetividad, que exige dolo, culpa o negligencia grave, debe apreciarse en este caso. Ha quedado

plenamente demostrado en la fase probatoria, tanto a luz de todos los dictámenes periciales aportados como por las declaraciones testificales, que las certificaciones de obra presentadas no se correspondían con la obra realmente ejecutada. Esta discordancia entre lo realizado y lo certificado no podía escapar al Técnico municipal cuya responsabilidad era, precisamente, validar la exactitud de las certificaciones presentadas”.

En relación con la actuación del alcalde, la Sentencia de 19 de febrero de 2020 del Departamento Tercero de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas dice que:

“(...) concurren igualmente todos los requisitos para considerarle responsable contable directo del menoscabo sufrido al abonar las certificaciones de obra. Como Alcalde-Presidente, ordenó los pagos de todas las certificaciones y de sus correspondientes facturas, por lo cual su intervención en la salida de fondos públicos es evidente.

Su conocimiento de que se estaban abonando certificaciones no correspondientes con la realidad, sino correspondientes a un proyecto de obra distinto del adjudicado, ha quedado demostrado a lo largo de la prueba practicada. Varios testimonios han sido concluyentes respecto al hecho de que la decisión de ejecutar un proyecto alternativo de polideportivo fue impulsada por el propio Alcalde de N.. Por ello, este Juzgador considera que, cuando ordenó los pagos de la obra del Polideportivo del Barrio de la E., era plenamente consciente de que se trataba de pagos no ajustados a la realidad de lo ejecutado. Esta conducta por parte de la máxima autoridad municipal, responsable de los fondos públicos, merece un reproche evidente que se traduce en su declaración como responsable contable del menoscabo”.

En relación con la situación actual del polideportivo, por los daños padecidos por el deterioro posterior de la obra realizada, se analiza en el fundamento jurídico decimoséptimo de la Sentencia de 19 de febrero de 2020 que declara:

“Como se ha consignado en el apartado segundo de hechos probados de esta resolución, las obras de construcción del polideportivo en el Barrio de la E. de N. quedaron suspendidas desde noviembre del año 2008. La empresa constructora solicitó al Ayuntamiento con fecha 21 de octubre de 2008 la suspensión temporal total, y el 6 de noviembre de 2008 se firmó por los representantes del Ayuntamiento y de la empresa constructora un acta de suspensión temporal total de las obras. Posteriormente, el 29 de noviembre de 2010 se firmó un acta de levantamiento de la suspensión temporal total de las obras, suscrita por los representantes del Ayuntamiento y de la empresa constructora. Al día siguiente, 30 de noviembre, se presentó la certificación nº 29, que nunca fue abonada por el Ayuntamiento. Las obras, que estaban materialmente paradas desde noviembre de 2008, no se reanudaron.

Ha aducido la parte demandante que la obra construida quedó abandonada, por lo que ha sufrido robo, vandalismo, deterioros por el paso del tiempo y, en determinados elementos constructivos, deterioros por quedar expuestos a los agentes atmosféricos. Por ello, hay que considerar y valorar las reposiciones y en su caso reparaciones necesarias de las obras ejecutadas y actualmente deterioradas.

Dos de los informes periciales cuantifican este deterioro. El informe de A.N. lo cuantifica en 1.154.887,94 euros, y en 1.236.884,99 euros si se incluyen gastos generales, beneficio industrial y baja a la fecha del informe, que es de 26 de mayo de 2016. El informe del

arquitecto municipal SR. E. G. lo estima en 1.890.566,73 euros, siendo la fecha del informe el día 22 de octubre de 2017. El Ayuntamiento de N., en su demanda, hace suya la valoración del arquitecto municipal y solicita que se condene a las personas demandadas como responsables de un daño a los fondos municipales por el importe del deterioro sufrido por la obra.

Esta pretensión no puede ser admitida, pues la obligación de vigilancia de las obras corresponde a la empresa contratista hasta la entrega definitiva de la obra, y en ningún caso a la administración pública contratante. En consecuencia, la responsabilidad por los deterioros, robos o vandalismo recae plenamente en la empresa contratista y no en los responsables municipales. El Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, vigente en aquel momento, preceptuaba en su art. 143.2 que durante el desarrollo de las obras y hasta que se cumpla el plazo de garantía, el contratista es responsable de los defectos que en la construcción puedan advertirse, añadiendo el art. 144 que, en casos de fuerza mayor y siempre que no exista actuación imprudente por parte del contratista, éste tendrá derecho a una indemnización por los daños y perjuicios que se le hubieren producido (incendios causados por la electricidad atmosférica, terremotos, inundaciones, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público, etc.)”.

Y añade:

“Pero, hasta que no se reciba definitivamente la obra y se realice la liquidación, las obligaciones de custodia no le corresponden a la entidad local. El eventual incumplimiento de las funciones de vigilancia y protección de la instalación por parte del contratista no

puede significar en ningún caso el surgimiento de una responsabilidad contable para los responsables municipales”.

CUARTO.- 1.- Con fecha 14 de junio de 2021 el concejal delegado de Hacienda y Control de Contratación acuerda, a la vista de que la obra de construcción del polideportivo, financiada el 80% por el Ayuntamiento de Navalcarnero y pagada prácticamente en su totalidad, se encuentra paralizada, sin haberse llegado a terminar y haber quedado abandonada, acuerda solicitar informes sobre la procedencia de resolver el contrato y revisar los pagos producidos.

2. El día 7 de julio de 2021 el arquitecto municipal emite informe en el que concluye:

“Las obras realizadas desde el primer momento no se ajustaron al proyecto original de la obra aprobado por el Ayuntamiento en 2005 que fue objeto de licitación, sino al Modificado nº 1 de 2010. La variación más significativa ya queda recogida en el acta de reunión de obra nº 2 de fecha 11 de septiembre de 2006, como se ha podido ver en páginas anteriores.

La obra fue ejecutada entre julio de 2006 (certificación nº 1) y marzo de 2008 (certificación nº 21). Después se acordó la suspensión temporal total de la obra (6/11/2008). La suspensión se levantó el 29/11/2010, mismo mes en el que se aprobó el modificado, se firmó el contrato modificado y se emitió la certificación 29 (referida a noviembre de 2010 y suscrita el 30/11/2010), la cual tuvo dos versiones y fue rechazada por el Ayuntamiento, sin que hubiera tiempo material para realizar las obras comprendidas en tal certificación. Posteriormente, la obra fue abandonada cuando aún faltaba una considerable parte de la misma para su terminación. Después hubo actos vandálicos y robos por falta de vigilancia y control.

