

Dictamen nº: **651/21**
Consulta: **Alcalde de Horcajuelo de la Sierra**
Asunto: **Contratación Pública**
Aprobación: **21.12.21**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 21 de diciembre de 2021, emitido ante la consulta formulada por el alcalde de Horcajuelo de la Sierra, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en relación con el expediente sobre resolución del contrato de obras denominado “*Rehabilitación de edificio de cinco viviendas en c/Pozas, 19*” suscrito con la empresa ESPACIOS INTEGRALES EUROVIP S.L.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 3 de diciembre de 2021 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen preceptivo procedente del Ayuntamiento de Horcajuelo de la Sierra.

A dicho expediente se le asignó el número 654/21, comenzando el día señalado el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 23.1 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora,

aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero, del Consejo de Gobierno (en adelante, ROFCJA).

La ponencia ha correspondido, por reparto de asuntos, a la letrada vocal Dña. Ana Sofía Sánchez San Millán, 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 21 de diciembre de 2021.

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

1.- El Pleno del Ayuntamiento de Horcajuelo de la Sierra, en sesión celebrada el día 26 de enero de 2019, acordó acogerse a la convocatoria de subvenciones de la Comunidad de Madrid para la rehabilitación de viviendas en el Área de la Sierra del Rincón, dentro del programa 2013-2016 prorrogado, para la restauración de cinco viviendas municipales que estaban necesitadas de importantes reformas.

En sesión celebrada el 6 de mayo de 2020, el Pleno del Ayuntamiento aprobó el proyecto de rehabilitación de las cinco viviendas municipales.

2.- Consta en el expediente examinado, que el Pleno del Ayuntamiento de Horcajuelo de la Sierra, en sesión celebrada el 12 de junio de 2020, aprobó el expediente de contratación, por procedimiento abierto con criterio único (precio), para la adjudicación del contrato administrativo de obras denominado “*Rehabilitación de edificio de cinco viviendas en c/Pozas,19*”, declarándose de tramitación ordinaria. En la misma sesión se aprobaron los pliegos de cláusulas administrativas particulares (PCAP) y de prescripciones técnicas (PPT).

Según la cláusula 1.1 del PCAP, el contrato tiene por objeto la ejecución de las obras relativas a la rehabilitación de un edificio de cinco viviendas en la calle Pozas, 19, de Horcajuelo de la Sierra.

En la cláusula 24.1 del PCAP se concretan las penalidades por demora, estableciéndose que, cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiere incurrido en demora respecto al cumplimiento del plazo total, la Administración podrá optar indistintamente por la resolución del contrato o por la imposición de penalidades diarias.

La cláusula 25 del PCAP aborda el régimen de resolución del contrato, recogiendo, además de los supuestos contemplados en la legislación contractual, el incumplimiento del plazo total o de los plazos parciales fijados para la ejecución del contrato que haga presumiblemente razonable la imposibilidad de cumplir el plazo total, siempre que el órgano de contratación no opte por la imposición de penalidades. En esa misma cláusula se dispone que cuando el contrato se resuelva por culpa del contratista, se incautará la garantía definitiva, sin perjuicio de la indemnización de los daños y perjuicios originados a la Administración, en lo que excedan del importe de la garantía.

3.- Tras la licitación, mediante acuerdo del Pleno de 3 de agosto de 2020 se adjudicó el contrato a la empresa, ESPACIOS INTEGRALES EUROVIP S.L.

El contrato fue formalizado el día 25 de agosto de 2020, con un plazo de ejecución de tres meses, contados desde el día siguiente al de la firma del acta de comprobación del replanteo, y un precio de 102.252,26 euros, IVA incluido. Para responder de la ejecución del contrato, la empresa adjudicataria constituyó una garantía definitiva por un importe de 3.905,73 euros, mediante seguro de caución.

4.- El 24 de septiembre de 2020 se firmó el acta de comprobación del replanteo con la conformidad de la empresa contratista.

5.- El 10 de diciembre de 2020 la Dirección Facultativa extiende un acta de visita de obra en la que se hace constar que, en esa fecha, las partidas del proyecto se encontraban ejecutadas en los siguientes porcentajes: calefacción, 40%; suministro de agua, 25%; electricidad, 15% y telecomunicaciones 15%. Además, las partidas correspondientes a solados y alicatados se habían ejecutado parcialmente, por lo que no se consideraban mínimamente rematados para su certificación. En cuanto a las partidas correspondientes a carpintería se recoge que solo se habían retirado las persianas deterioradas de madera sin suministro de las nuevas. En el capítulo de pintura no se había realizado nada y en las partidas de exterior no se constataba su realización.