Respecto al Modificado, se ha podido comprobar que existen partidas incluidas en el Proyecto original que se dejan a cero, otras partidas están medidas muy por debajo de su medición real. La gran mayoría de las primeras se estima que son absolutamente necesarias para la correcta terminación de la obra. Ambas supondrían un incremento sobre lo presupuestado que conllevaría seguramente a un nuevo Modificado.

Junto a lo anterior, las mediciones realizadas ponen de manifiesto que hay partidas certificadas y abonadas por el Ayuntamiento que, a nuestro juicio, no se llegaron nunca a ejecutar, las cuales han quedado relacionadas en los cuadros recogidos en el presente informe. Asimismo, se ha constatado la existencia de partidas cuya medición en el modificado y recogido en la certificación es superior a lo que correspondería en obra, también se da el caso de que hay partidas con medición muy baja en el modificado y que en realidad tendrían una medición muy superior. En cualquier caso, se ha valorado la realidad construida existente en el momento de realizar este informe.

El perjuicio resultante ocasionado por la concesionaria al Ayuntamiento es fruto de dos conceptos: la diferencia entre lo abonado (el Ayuntamiento ha pagado la cantidad de 10.590.019,99 €, resultante de las certificaciones de obra 1 a 21) y lo que le hubiera correspondido abonar por la obra en su estado actual, y los gastos derivados del abandono de la obra por parte de la concesionaria y que han propiciado la entrada de personas ajenas a la obra, destrozos, acumulación de basuras, escombros, etc. Estos no están contemplados en las mediciones del proyecto modificado, pero deberán ser acometidos necesariamente por el Ayuntamiento para la correcta conservación de la obra existente.

Teniendo en cuenta lo anterior, los perjuicios ocasionados por la concesionaria, se cifran en 4.274.969,07 €”.

3.- Con fecha 16 de julio de 2021 emite informe jurídico una técnico de la Administración General con el visto bueno del secretario general del Ayuntamiento que concluye:

“A la vista de lo expuesto, procede elevar al Ayuntamiento Pleno propuesta para iniciar expediente para la tramitación del procedimiento de resolución del contrato administrativo de concesión de obra pública para la construcción de un Polideportivo en el Barrio de la Estación, en Navalcarnero y su posterior gestión por causa imputable al contratista ASSIGNIA INFRAESTRUCTURAS, S.A., por incumplimiento de los artículos 95.1, 143, 145, 221.1.b, 236.1 y 243 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, y de lo dispuesto en las Cláusulas 1.1, 1.4, 6.1, 17 y 32 del Pliego de condiciones, y Cláusulas Primera, Tercera, Cuarta, Quinta y Séptima del contrato administrativo, en aplicación de lo dispuesto en los Artículos 111.e y g y 264.j del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio y en la Cláusula 21.1 del Pliego de condiciones y Cláusula Décima del contrato. La resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, siguiendo el procedimiento establecido en el Artículo 109 del 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. Una vez adoptado el acuerdo de inicio, deberá darse audiencia al contratista, así como al avalista o asegurador, por un plazo de diez días naturales.

Asimismo, en el caso de que el Ayuntamiento considere que los acuerdos de aprobación de las certificaciones de obra adolecen del

vicio de nulidad comprendido en el Artículo 62.1.a del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en relación con el Artículo 62.1.f de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, procede elevar al Ayuntamiento Pleno acuerdo para iniciar expediente para declarar de oficio la nulidad de las certificaciones de obra nº 7, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 20 y 21, de conformidad con el Artículo 102.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, puesto que, en virtud de los actos de aprobación de las certificaciones, el contratista obtuvo unos derechos de cobro, cuando carecía de los requisitos para ello, al contener las certificaciones obra realmente no ejecutada, y faltando un requisito esencial de las certificaciones, como es su veracidad. Una vez adoptado el acuerdo de inicio, deberá darse audiencia a todos los interesados a los que los actos de aprobación de las certificaciones de obra hubiesen generado efectos favorables, a los efectos de que formulen alegaciones y presentar los documentos y justificaciones que estimen pertinentes; y, posteriormente, solicitar dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma”.

4.- El día 16 de julio de 2021 la interventora accidental emite informe favorable a la resolución del contrato de concesión de obra pública, así como a la iniciación de expediente para declarar de oficio la nulidad de las certificaciones de obra afectadas por obra no ejecutada que afectan a las certificaciones 7, de 9 a 15 y 20 y 21, cifradas en un importe de 1.542.378,25 €.

5.- Con esa misma fecha, 16 de julio de 2021 el concejal delegado de Hacienda del Ayuntamiento de Navalcarnero propone al Pleno el

inicio de un expediente de resolución del contrato por las causas invocadas en el informe jurídico así como iniciar, simultáneamente, expediente para declarar de oficio la nulidad de las certificaciones de obra nº 7, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 20 y 21, *“de conformidad con el artículo 102.1 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (sic), por la causa de nulidad de pleno derecho comprendida en el Artículo 62.1.a del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en relación con el Artículo 62.1.f de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (sic), puesto que, en virtud de los actos de aprobación de las certificaciones de obra, el contratista obtuvo unos derechos de cobro, cuando carecía de los requisitos para ello, al contener las certificaciones obra realmente no ejecutada, y faltando un requisito esencial de las certificaciones, como es su veracidad”*.

Además, al considerar que concurre incumplimiento culpable del contratista propone la incautación de las dos garantías definitivas constituidas por la empresa concesionaria, la primera por importe de 474.792,73 € constituidas mediante aval prestado por UNICAJA BANCO, S.A. y la segunda, por importe de 56.013,31 €, constituida mediante seguro de caución de Caja de Seguros Reunidos Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A. (CASER SEGUROS).

Asimismo, a la vista de los informes emitidos propone que la empresa concesionaria indemnice al órgano de contratación de los daños y perjuicios ocasionados en lo que exceda el importe de la garantía incautada, cifrándose los perjuicios ocasionados en 4.274.969,07 €. Y añade que *“el concesionario deberá proceder a indemnizar al Ayuntamiento de Navalcarnero, con los intereses legales desde la fecha de los pagos realizados, liquidados sobre los importes de la obra no ejecutada y que afectan a las certificaciones 7, de 9 a 15 y 20*

y 21, cifrados en un importe de 1.542.378,25 €, de conformidad con lo dispuesto en el informe de la Intervención”.