Por lo expuesto, teniendo en cuenta que la obra debía estar finalizada el 24 de diciembre de 2020, se concluye que hay un incumplimiento total del plan aportado; práctica imposibilidad de finalización de la obra en el plazo acordado; imposibilidad de realizar los controles de ejecución obligatorios para la posible recepción de instalaciones y falta de suministro de calderas, platos de ducha, aparatos sanitarios, electrodomésticos, muebles de cocina etc., que pudieran hacer pensar que van a instalarse.

Lo anteriormente señalado se pone en conocimiento del ayuntamiento a los efectos de la tramitación de la 2ª certificación de las obras, que se considera no conforme con las obras realmente ejecutadas y susceptibles de abono.

6.- Por decreto de 23 de diciembre de 2020, del alcalde de Horcajuelo de la Sierra, se solicitó a la Dirección Facultativa que expidiera certificación detallada de las obras ejecutadas, así como un informe

exhaustivo sobre las que se encontraban sin ejecutar y sobre los servicios que no estaban funcionando.

El 28 de diciembre de 2020 la Dirección Facultativa emite informe en el que señala que el 24 de diciembre de 2020 era la fecha máxima para la finalización de los trabajos. También señala que, durante la obra, se acordó entre la Dirección Facultativa y la empresa contratista que las certificaciones las confeccionase el contratista, y la Dirección Facultativa las revisaría para su validación. En base a esa circunstancia, con fecha 5 de noviembre de 2020, el contratista remitió la certificación n° 1, que fue revisada con fecha 6 de noviembre de 2020 por parte de la Dirección Facultativa, solicitando al contratista en un correo electrónico de fecha 6 de noviembre de 2020 que hiciese varias correcciones en la certificación para subsanar los errores incluidos, lo que se hizo el 12 de noviembre de 2020, siendo validada por la Dirección Facultativa, para que se procediese a emitir factura para su abono por parte del ayuntamiento. Con fecha 10 de diciembre de 2020, el contratista remitió la certificación n° 2, que no se adecuaba a la obra realizada a fecha de su presentación.

El informe añade que, durante la ejecución de la obra, la Dirección Facultativa realizó visitas semanales para realizar el control técnico de la actuación, advirtiendo en numerosas ocasiones al contratista adjudicatario los retrasos en la programación de la obra, y atisbando la imposibilidad de cumplir el plazo comprometido en el contrato suscrito con el promotor. Destaca que no se ha recibido de parte del contratista solicitud de ampliación del plazo de ejecución de la obra, a pesar de haber sido advertido en varias ocasiones por parte de la Dirección Facultativa y del ayuntamiento por los desfases en el plazo de ejecución que se estaban observando y constatando de forma indubitada.

El informe señala que, a la fecha de su emisión, ninguna de las instalaciones de las viviendas se encuentra operativa, ni con posibilidades

de estarlo en breve plazo, no habiéndose podido realizar las pruebas y controles prescritos en el proyecto para el control y aceptación de las mismas. Detalla que las instalaciones no operativas de las viviendas son: fontanería, saneamiento, calefacción, eléctrica y telecomunicaciones.

Por último, indica que el 28 de diciembre de 2020, primer día hábil después de la finalización del plazo de ejecución contractual, el director de obra, acompañado de un notario, ha realizado visita a la obra de referencia para comprobar el estado de la misma y cuantificar la obra ejecutada, y que se han tomado fotos y datos precisos de las unidades de obra ejecutadas y finalizadas. Se adjunta al informe, certificación con unidades de obra de proyecto ejecutadas hasta la fecha de inspección, destacando que el porcentaje de obra ejecutado hasta la fecha asciende a un 23,46 %. Añade que este desfase tan significativo en los plazos de ejecución de la obra no obedece a ninguna justificación técnica que posibilite una prórroga, máxime cuando el contratista ni siquiera la ha solicitado.

7.- Por Decreto 03/2020 de 30 de diciembre, del alcalde de Horcajuelo de la Sierra, se resolvió aprobar el informe y certificación emitida por la Dirección Facultativa de la citada obra con fecha 28 de diciembre de 2020 y su remisión a la empresa adjudicataria. Se indica que, al haber finalizado con fecha 24 de diciembre el plazo de ejecución de las obras, según determina la cláusula tercera del contrato, las obras que se ejecutasen con posterioridad, no iban a ser, en su caso, recepcionadas, admitidas o valoradas, al no contar con la autorización expresa de la Dirección Facultativa. Además, se acordó exigir la limpieza de la obra, de escombros y retirada del material y suministros acopiados y que por la Secretaría-Intervención, se evacuase informe de los perjuicios económicos que había supuesto la no ejecución de la obra en los plazos establecidos por contrato.