6.- El día 26 de julio de 2021 el Pleno del Ayuntamiento adoptó por unanimidad la propuesta formulada por el concejal delegado de Hacienda citada anteriormente acordándose su notificación a la empresa concesionaria, a la empresa ASCH Infraestructuras y Servicios, S.A., así como a la entidad avalista y a la entidad aseguradora.

El Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Navalcarnero dirigido a la entidad concesionaria se intentó notificar por correo postal el día 11 de agosto de 2021, sin poder practicar la notificación en la dirección indicada por encontrarse ausente de reparto, dejándose aviso de llegada en el buzón sin haber sido retirado, así como por medio de notificación electrónica dirigida a la dirección de correo electrónico indicada por el administrador concursal como representante de la empresa concesionaria declarada en concurso, puesta a disposición en la sede el día 3 de agosto de 2021 y entendiéndose rechazada el día 14 de agosto, de conformidad con el artículo 43 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común, al haber transcurrido diez días naturales desde la puesta a disposición de la notificación sin que se hubiera accedido a su contenido.

El Acuerdo del Pleno de 26 de julio de 2021 fue recepcionado por la entidad ASCH Infraestructuras y Servicios, S.A. el día 4 de agosto de 2021, así como a la entidad aseguradora el día 5 de agosto y a la entidad avalista el día 14 de agosto.

7.- Con fecha 13 de agosto de 2021, la entidad ASCH Infraestructuras y Servicios, S.A. presenta escrito de alegaciones en las que manifiesta, en primer lugar, que dicha entidad no se subrogó ni le fue cedido el contrato cuya resolución se pretende, habiendo actuado

únicamente en el Procedimiento Ordinario 194/2016 y en el Procedimiento Ordinario 512/2014 únicamente como sustituto procesal para continuar las reclamaciones iniciadas por la concesionaria. Alega así que en el contrato de compraventa de la unidad productiva se estipuló que quedaban excluidas de la cesión las reclamaciones dirigidas contra Assignia y sus filiales, *“que no serán objeto de subrogación”* y que *“la gestión de estas reclamaciones permanecerá en el concurso”*.

No obstante, *“dada la hipotética incidencia en los derechos e intereses de mi representada que pudiera tener el acuerdo que el ayuntamiento adopte, en su caso, en el expediente recientemente incoado”*, alega que los informes periciales aportados son informes de parte que carecen de la necesaria objetividad e imparcialidad y que los expedientes administrativos o judiciales (jurisdicción penal o contencioso-administrativa) en los que se apoya el ayuntamiento para justificar su decisión de resolución contractual (salvo el relativo a la reclamación de los intereses de demora), sus respectivas, resoluciones, acuerdos o sentencias no son firmes y, por lo tanto, están sujetos a una eventual revisión que impide que puedan utilizarse como hechos o consideraciones probadas.

Alega, además, que concurre una litispendencia porque todavía no ha recaído sentencia en el Procedimiento Ordinario 512/2014, por lo que debería suspenderse el procedimiento hasta su resolución.

Considera que no ha habido incumplimiento de la concesionaria al ejecutar la obra con sujeción al proyecto aprobado y al contrato, ni abandono de la obra, ni incumplimiento del plazo total de ejecución del contrato ni incumplimiento de la obligación de vigilancia y custodia de la obra, porque de todos los informes incorporados al procedimiento resulta acreditado que el proyecto original era defectuoso e incompleto, lo que unido al hecho de que aún persistía la afección de la línea

ferroviaria de cercanías que interfería en la ejecución de la obra, provocó que la concesionaria tuviera que solicitar en varias ocasiones en 2008 la suspensión temporal total de la obra y considera que ha existido una suspensión temporal total de la obra de facto desde el 22 de febrero de 2011 fecha del acta de recepción parcial de las obras hasta la actualidad por la necesidad de tramitar un proyecto modificado nº 2 de las obras, *“pues con el proyecto original y el proyecto modificado no resultaba posible que ASSIGNIA continuase con la correcta ejecución de la obra y tampoco resultaba posible un correcto funcionamiento de la instalación”*.

Alega que no procede la revisión de oficio de las certificaciones de obra al tratarse los vicios de nulidad radical de interpretación restrictiva y de carácter excepcional y no concurrir en el presente caso, al haber sido emitidas y aprobadas por la Administración de acuerdo con el procedimiento previsto en el artículo 145 del TRLCAP y artículos 147 a 150 del TRLCSP y, por tanto, que *“todas las unidades de obra que fueron objeto de las certificaciones fueron objeto de las correspondientes mediciones con todas las garantías correspondientes y han sido revisadas por el órgano fiscalizador del ayuntamiento y aprobadas por el órgano de contratación”*. Considera que, ante la eventual existencia de una infracción del ordenamiento jurídico lo procedente sería haber utilizado la vía del artículo 103 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (revisión de oficio de actos anulables [actual artículo 107 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC)], y que el plazo para el ejercicio de esta acción es de 4 años, por lo que ya habría transcurrido con creces dicho plazo.

Además, dice que la Sentencia de 28 de enero de 2019 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 7 de Madrid condenó al

ayuntamiento al pago a ASCH Infraestructuras y Servicios, S.A., como sucesora procesal de Assignia Infraestructuras, S.A., de los intereses de demora derivados del pago tardío de las certificaciones nº 1, 2, 3, 5, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 20 y 21, lo que produce efectos de cosa juzgada e impide a la Administración dictar una resolución administrativa que pueda cambiar, alterar, suprimir o modificar lo acordado en una sentencia judicial firme.

8.- Con fecha 14 de septiembre de 2021, a la vista de las alegaciones presentadas por ASCH Infraestructuras y Servicios, S.A., se emite informe jurídico por la técnico de la Administración General con el visto bueno del secretario del Ayuntamiento de Navalcarnero en el que da respuesta a las alegaciones formuladas tanto en relación con el procedimiento de resolución del contrato como en el procedimiento de revisión de oficio de las certificaciones de obras nº 7, de 9 a 15 y 20 y 21.

9.- A la vista del anterior informe, el concejal delegado de Hacienda redacta propuesta de resolución en la que propone elevar al Pleno del Ayuntamiento desestimar las alegaciones presentadas por la empresa ASCH Infraestructuras y Servicios, S.A., por las razones expuestas en el informe jurídico emitido con fecha 14 de septiembre de 2021 y:

“Segundo. - Aprobar la resolución del contrato administrativo de concesión de obra pública para la construcción de un Polideportivo en el Barrio de la Estación, en Navalcarnero y su posterior gestión, por causa imputable al contratista ASSIGNIA INFRAESTRUCTURAS, S.A., por incumplimiento de los Artículos 95.1, 143, 145, 221.1.b, 236.1 y 243 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, y de lo dispuesto en las Cláusulas 1.1, 1.4, 6.1, 17 y 32 del Pliego de condiciones, y Cláusulas Primera,

Tercera, Cuarta, Quinta y Séptima del contrato administrativo, en aplicación de lo dispuesto en los Artículos 111.e y g y 264.j del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio y en la Cláusula 21.1 del Pliego de condiciones y Cláusula Décima del contrato, de conformidad con el procedimiento establecido en el Artículo 109 del 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.

Tercero. – Simultáneamente a lo dispuesto en el acuerdo anterior, declarar de oficio la nulidad de las certificaciones de obra nº 7, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 20 y 21, de conformidad con el Artículo 102.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, por la causa de nulidad de pleno derecho comprendida en el Artículo 62.1.a del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en relación con el Artículo 62.1.f de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, puesto que, en virtud de los actos de aprobación de las certificaciones de obra, el contratista obtuvo unos derechos de cobro, cuando carecía de los requisitos para ello, al contener las certificaciones obra realmente no ejecutada, y faltando un requisito esencial de las certificaciones, como es su veracidad.

Cuarto. – A la vista de lo expuesto en la presente propuesta, y de conformidad con los informes municipales obrantes en el expediente, incautar las dos garantías definitivas depositadas por el contratista, de conformidad con los Artículos 113.4 y 266.4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones

Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio: Aval de fianza definitiva prestado por UNICAJA BANCO SA por importe de 474.792,73 €, en concepto de garantía definitiva del contrato de concesión de obra pública, y seguro de caución de CAJA DE SEGUROS REUNIDOS COMPAÑIA DE SEGUROS Y REASEGUROS SA (CASER SEGUROS) por importe de 56.013,31 € en concepto de complemento de garantía definitiva de conformidad con el nuevo precio del contrato relativo al modificado nº 1.

Quinto. – Asimismo, a la vista de lo expuesto en la presente propuesta, y de conformidad con los informes municipales obrantes en el expediente, acordar una indemnización a favor del órgano de contratación de los daños y perjuicios ocasionados en lo que exceda del importe de la garantía incautada, de conformidad con los citados Artículos 113.4 y 266.4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio. Los perjuicios ocasionados por la concesionaria se cifran en 4.274.969,07 euros, de conformidad con el Informe del Arquitecto Municipal de 02/07/2021. Igualmente, el concesionario deberá proceder a indemnizar al Ayuntamiento de Navalcarnero, con los intereses legales desde la fecha de los pagos realizados, liquidados sobre los importes de la obra no ejecutada y que afectan a las certificaciones 7, de 9 a 15 y 20 y 21, cifrados en un importe de 1.542.378,25 euros, de conformidad con lo dispuesto en el Informe de Intervención de 16/07/2021.

Sexto. – No obstante, al formularse oposición por parte de ASCH INFRAESTRUCTURAS Y SERVICIOS, S.A. tanto al acuerdo de resolución del contrato como a la declaración de nulidad de las certificaciones de obra, con carácter previo, deberá solicitarse la emisión de dictamen preceptivo a la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid.

Séptimo. – Acordar 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 a los interesados, y la recepción del dictamen, que igualmente deberá ser comunicada a los interesados, ASSIGNIA INFRAESTRUCTURAS, S.A., ASCH INFRAESTRUCTURAS Y SERVICIOS, S.A., UNICAJA BANCO SA y CAJA DE SEGUROS REUNIDOS COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS SA (CASER SEGUROS)”.

No consta en el expediente remitido que se haya comunicado a todos los interesados en el procedimiento la suspensión del procedimiento así acordada.

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) b. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, por tratarse de un expediente de revisión de oficio tramitado por el Ayuntamiento de Navalcarnero, a solicitud de su alcalde, remitido a través del consejero de Administración Local y Digitalización, en virtud de lo dispuesto en el artículo 18.3.c) del ROFCJA.

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

El Ayuntamiento de Navalcarnero está legitimado para recabar dictamen de esta Comisión en virtud de lo dispuesto en el ya citado apartado 1 en relación con el 3.1.f).b del artículo 5 de la Ley 7/2015, que establece la necesidad de solicitar su dictamen preceptivo por las entidades locales del ámbito territorial de la Comunidad de Madrid para acordar la revisión de oficio de los actos y disposiciones administrativas en los supuestos establecidos en las leyes.

El artículo 106.1 de la LPAC, al igual que lo hacía el artículo 102.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), establece la posibilidad de que las Administraciones públicas, en cualquier momento, declaren de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el artículo 47.1. Para ello será necesario que concurra en el acto a revisar alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 47.1 de la LPAC (artículo 62.1 LRJPAC), y, desde el punto de vista del procedimiento y garantía del ajuste de la actividad administrativa al principio de legalidad, que se haya recabado dictamen previo del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, y que éste tenga sentido favorable.

De este artículo se desprende que la adopción del acuerdo de revisión de oficio tendrá lugar siempre previo dictamen favorable del órgano consultivo correspondiente, que adquiere en determinado supuesto carácter vinculante. La referencia que el artículo 106 de la LPAC, en sus apartados 1 y 2, hace al Consejo de Estado “*u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma*”, debe entenderse hecha, a partir de su creación, a la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, creada por la ya citada Ley 7/2015.

SEGUNDA.- La revisión de oficio en el ámbito local, con carácter general, se regula en el artículo 53 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL), que permite a las Corporaciones Locales revisar sus actos y acuerdos en los términos y con el alcance que, para la Administración del Estado, se establece en la legislación del Estado reguladora del procedimiento administrativo común.

Igualmente, los artículos 4.1.g) y 218 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, aprobado por el Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, indican que dichas Corporaciones, dentro de la esfera de sus competencias, tienen atribuida la potestad de revisión de oficio de sus actos, resoluciones y acuerdos, con el alcance que se establece en la legislación del Estado reguladora del procedimiento administrativo común.

La señalada remisión a la legislación del Estado conduce a los artículos 106 a 111 LPAC.

Previamente al análisis material de la posible nulidad de pleno derecho de las certificaciones de obra aprobadas por el Ayuntamiento de Navalcarnero, debe hacerse una referencia al procedimiento.

El artículo 106 LPAC no contempla un procedimiento específico para la tramitación de los expedientes de declaración de nulidad, por lo que se entienden aplicables las normas recogidas en el título VI de dicho cuerpo legal, denominado “*Disposiciones Generales sobre los procedimientos administrativos*”, con la especialidad exigida por el artículo 106, que establece como preceptivo el previo dictamen favorable del órgano consultivo que corresponda.