8.- El 5 de enero de 2021 la empresa contratista comunicó al ayuntamiento el cierre de la obra, prohibiendo el acceso, hasta que fuera recepcionada.

El 20 de enero de 2021 se registró en el Ayuntamiento de Horcajuelo de la Sierra un escrito de la empresa contratista solicitando una ampliación del plazo de ejecución de las obras hasta el 28 de febrero de 2021.

9.- El Pleno de la corporación, el día 20 de enero de 2021, acordó la ampliación del plazo del citado contrato hasta el 28 de febrero de 2021. Se indica que, en el caso de no finalizar la obra en el tiempo indicado, se procederá a la rescisión de contrato con las penalidades correspondientes, incautación de fianza y petición de daños y perjuicios por la pérdida de las subvenciones concedidas.

10.- El 23 de enero de 2021, se recibe en el ayuntamiento un escrito del gerente de la Oficina Técnica de Gestión de la Mancomunidad Sierra del Rincón, en el que se indica que se ha comprobado que la obra, a 31 de diciembre de 2020, no ha cumplido los objetivos definidos en el proyecto de arquitectura y, por consiguiente, no se puede emitir informe técnico de actuación protegible definitivo favorable de la actuación y, por lo tanto, se deniega la subvención de 39.930,69 euros por incumplimiento de las condiciones para su aprobación final, y adicionalmente, la subvención de 2.000 euros por vivienda por obra municipal, que suponen una subvención de 10.000 euros, por ese concepto.

11.- La Dirección Facultativa emite informe el 11 de febrero de 2021, al haber recibido un borrador de la certificación nº 3 de la obra por parte de la empresa contratista, para la revisión y en su caso aprobación. Indica que las certificaciones de obra deben ser mensuales (a fin de mes), por lo que la certificación nº 3 remitida con fecha 10 de febrero no

procede, y deberá emitirse a final del mes en curso, que, a su vez, es la fecha coincidente con el compromiso adquirido por la empresa contratista para la finalización de la obra. Detalla que se observan partidas certificadas al 100% que a la fecha no están totalmente terminadas, rematadas y en funcionamiento; excesos de medición no contrastados, que deberán especificarse; unidades de obra nuevas, no contempladas en proyecto, cuyos precios nuevos no han sido aprobados con carácter previo por el órgano de contratación, con informe previo de la Dirección Facultativa y recuerda que no es posible la aprobación de precios nuevos con un exceso superior al 3% del PBL (Presupuesto Base de Licitación) y que los excesos de medición deben certificarse en la liquidación, y no en las certificaciones ordinarias y que su importe no puede superar en ningún caso el 10% del PBL.

12.- El 16 de febrero de 2021 la empresa contratista presenta un escrito en el que indica que desea finalizar la obra, según los acuerdos de la reunión del día 20 de enero 2021. Señala que presentaron una certificación por importe de 27.772,68 euros, que después rectificaron a 19.387,91 euros y que el acuerdo estaba basado en certificar a primeros de febrero pero que la Dirección Facultativa ha rechazado la certificación como hizo en la anterior, siendo imprescindible cobrar antes del viernes día 19 los trabajos realizados para poder terminar la obra y poder cumplir el acuerdo establecido. Detalla que están finalizadas las ventanas y que están emplasteciendo, pintando techos en blanco y están pendientes de que les comuniquen el color elegido. Alude a material suministrado en proceso de montaje (interfonos, sanitarios, columna de contadores, etc.) y plantea ciertos problemas derivados de las líneas de baja tensión establecidas en el proyecto.

13.- El 17 de febrero de 2021, la Dirección Facultativa emite informe, tras haber recibido el borrador de las certificaciones nº3 y 4 así como “*un informe de visita de obra*” emitido por la empresa contratista, en el que

deniega la aprobación de las referidas certificaciones “*ya que no se corresponden con la obra realmente ejecutada a fecha 17/2/21*”. Asimismo, no reconoce la verosimilitud del “*informe de visita de obra*”, por contener “*multitud de errores, imprecisiones y falsedades respecto a la obra*”. Con el informe de la Dirección Facultativa se adjunta una certificación relativa a la ejecución real de la obra.

14.- El 3 de marzo de 2021 el Pleno del Ayuntamiento de Horcajuelo de la Sierra, en sesión ordinaria, acordó el inicio del procedimiento de resolución contractual, con incautación de la garantía e indemnización de los daños y perjuicios causados; conferir trámite de audiencia a la empresa contratista y al asegurador; ordenar el cierre y clausura de la obra por seguridad; solicitar informe a la Dirección Facultativa sobre el estado de la obra y las circunstancias relativas al incumplimiento del contrato, y solicitar el dictamen de la Comisión Jurídica Asesora.