En el presente caso, el procedimiento se inició el día 14 de junio de 2021 por providencia del concejal delegado de Hacienda y Control de Contratación que acordó, a la vista de que la obra de construcción del polideportivo, financiada el 80% por el Ayuntamiento de Navalcarnero y pagada prácticamente en su totalidad, se encuentra paralizada, sin haberse llegado a terminar y haber quedado abandonada, solicitar informes sobre la procedencia de resolver el contrato y revisar los pagos producidos.

Estas normas generales procedimentales determinan que la tramitación del expediente continúe con la realización de los actos de instrucción necesarios *“para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución”* (artículo 75 de la LPAC). Estas actuaciones instructoras, pueden consistir en la emisión de los correspondientes informes en garantía de la legalidad, objetividad y acierto de la resolución final que se dicte en el procedimiento, exigidos con carácter general por el artículo 79 de la LPAC.

A estos efectos, han emitido informe el arquitecto municipal con fecha 7 de julio de 2021 y la interventora accidental con fecha 16 de julio de 2021.

De conformidad con el artículo 3.3 del Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional (en adelante, R.D. 128/2018), la función de asesoramiento legal preceptivo corresponde a la secretaría cuyo informe previo, en los procedimientos de revisión de oficio de actos de la entidad local, a excepción de los actos de naturaleza tributaria, resulta preceptivo (ex artículo 3.3.c)3º del R.D. 128/2018).

En este sentido, consta en el expediente un informe de una técnica de la Administración General con el visto bueno del secretario del Ayuntamiento de Navalcarnero, de 16 de julio de 2021 favorable a la revisión de oficio de las certificaciones de obra nº 7, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 20 y 21.

Se observa que el expediente se inició por providencia del concejal delegado de Hacienda y Control de Contratación de 14 de junio de 2021 por la que solicitaba informe al técnico jurídico del Departamento de Contratación, a la Secretaría General, al arquitecto municipal y a la Intervención General y no por el Pleno, como correspondería. No obstante, consta en el expediente el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Navalcarnero de 26 de julio de 2021 acordando, a la vista de los informes emitidos, el inicio del procedimiento de resolución del contrato y revisión de oficio de algunas de las certificaciones aprobadas. Por tanto, debe considerarse ratificada la actuación del concejal delegado de Hacienda y Control de Contratación y por iniciado el procedimiento de revisión de oficio el día 14 de junio de 2021.

Como en todo procedimiento administrativo, aunque no lo establezca expresamente el artículo 106.1 de la LPAC, se impone la audiencia del interesado, trámite contemplado con carácter general en el artículo 82 de la LPAC, que obliga a que se dé vista del expediente a los posibles interesados, a fin de que puedan alegar y presentar los documentos y justificantes que estimen pertinentes en defensa de sus derechos.

De acuerdo con lo anterior, el día 26 de julio de 2021 el Pleno del Ayuntamiento adoptó por unanimidad la propuesta formulada por el concejal delegado de Hacienda citada anteriormente acordándose su notificación a la empresa concesionaria, a la empresa ASCH Infraestructuras y Servicios, S.A., así como a la entidad avalista y a la

entidad aseguradora, si bien estas últimas no tendrían la condición de interesados en el procedimiento de revisión de oficio de algunas de las certificaciones de obra emitidas y aprobadas por el Ayuntamiento de Navalcarnero.

No ha formulado alegaciones la empresa contratista. Sí lo ha hecho la entidad ASCH Infraestructuras y Servicios, S.A. que con fecha 13 de agosto de 2021, presenta escrito de alegaciones en las que considera improcedente el procedimiento de revisión de oficio de las certificaciones de obra al no concurrir un vicio de nulidad radical, al haber sido emitidas y aprobadas por la Administración de acuerdo con el procedimiento previsto en el artículo 145 del TRLCAP y artículos 147 a 150 del TRLCSP.

Alega, además, la Sentencia de 28 de enero de 2019 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 7 de Madrid condenó al ayuntamiento al pago a ASCH Infraestructuras y Servicios, S.A., como sucesora procesal de Assignia Infraestructuras, S.A., de los intereses de demora derivados del pago tardío de las certificaciones nº 1, 2, 3, 5, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 20 y 21, lo que produce efectos de cosa juzgada e impide a la Administración dictar una resolución administrativa que pueda cambiar, alterar, suprimir o modificar lo acordado en una sentencia judicial firme.

Si bien es cierto que, tras el trámite de audiencia se ha incorporado con fecha 14 de septiembre de 2021 un informe jurídico por la técnico de la Administración General con el visto bueno del secretario del Ayuntamiento de Navalcarnero en el que da respuesta a las alegaciones formuladas, es preciso tener en cuenta que el artículo 82 de la LPAC prevé que la audiencia a los interesados será anterior a la solicitud del informe del órgano competente para el asesoramiento jurídico, en el caso de que este forme parte del procedimiento, como es el caso.

Finalmente, con carácter previo a la solicitud de dictamen del órgano consultivo, debe redactarse la propuesta de resolución en la que la Administración consultante se pronuncie sobre la procedencia de la nulidad solicitada, con inclusión de los correspondientes antecedentes, fundamentos jurídicos y parte dispositiva, en la que se concrete, en su caso, la causa en la que se apoya la nulidad.

Consta en el presente caso propuesta del concejal delegado de Hacienda en la que propone elevar al Pleno del Ayuntamiento para que acuerde desestimar las alegaciones presentadas por la empresa ASCH Infraestructuras y Servicios, S.A., por las razones expuestas en el informe jurídico emitido con fecha 14 de septiembre de 2021.

En relación con el plazo para la tramitación del nuevo procedimiento, al tratarse de un nuevo procedimiento iniciado de oficio por la Administración y susceptible de producir efectos desfavorables para la sociedad interesada, el plazo máximo de resolución del procedimiento es de 6 meses.

Consta en el expediente que la propuesta de resolución del concejal delegado de Hacienda de 16 de septiembre de 2021 propone que el Pleno acuerde *“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 a los interesados, y la recepción del dictamen, que igualmente deberá ser comunicada a los interesados, (...)”*.

Sin embargo, se trata de una propuesta que en el expediente remitido a esta Comisión Jurídica Asesora no figura que haya sido acordada por el Pleno y, por otro lado, se ceñiría única exclusivamente al procedimiento de resolución del contrato, pero no al procedimiento de revisión de oficio.

Por tanto, no puede tenerse por suspendido el plazo de tramitación del procedimiento de revisión de oficio que caducará a los seis meses del acuerdo de inicio.

TERCERA.- En cuanto al acto objeto de revisión, hay que determinar si es un acto susceptible de revisión, a tenor de lo dispuesto en el artículo 106 de la LPAC, que establece que para proceder a la revisión ha de tratarse de actos *“que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo”*.

En el presente caso, se pretenden revisar unas certificaciones de obra que fueron emitidas, aprobadas y pagadas por la Administración. Se trata, por tanto, de actos que pusieron fin a la vía administrativa ex artículo 52.2 de la LBRL y, por tanto, susceptibles de revisión conforme el artículo 106.1 de la LPAC.

Por otro lado, con carácter previo a examinar la concurrencia de la causa de nulidad invocada, conviene detenernos en la alegación de ASCH Infraestructuras y Servicios, S.A., sobre la existencia de cosa juzgada y que consiste en determinar si constituye un óbice para la revisión de oficio pretendida el hecho de que el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 7 de Madrid haya dictado la Sentencia de 28 de enero de 2019 que resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la empresa contratista sustituida procesalmente por la entidad firmante del escrito de alegaciones, contra la desestimación presunta de la solicitud dirigida al Ayuntamiento de Navalcarnero para el pago de 701.801,51 € en concepto de intereses de demora devengados por el pago tardío de las certificaciones ordinarias 1 a 3, 5, 8 a 15, 20 y 21, así como el abono de los intereses procesales, estimando parcialmente el recurso y condenando al Ayuntamiento al pago de 701.801,51 €, pero desestimando la pretensión de pago de los intereses procesales. Sentencia confirmada posteriormente por la Sentencia del Tribunal

Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, de 3 de febrero de 2020.

Como ya ha tenido ocasión de pronunciarse esta Comisión Jurídica Asesora en sus dictámenes 470/17, de 23 de noviembre y 28/21, de 26 de enero, la institución que entra en juego para resolver la cuestión planteada es la de cosa juzgada, que se encuentra estrechamente vinculada al principio de seguridad jurídica. En este sentido recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo 17 de enero de 2006 (recurso 776/2001),

“... la revisión de los actos administrativos firmes se sitúa entre dos exigencias contrapuestas: el principio de legalidad, que postula la posibilidad de revocar actos cuando se constata su ilegalidad, y el principio de seguridad jurídica, que trata de garantizar que una determinada situación jurídica, que se presenta como consolidada, no pueda ser alterada en el futuro. El problema que se presenta en estos supuestos es satisfacer dos intereses que son difícilmente conciliables, y la solución no puede ser otra que entender que dichos fines no tienen un valor absoluto.

La única manera de compatibilizar estos derechos es arbitrando un sistema en el que se permita el ejercicio de ambos. De ahí que en la búsqueda del deseable equilibrio el ordenamiento jurídico sólo reconozca la revisión de los actos en concretos supuestos en que la legalidad se ve gravemente afectada y con respeto y observancia de determinadas garantías procedimentales en salvaguardia de la seguridad jurídica, y todo ello limitando en el tiempo el plazo para ejercer la acción, cuando los actos han creado derechos a favor de terceros”.

Como es sabido, la cosa juzgada material es el efecto propio de las resoluciones judiciales firmes que implica la indiscutibilidad de la

voluntad concreta de la Ley, afirmada en la sentencia, por exigencias del principio de seguridad jurídica, garantizada constitucionalmente. De manera que lo que trata dicha institución, es de impedir que se vuelva a tratar sobre lo que ha sido resuelto, prohibiendo el nacimiento de un nuevo proceso sobre el mismo asunto.

En este sentido cabe traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2017 (casación 1976/2015) donde dice que *“el principio o eficacia de cosa juzgada material, se produce, según la jurisprudencia de esta Sala, cuando la cuestión o asunto suscitado en un proceso ha sido definitivamente enjuiciado y resuelto en otro anterior por la resolución judicial en él recaída. Tal manifestación de la cosa juzgada, que consagra el artículo 222 de la LEC, atiende de manera especial a la seguridad jurídica, evitando que la discusión jurídica se prolongue indefinidamente mediante la iniciación de nuevos procesos sobre lo que ha sido ya definido o determinado por la Jurisdicción, y, al mismo tiempo, que se produzcan resoluciones o sentencias contradictorias”*.

Esta figura, que en principio se define en un ámbito procesal, tiene su trasunto en el ámbito administrativo, en tanto en cuanto las sentencias firmes tienen fuerza de obligar a las partes en el proceso, como indica el artículo 103 de la Ley 29/1998, de 13 de diciembre, reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa (LJCA).

Es reiterada la jurisprudencia que viene acogiendo la improcedencia de la revisión de oficio respecto de actos que han sido previamente objeto de recurso contencioso-administrativo. Así la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2015 (recurso 269/2014) cuando dice que *“no es posible instar la revisión de oficio, por existir cosa juzgada, cuando previamente se haya impugnado la resolución de que se trata en vía jurisdiccional”*.

Ahora bien, en el presente caso, las certificaciones de obra nº 7, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 20 y 21 no han sido impugnadas en vía jurisdiccional ni por la sociedad (pretendiendo su declaración de nulidad o anulabilidad) ni por la Administración, mediante su declaración previa de lesividad, de conformidad con el artículo 107 de la LPAC. Como ha quedado expuesto en los antecedentes de hecho, el recurso contencioso-administrativo formulado por la sociedad se interpuso contra la solicitud dirigida al Ayuntamiento de Navalcarnero para el pago de 701.801,51 € en concepto de intereses de demora devengados por el pago tardío de las certificaciones ordinarias 1 a 3, 5, 8 a 15, 20 y 21, así como el abono de los intereses procesales.

Debe precisarse, en primer lugar, que los intereses moratorios de la certificación nº 7 no fueron reclamados en el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la contratista, por lo que respecto de ella no podrían alegarse los efectos de cosa juzgada invocados por la ASCH Infraestructuras y Servicios, S.A.

En relación con el resto de las certificaciones cuya revisión se pretende: 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 20 y 21 y cuyos intereses moratorios fueron reclamados por la empresa contratista ante la jurisdicción contencioso-administrativa, la Sentencia de 28 de enero de 2019 no analizó la validez de las citadas certificaciones, limitándose a señalar que *“una vez emitidas las certificaciones y aprobadas, debía llevarse a cabo su pago, lo que además se produjo pero fuera de los plazos que prevé la ley”* y añade:

“El ayuntamiento tuvo ocasión de rechazar esas certificaciones y no lo hizo. Sin perjuicio de las acciones que pueda llevar a cabo el Ayuntamiento contra la empresa constructora, lo cierto es que la ley le obligaba a hacer el pago en un plazo de dos meses y al hacerlo con posterioridad por un lado está reconociendo la procedencia del

pago y por otro está incurriendo en la mora que prevé el artículo 99.4 del texto refundido”.