El 15 de abril de 2021 el alcalde de Horcajuelo de la Sierra remite a la Comunidad de Madrid la solicitud del dictamen de la Comisión Jurídica Asesora “*para inicio del expediente de rescisión de contrato*”.

15.- Recibido el expediente, el Pleno de este órgano consultivo aprobó el Dictamen 227/21, de 18 de mayo, en el que se concluyó que procedía la retroacción del procedimiento para la sustanciación de una serie de trámites.

Así, se observó que la tramitación había consistido en la aprobación de un acuerdo de inicio del expediente de resolución contractual y en ese mismo acto se había acordado dar traslado del acuerdo a la empresa contratista y al asegurador y solicitar informe a la Dirección Facultativa sobre el estado de la obra y las circunstancias relativas al incumplimiento del contrato, así como solicitar el dictamen de la Comisión Jurídica Asesora. En relación con dicha forma de proceder se indicó que, de

conformidad con lo establecido en el artículo 19 del ROFCJA, “*el informe preceptivo de la Comisión Jurídica Asesora se debe solicitar cuando el expediente esté completamente tramitado, en su caso, una vez adoptada la propuesta de resolución y antes de la decisión de la administración correspondiente*”, lo que implicaba que el dictamen debía solicitarse una vez recabados los informes correspondientes y conferido el oportuno trámite de audiencia, pues solo tras las alegaciones que pudiera formular la empresa contratista podría conocerse si esta se oponía a la resolución contractual.

Además, en el dictamen señalamos que aunque se había conferido un trámite de audiencia sobre el acuerdo de inicio a la empresa contratista y al asegurador, dicho acuerdo no contenía ningún pronunciamiento sobre el posible incumplimiento y las causas en las que se fundamentaba la resolución contractual, por lo que debería conferirse un nuevo trámite una vez emitido el informe solicitado a la Dirección Facultativa.

De igual modo, se recordó que debía incorporarse al procedimiento el informe de la Secretaría y de la Intervención municipal y, asimismo, se dijo que una vez tramitado el procedimiento, debería redactarse la propuesta de resolución en la que se contemplasen las causas de resolución contractual y los posibles incumplimientos por parte del contratista, con un pronunciamiento pormenorizado en relación a las alegaciones efectuadas por los interesados en el seno del procedimiento, así como acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía constituida.

TERCERO.- Tras el Dictamen 227/21, de 18 de mayo, de esta Comisión Jurídica Asesora, se han sustanciado los siguientes trámites:

El 19 de julio de 2021, el secretario del Ayuntamiento de Horcajuelo de la Sierra emite informe en el que se recoge que la ejecución de la obra

no había finalizado, y por tanto, se había incumplido la planificación realizada por el contratista, que se había comprometido a entregar la obra con fecha 28 de febrero de 2021, por lo que entendía que procedía resolver el contrato por incumplimiento de los plazos establecidos, con incautación de la garantía constituida, debiéndose dar audiencia a la empresa contratista y al avalista.

El 20 de julio de 2021 se emite el informe técnico final de la Dirección Facultativa en el que se señala que, prácticamente duplicado el plazo de ejecución la obra, se encuentra ejecutada al 35,13 %, y como se refleja en los informes de la Dirección Facultativa "*sin haber podido probar conforme a normativa, las instalaciones ejecutadas*", con el consiguiente y "probable" riesgo de deficiencias en las mismas. El informe se acompaña con una relación valorada con la medición y la indicación de las partidas no ejecutadas, o iniciadas sin finalizar, mal ejecutadas o no realizadas acorde con el proyecto licitado.

El 21 de julio de 2021, el Pleno del Ayuntamiento de Horcajuelo de la Sierra aprobó un acuerdo del siguiente tenor literal:

“PRIMERO.- Aprobar la incoación del inicio del expediente de resolución del contrato de obras "REHABILITACION DE EDIFICIO DE C/NCO VIVIENDAS EN CALLE POZAS, 19" suscrito entre el Ayuntamiento de Horcajuelo de la Sierra y la mercantil Espacios Integrales Eurovip S.L, con fecha veinticinco de agosto de dos mil veinte, con la consecuente incautación de las garantías y la indemnización de daños y perjuicios que se determine.

SEGUNDO.- Dar audiencia al contratista y al asegurador de este acuerdo de inicio de resolución del contrato de obras y del informe, por plazo de diez días naturales.

TERCERO.- Remitir el acuerdo de Pleno a la Dirección General de Reequilibro Territorial para dictamen preceptivo de la Comisión Jurídica Asesora”.

Por oficio del secretario del ayuntamiento de 4 de agosto de 2021 se intentó la notificación a la empresa contratista mediante burofax, si bien consta, en el folio 215, una certificación de entrega de Correos de 9 de agosto de 2021 en la que consta como “no entregado, dejado aviso” y, en el folio 216, otra certificación de entrega de 9 de septiembre de 2021 en la que figura “no entregado por sobrante (no retirado en oficina)”. A continuación figura un pantallazo de un correo electrónico dirigido a la empresa contratista en el que se dice que se remite documentación relativa al contrato y se solicita confirmación de recepción.

El 13 de agosto de 2021 se confirió el trámite de audiencia a la avalista, si bien no consta la formulación de alegaciones.

Sin más trámites, el 19 de noviembre de 2021 el alcalde de Horcajuelo de la Sierra remitió a la Consejería de Administración Local y Digitalización la solicitud de dictamen preceptivo de esta Comisión Jurídica Asesora.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La Comisión Jurídica Asesora emite su dictamen preceptivo, al amparo del artículo 5.3.f) d. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, conforme al cual: “3. *En especial, la Comisión Jurídica Asesora deberá ser consultada en los siguientes asuntos: (...) f) Expedientes*

tramitados por la Comunidad de Madrid, las entidades locales y las universidades públicas sobre: (...) d. Aprobación de pliegos de cláusulas administrativas generales, interpretación, nulidad y resolución de los contratos administrativos y modificaciones de los mismos en los supuestos establecidos por la legislación de contratos del sector público”.

La solicitud de dictamen se ha hecho llegar a la Comisión Jurídica Asesora por el consejero de Administración Local y Digitalización, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 18.3.b) del ROFCJA (“3. Cuando por Ley resulte preceptiva la emisión de dictamen de la Comisión Jurídica Asesora, este será recabado:(...) c) Las solicitudes de dictamen de las Entidades Locales se efectuarán por los Alcaldes-Presidentes de las mismas, y se cursarán a través del Consejero competente en relaciones con la Administración Local”).

SEGUNDA.- Como ya dijimos en nuestro Dictamen 227/21, de 18 de mayo, el contrato cuya resolución se pretende se adjudicó el 3 de agosto de 2020 por lo que se rige por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP/17), que entró en vigor el 9 de marzo de 2018.

Por lo que se refiere al procedimiento de resolución contractual, habrá que estar también a lo dispuesto en la LCSP/17, cuyo artículo 212.1 dispone que “*la resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, en su caso, siguiendo el procedimiento que en las normas de desarrollo de esta ley se establezca*”. Ante la falta de desarrollo reglamentario en el aspecto objeto de estudio de las disposiciones vigentes en materia de contratación del sector público, debe considerarse lo dispuesto en el artículo 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de la Administraciones Públicas, aprobado por el

Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), referido específicamente al “*procedimiento para la resolución de los contratos*”.

En materia de procedimiento, la resolución de contratos administrativos exige atenerse a lo previsto en el artículo 190 LCSP/17, a cuyo tenor “*dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, (...) acordar su resolución y determinar los efectos de esta*”.

El artículo 191.1 LCSP/17 requiere que en el correspondiente expediente se dé audiencia al contratista. Además, debe tenerse en cuenta que el artículo 112.2 de la LCSP/17 refiere que “*el avalista o asegurador será considerado parte interesada en los procedimientos que afecten a la garantía prestada, en los terminas previstos en la legislación vigente en materia de procedimiento administrativo común*”. Por otro lado, el apartado tercero del artículo 191 dispone que será preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la comunidad autónoma respectiva en los casos de interpretación, nulidad y resolución, cuando se formule oposición por parte del contratista.

Por lo que se refiere al ámbito de la Administración local, el artículo 114.3 del texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local (en adelante, TRRL) aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, establece como necesarios los informes de la Secretaría y de la Intervención de la Corporación (cfr. artículo 114.3 del TRRL).

De acuerdo con la normativa expuesta resulta que la competencia para resolver los contratos corresponde al órgano de contratación (artículos 190 y 212 de la LCSP/17). En este caso el contrato fue adjudicado por el Pleno de la Entidad Local, que es el órgano de

contratación, por lo que es también el órgano competente para la resolución.