Resulta claro, por tanto, que las sentencias dictadas en el recurso contencioso-administrativo no abordaron directamente la cuestión de la posible nulidad o anulabilidad de las certificaciones de obra nº 9, 10, 11,12, 13, 14 15, 20 y 21 y, en consecuencia, de acuerdo con la Sentencia de 18 de enero de 2017 (recurso 1469/2015), no es posible apreciar la existencia de cosa juzgada material.

En consecuencia, la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 7 de 28 de enero de 2019 no impide que la Administración, de acuerdo con lo previsto en el artículo 106.1 de la LPAC pueda iniciar un procedimiento de revisión de oficios sobre las certificaciones de obra nº 9, 10, 11,12, 13, 14 15, 20 y 21.

CUARTA.- Respecto de la potestad de revisión de oficio, esta Comisión viene recordando reiteradamente que se trata de una potestad exorbitante de la Administración para dejar sin efecto sus actos al margen de cualquier intervención de la jurisdicción contencioso administrativa, razón por la cual debe ser objeto de interpretación restrictiva y solo se justifica en aquellos supuestos en que los actos a revisar adolezcan de un defecto de la máxima gravedad, es decir, que estén viciados de nulidad radical o de pleno derecho.

Como también recuerda la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2020 (RC 350/2018), que cita reiterada jurisprudencia, la revisión de oficio aparece como

“... un medio extraordinario de supervisión del actuar administrativo, verdadero procedimiento de nulidad, que resulta cuando la invalidez se fundamenta en una causa de nulidad de pleno derecho, cuya finalidad es la de facilitar la depuración de los

vicios de nulidad radical o absoluta de que adolecen los actos administrativos, con el inequívoco propósito de evitar que el transcurso de los breves plazos de impugnación de aquellos derive en su consolidación definitiva”.

Asimismo, según ha establecido, entre otras de posible cita, la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 2014 (recurso 3843/2011), cuando es la propia Administración autora del acto quien pretende atacar un acto favorable a un interesado, la carga de la prueba de la existencia de los motivos de nulidad corresponde a dicha Administración.

Por otra parte, a la hora de abordar la posible concurrencia de la hipotética nulidad, habrá que atender a la consolidada doctrina consultiva y jurisprudencial que advierte del carácter marcadamente restrictivo del procedimiento de revisión de oficio. Así, conviene recordar con carácter previo la doctrina de esta Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, puesta de manifiesto en línea con la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, entre otros, en sus dictámenes 230/17 y 353/17, de 8 de junio y de 7 de septiembre, en el sentido de que el punto de partida inexcusable en materia de revisión de oficio es su consideración como una potestad excepcional de la Administración para dejar sin efecto sus propios actos y disposiciones al margen de cualquier intervención de la jurisdicción contencioso-administrativa, *“razón por la cual esta potestad de expulsión de los actos administrativos de la vida jurídica debe ser objeto de interpretación restrictiva y sólo se justifica en aquellos supuestos en que los actos a revisar adolezcan de un defecto de la máxima gravedad, es decir, que estén viciados de nulidad radical o de pleno derecho”.*

Como también recuerda la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2015 (RC 269/2014), que cita reiterada jurisprudencia, la revisión de oficio aparece como

“... un medio extraordinario de supervisión del actuar administrativo, verdadero procedimiento de nulidad, que resulta cuando la invalidez se fundamenta en una causa de nulidad de pleno derecho, cuya finalidad es la de facilitar la depuración de los vicios de nulidad radical o absoluta de que adolecen los actos administrativos, con el inequívoco propósito de evitar que el transcurso de los breves plazos de impugnación de aquellos derive en su consolidación definitiva”.

Esos vicios por los que se puede declarar la nulidad de pleno derecho de los actos administrativos se enumeran en el artículo 47.1 de la LPAC, entre los que se recoge en su apartado f), *“los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición”.*

La propuesta de resolución considera nulas las certificaciones de obra citadas porque el artículo 145.1 TRLCAP (al igual que lo hace el actual artículo 240 de la LCSP/17) exige que las certificaciones de obras comprendan la obra ejecutada durante dicho período, siendo obligación esencial del contratista emitir certificaciones que comprendan la obra realmente ejecutada, lo que no sucede en el presente caso, en el que los informes periciales emitidos en los distintos procedimientos judiciales habidos, y así lo han considerado acreditado las sentencias, han puesto de manifiesto la existencia de certificaciones de obra giradas por la empresa constructora por haber sido pagados conceptos y unidades de obra no realizadas o duplicadas.

Cita, en apoyo de su tesis, el Dictamen 243/2017, de 13 de julio, del Consejo Consultivo de Canarias que, en relación con la revisión de oficio de un acto de recepción de la obra pública Centro Tecnológico de Candelaria por la causa prevista en el artículo 62.1.f) LRJ-PAC (actualmente 47.1.f) LPAC) dice:

“De lo expuesto se deriva que para el surgimiento de los derechos del contratista al abono de la certificación final de las obras, a la devolución de la garantía y a la liquidación del contrato con la consiguiente liberación de sus obligaciones contractuales es un requisito que previamente haya entregado la obra completamente terminada con estricta sujeción a las estipulaciones contenidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares y al proyecto que sirve de base al contrato y la Administración lo haya declarado así por medio del acto de recepción. Esa recepción con conformidad de la obra y consiguiente atribución de esos derechos tiene como requisito previo e inherente que le otorga su configuración propia que la obra esté ejecutada en su totalidad. Sin el cumplimiento de este requisito es imposible que el acto de recepción pueda atribuirle válidamente esos derechos; porque, como hemos visto, esa recepción con conformidad de la obra es la constatación de que el contratista ha cumplido con el contrato de obras, cuya característica estructurante estriba en que es un contrato de resultado que sólo se cumple con la ejecución completa de la obra. La carencia de este requisito determina que se le entreguen a la Administración obras inacabadas y que a cambio el contratista adquiera el derecho a que se le abone como si la hubiera construido completamente, lo cual son efectos radicalmente contrarios a los perseguidos por los arts. 6, 205 y 218 LCSP.

La lectura del acta de recepción, de 16 de julio de 2014, revela que la Administración recibió la obra sin estar terminada y con ello le

atribuyó los mencionados derechos a despecho de que carecía de ese requisito esencial de la ejecución de la totalidad de la obra”.