En materia de procedimiento, se observa que, tras el Dictamen 227/21, de 18 de mayo, se ha recabado el informe de Secretaria y de la Dirección Facultativa que se han pronunciado sobre el incumplimiento contractual por parte de la empresa contratista. Tras ello, con lo que se da cumplimiento parcial a lo indicado en nuestro dictamen, pues no consta que se haya emitido el informe de la Intervención Municipal que es preceptivo, tal y como dijimos en el reiterado Dictamen 227/21, el Pleno del Ayuntamiento de Horcajuelo de la Sierra, el 21 de julio de 2021 acuerda iniciar un nuevo procedimiento de resolución. Esta forma de proceder, manifiestamente irregular, ocasiona la aparente subsistencia de dos procedimientos de resolución contractual simultáneos, en franca oposición al principio garantista que ha de regir todo procedimiento administrativo y a la propia naturaleza de la retroacción, tal y como aparece descrita en la jurisprudencia.

En este sentido nos pronunciamos en el Dictamen 191/21, de 27 de abril, en el que recordamos la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2020, (citada en el Dictamen 28/21, de 26 de enero), que determina expresamente, en cuanto a los efectos de la retroacción, que *“en un procedimiento administrativo, la retroacción de actuaciones acordada en la estimación de un recurso de reposición, consecuencia de la existencia de un vicio formal, al momento de la notificación de la resolución administrativa recurrida, significa que, en la vuelta atrás en el tiempo que es la retroacción, la Administración debe culminar el procedimiento retrotraído y notificar al interesado correctamente la resolución, en el plazo que reste desde que se realizó la actuación procedimental causante de la indefensión del interesado”*. También citamos la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2017, donde se afirma que *“... se ha de tener en cuenta que la retroacción de actuaciones no pone en marcha un*

procedimiento nuevo, sino que vuelve atrás en el ya abierto, en el que se produjeron las fallas procedimentales que determinan la anulación de la resolución que lo puso fin. Parece, pues, anómalo que la Administración recupere en toda su extensión todo el tiempo del que disponía inicialmente para decidir...”

Por otro lado, se observa que se ha intentado la notificación al contratista mediante burofax en su domicilio, si bien no se ha dado cumplimiento a las previsiones del artículo 44 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, por remisión del artículo 42 de la misma ley (“*Cuando los interesados en un procedimiento sean desconocidos, se ignore el lugar de la notificación o bien, intentada esta, no se hubiese podido practicar, la notificación se hará por medio de un anuncio publicado en el <<Boletín Oficial del Estado>>*”). Además, posteriormente, se ha enviado un correo electrónico en la dirección facilitada por la empresa al concurrir a la licitación, si bien, la documentación remitida a esta Comisión Jurídica Asesora, consistente en un pantallazo de un correo electrónico, no nos permite conocer los actos que fueron notificados por correo electrónico, ni tampoco nos consta la respuesta sobre la recepción por la empresa contratista como se requería en dicho correo, todo lo cual permite albergar serias dudas sobre la notificación del trámite de audiencia a la empresa contratista, lo que, como ya dijimos, es esencial no solo para que esta manifieste a lo que a su derecho convenga, sino además para determinar la preceptividad del dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora que depende de la oposición del contratista a la resolución contractual.

Finalmente, tampoco se ha redactado una propuesta de resolución en los términos que indicamos en nuestro anterior dictamen.

Resulta relevante referirnos en este punto al plazo para la tramitación del procedimiento de resolución contractual. En principio,

cabe señalar que esta Comisión Jurídica Asesora no desconoce que en el anterior dictamen se hizo constar que, de conformidad con el artículo 212.8 de la LCSP/17, los procedimientos de resolución contractual deberían ser instruidos y resueltos en el plazo máximo de ocho meses.

Sin embargo, y a partir del Dictamen 576/21, de 10 de noviembre, este órgano consultivo, tras un profundo análisis de la Sentencia del Tribunal Constitucional 68/2021, de 18 de marzo, y siguiendo en este punto el criterio de otros órganos consultivos (Consejo Consultivo de Galicia en sus dictámenes 19/2021, de 28 de abril, 240/2021, de 1 de septiembre y 267/2021 de 22 de septiembre) ha modificado su criterio en la forma que a continuación exponemos:

En efecto, una de las novedades de la LCSP/17 fue que su artículo 212.8 establecía un plazo máximo para resolver de ocho meses. Esta inclusión se debió a lo argumentado por el Consejo de Estado, en el Dictamen 1116/2015, de 10 de marzo de 2016, en el que se explicaba que a raíz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que aplicó el instituto de la caducidad a las resoluciones contractuales (tesis que el Consejo de Estado no compartía), el plazo general de tres meses resultaba notoriamente insuficiente, dando lugar a la caducidad de numerosos procedimientos, con los consiguientes daños al interés público que perseguía el contrato a resolver.