Ahora bien, en el presente caso, a diferencia del examinado en el Dictamen 243/2017, del Consejo Consultivo de Canarias, no hubo una recepción final de las obras, debiendo tener en cuenta que el artículo 145.1 TRLCAP prevé, en relación con las certificaciones de obras expedidas por la Administración a los efectos del pago, que estos abonos *“tienen el concepto de pagos a cuenta sujetos a las rectificaciones y variaciones que se produzcan en la medición final y sin suponer, en forma alguna, aprobación o recepción de las obras que comprenden”.*

Según la propuesta de resolución, *“en el caso del polideportivo del barrio de La Estación, la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Navalcarnero creyó erróneamente que todas y cada una de las certificaciones de obra reflejaban verazmente la obra realmente ejecutada y que ésta se ajustaba al contrato adjudicado, según es lo normal y característico de la regulación legal de las certificaciones. Eso era lo que declaraban la dirección facultativa y la contratista. Fue creada una apariencia documental de ejecución correcta de la obra que condujo a la Junta de Gobierno Local a aprobarlas y a reconocer las obligaciones económicas en los acuerdos respectivos, hasta terminar el Ayuntamiento pagando la práctica totalidad del precio que le correspondía para terminar el polideportivo, a pesar de que no se había ejecutado un importante volumen de la obra cobrada”.*

En el presente caso, y así figura en el expediente remitido, todas las sentencias que se han pronunciado sobre la obra ejecutada y las certificaciones de obra, tanto por la jurisdicción penal, como por la jurisdicción contencioso-administrativa como por la jurisdicción contable han considerado como hecho probado que *“dado que el 25 de junio de 2006 es cuando tuvo lugar la firma del acta de comprobación de*

replanteo, cabe pensar que la obra se realizó desde el primer momento de acuerdo al proyecto modificado, si no es imposible explicar el desplazamiento de la piscina olímpica, la modificación de la alineación del resto de los vasos o el retranqueo de la fechada norte del cuerpo central”.

La sentencia penal dice:

“Las certificaciones 1 a 21 recogen cuantías por elementos realmente ejecutados, aunque no reflejan las concretas partidas objeto de ejecución real sino otras. No resulta probado que D. y E. tuvieran conocimiento suficiente de que las concretas partidas ejecutadas no respondieran a la realidad”.

Por su parte, la Sentencia dictada por el Departamento Tercero de la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas dice:

“Ha quedado acreditado en autos que las certificaciones de obra pagadas por el Ayuntamiento no se correspondían con la obra realmente ejecutada. Ello se debe a que, desde el principio de la obra, no se procedió a ejecutar el proyecto original aprobado, sino que se ejecutó un proyecto modificado, distinto del proyecto original.

Así lo han expresado los cuatro informes periciales que constan aportados a los autos, coincidentes todos ellos en que la obra se ejecutaba desde el inicio conforme a lo que sería el posterior proyecto modificado nº 1. Igualmente, en la prueba testifical-pericial practicada en el juicio celebrado, todos los peritos autores de los informes aportados han ratificado esta conclusión.

La conclusión que se alcanza es que la obra no se había ejecutado, desde su inicio, ajustándose al proyecto de obras y al contrato, sino

al futuro modificado n° 1, de manera que cuando éste es aprobado todos los cambios ya estaban hechos, de forma que el modificado n° 1 realmente lo que pretendía era legalizar una obra que se había ejecutado muy diferentemente de la prevista en el proyecto inicial objeto del contrato público. Dado que las certificaciones se emitían formal y aparentemente en ejecución del proyecto aprobado, pero la obra realmente ejecutada era distinta de la aprobada, la consecuencia es una discordancia entre lo realmente ejecutado y lo certificado y al final, pagado”.

Por tanto, aunque pudiera considerarse probado que las certificaciones de obra n° 7, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 20 y 21 no se correspondían con la obra realmente ejecutada, no puede obviarse que el artículo 145.1 TRLCAP establece que los abonos de las mismas tienen la consideración de pagos a cuenta sujetos a la rectificaciones y variaciones que se produzcan en la medición final y sin suponer, en forma alguna, aprobación y recepción de las obras que comprenden. Ésta sólo se produce con la medición final y la recepción de las obras que no ha tenido lugar en el presente caso.

Como es sabido, el contrato de obra es indivisible no considerándose cumplido hasta que es ejecutado en su totalidad. La falta de recepción final de las obras impide que se tenga por ejecutada la obra en su totalidad y, en consecuencia, que la empresa contratista haya adquirido los derechos al abono de la certificación final de las obras, a la devolución de la garantía y a la liquidación del contrato con la consiguiente liberación de sus obligaciones contractuales pudiendo la Administración en la medición final efectuar las rectificaciones y variaciones oportunas. En este sentido es claro el artículo 145.1 LCAP al establecer que las certificaciones emitidas, cuyos abonos tienen el concepto de pagos a cuenta, no suponen, *“en forma alguna, aprobación y recepción de las obras que comprendan”*.

Como declara la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2005 (recurso de casación 5247/2000) (STS_nº roj_1593_2005), el contrato de obras está configurado esencialmente como un contrato de resultado por el que el contratista se obliga a la realización de la obra por el precio convenido. Ello supone que a la Administración sólo le interesa la total y definitiva construcción de la obra pactada y no la actividad mediante la cual llega el contratista a este resultado, por ello, la Administración no debe el precio sino cuando el resultado final ha sido realizado a satisfacción.

En el presente caso, al no haberse producido la recepción final de la obra, no se ha producido la adquisición por la empresa contratista del derecho al cobro de la certificación final de las obras, a la devolución de la garantía y a la liquidación del contrato con la consiguiente liberación de sus obligaciones contractuales, por lo que no resulta de aplicación la causa de nulidad invocada por la Administración consultante prevista en el artículo 47.1.f) relativa a *“los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esencial para su adquisición”*.

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

CONCLUSIÓN

No procede la revisión de oficio de las certificaciones de obra nº 7, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 20 y 21 aprobadas en la ejecución del contrato de concesión de obra pública para la *“Construcción de un*

polideportivo en el barrio de La Estación en el municipio de Navalcarnero” suscrito con la mercantil Constructora Hispánica, S.A., actualmente Assignia Infraestructuras, S.A..

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá, 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 10 de noviembre de 2021

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 575/21

Sr. Alcalde de Navalcarnero

Pza. Francisco Sandoval, 1 – 28600 Navalcarnero