Por ello el Consejo reiteraba: *“(...) la sugerencia que entonces fue formulada y todavía no ha sido atendida: es preciso fijar un plazo suficiente (por ejemplo, de un año) para la instrucción de los procedimientos de resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista y, en general, para los dirigidos al ejercicio de las prerrogativas de la Administración”*.

La redacción final de la LCSP/17 se limitó a ampliar el plazo a ocho meses, por resultar más adecuado para la tramitación de un procedimiento complejo como es el de la resolución contractual y en línea con los seis meses que para la revisión de oficio había fijado el artículo 106.5 de la LPAC. La disposición final 1ª de dicha norma, indicó que el citado artículo 212.8 de la LCSP/17 tenía carácter de legislación básica.

Ahora bien, la citada STC 68/2021, de 18 de marzo, a raíz de un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de Aragón, ha procedido a declarar la inconstitucionalidad de algunos preceptos de la LCSP/17, afectando señaladamente a esta cuestión.

En concreto, el artículo 212.8, fue impugnado al considerar que vulneraba la doctrina constitucional sobre la legislación básica, puesto que contendría una regulación de detalle o de procedimiento, que cercenaría la posibilidad de desarrollo legislativo por la Comunidad Autónoma de Aragón.

La STC 68/2021 considera (FJ 5º) que la regulación de las prerrogativas de la administración en materia de contratación tiene, en general, la consideración de básica [STC 84/2015, FJ 5 a)]. En concreto, el Tribunal Constitucional ha declarado que el *ius variandi* constituye un aspecto básico como prerrogativa de la administración en la ejecución de los contratos; y que lo mismo cabe decir del deber de respetar el equilibrio financiero (SSTC 118/1996, de 27 de junio, FJ 32).

No obstante, al analizar la impugnación del artículo 212.8, el TC en el FJ 7 C. c. de la citada STC, afirma:

“El tribunal considera fundada la pretensión del recurrente, por cuanto se trata de una norma de naturaleza auxiliar y procedimental que no puede ser considerada básica. La regulación relativa a la duración de la tramitación de los expedientes de resolución contractual podría ser

sustituida por otra elaborada por las comunidades autónomas con competencia para ello, sin merma de la eficacia de los principios básicos en materia de contratación pública (STC 141/1993, FJ 5).

Por tanto, procede declarar contrario al orden constitucional de competencias al art. 212.8 LCSP. No se precisa pronunciar su nulidad, dado que la consecuencia de aquella declaración es solamente la de que no será aplicable a los contratos suscritos por las administraciones de las comunidades autónomas, las corporaciones locales y las entidades vinculadas a unas y otras [SSTC 50/1999, FFJJ 7 y 8, y 55/2018, FFJJ 7 b) y c)]”.

Es decir, el tribunal no anula el precepto en cuanto es de aplicación a los procedimientos de resolución de la Administración General del Estado pero considera que infringe las competencias de las comunidades autónomas y por tanto no es de aplicación a estas ni a las entidades locales.

Esto plantea el problema de determinar el concreto plazo en el que deben resolverse los expedientes de resolución en la Comunidad de Madrid y sus entidades locales.

La normativa de la Comunidad de Madrid en materia de contratación es muy escasa y limitada prácticamente a la regulación de algunos aspectos organizativos. Así ha de estar dispuesto en los artículos 62 a 69 de la Ley 1/1983, de 13 de diciembre, de Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid (LGA) y en el Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid aprobado por Decreto 49/2003, de 3 de abril (RGCCM). A ello cabe añadir algunas previsiones de tipo presupuestario relacionadas con la contratación contenidas en la Ley 9/1990, de 8 de noviembre, reguladora de la Hacienda de la Comunidad de Madrid así como algunas especialidades

como la contenida en el artículo 14.2 de la Ley 8/2005, de 26 de diciembre, de protección y fomento del arbolado urbano de la Comunidad de Madrid

El artículo 62 de la LGA establece que la contratación de la Comunidad de Madrid se regirá por la legislación básica del Estado en materia de contratos de las Administraciones Públicas y por las leyes de la Asamblea de Madrid y demás normas de carácter reglamentario que se dicten para su desarrollo y ejecución.

No existe ninguna norma autonómica madrileña que establezca un plazo en el que hayan de resolverse los procedimientos de resolución contractual. Es más, tampoco existe una norma autonómica que contemple este procedimiento sino que se aplica el artículo 191 de la LCSP/17 (básico salvo su apartado 2º) y el artículo 109 del RGLCAP (básico según la disposición final 1ª).

Por lo expuesto, el problema es determinar si es aplicable el artículo 212.8 de la LCSP/17 como derecho supletorio al amparo del artículo 149.3 de la Constitución Española o si ha de prevalecer el artículo 21 de la LPAC, como normativa básica (disposición final 1ª de la LPAC).

La aplicación supletoria del derecho estatal plantea muchos problemas prácticos.

El Tribunal Constitucional en un primer momento admitió de forma amplia esa aplicación supletoria de tal forma que la declaración de inconstitucionalidad de una norma estatal no suponía su nulidad sino su aplicación supletoria.

Sin embargo a partir de la STC 147/1991, de 4 de julio, el Tribunal Constitucional ha considerado que la supletoriedad del derecho estatal ha de ser inferida por el aplicador del derecho autonómico mediante las

reglas de interpretación aplicables y en la STC 118/1996, 27 de junio, afirma que (FJ 6º):

“La cláusula de supletoriedad es, según la doctrina expuesta, una previsión constitucional emanada de la C.E. que se dirige al aplicador del Derecho, indicándole el modo en que deben colmarse las lagunas del ordenamiento autonómico, cuando las haya. A tenor de la misma, una vez que el aplicador del Derecho, utilizando los medios usuales de interpretación, haya identificado una laguna en el ordenamiento autonómico, deberá colmarla acudiendo a las normas pertinentes, dictadas por el Estado en el ejercicio de las competencias que la Constitución le atribuye: en eso consiste la supletoriedad del Derecho estatal que, por su misma naturaleza, no comporta atribución competencial alguna”.

El FJ 8º de la STC 118/1996 reitera esa escrupulosa exigencia de laguna para la aplicación supletoria.

Por ello, para que proceda la aplicación supletoria del derecho estatal es necesario que exista una laguna, en el sentido de ausencia de legislación específica para resolver un problema jurídico. En este sentido cabe citar también la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2018 (rec. 3781/2017).

Sin embargo en el presente caso, al no haber regulado al respecto la Comunidad de Madrid (a diferencia de otras Comunidades Autónomas como la de Aragón –Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón- o la de Castilla y León -Ley 1/2012, de 28 de febrero, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras-), no hay un plazo específico por lo que resulta aplicable la previsión del artículo 21 de la LPAC en cuanto al plazo de tres meses.

La propia STC 68/2021 (FJ 9º) indica que: *“Solo es constitucionalmente legítimo que el legislador estatal prevea la aplicación de sus normas a las comunidades autónomas allí donde se halla habilitado por un título competencial específico que le permita disponer tal cosa. Como el tribunal ha declarado, la cláusula de supletoriedad no permite que el derecho estatal colme, sin más, la falta de regulación autonómica en una materia; el Estado no puede, excediendo el tenor de su título competencial en materia de contratación pública y penetrando en el ámbito reservado por la Constitución y los estatutos a las comunidades autónomas, producir normas jurídicas meramente supletorias (STC 118/1996, FFJJ 6 y 8)”*.

Es decir, si la Comunidad de Madrid no regula la duración del procedimiento se produce el supuesto factico previsto en el artículo 21.1 de la LPAC: *“cuando las normas reguladoras de los procedimientos no fijen el plazo máximo”*, con la subsiguiente aplicación del plazo de tres meses. La aplicación de esa regla básica supone la inexistencia de laguna y por tanto hace innecesario acudir al derecho estatal no básico (artículo 212.8 de la LCSP/17 tras la STC 68/2021) como supletorio.

Por tanto, en este caso, considerando que el plazo de resolución del procedimiento es de tres meses, y que no consta que se haya hecho uso de la facultad de suspender el procedimiento al amparo del artículo 22.1, d) de la LPAC (*“cuando se soliciten informes preceptivos a un órgano de la misma o distinta Administración, por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos”*), iniciado el 21 de julio de 2021, su caducidad se ha producido el 21 de octubre de 2021.

La caducidad del procedimiento no impide la iniciación de uno nuevo, si bien deberán tenerse en cuenta las deficiencias que hemos advertido en el presente dictamen y además que no será preceptivo el dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora si no se formula oposición a la resolución contractual por parte de la empresa contratista.

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

CONCLUSIÓN

El procedimiento de resolución contractual ha caducado.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a esta Comisión Jurídica Asesora de conformidad con lo establecido en el artículo 22.5 del ROFCJA.

Madrid, 21 de diciembre de 2021

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 651/21

Sr. Alcalde de Horcajuelo de la Sierra

Pza. de San Antonio, 1 - 28191 Horcajuelo de la Sierra