

Acuerdo n°: **1/19**
Consulta: **Alcalde de Moralarzal**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **17.01.19**

ACUERDO del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 17 de enero de 2018, emitido ante la consulta formulada por el alcalde-presidente de Moralarzal cursada a través del vicepresidente, consejero Presidencia y Portavoz del Gobierno, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en relación con el expediente sobre resolución del contrato administrativo denominado “*Suministro de material de ferretería y eléctrico*”, celebrado con la empresa REDONDO Y GARCÍA , S.A., por incumplimiento culpable del contratista.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 12 de diciembre de 2018 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen preceptivo procedente del Ayuntamiento de Moralarzal.

A dicho expediente se le asignó el número 555/18, comenzando el día señalado el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 23.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora, aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero, del Consejo de Gobierno.

La ponencia ha correspondido, por reparto de asuntos, a la letrada vocal D.^a Rocío Guerrero Ankersmit, quien formuló y firmó la propuesta de Acuerdo, que fue deliberada y aprobada por el Pleno de la Comisión Jurídica Asesora, en sesión celebrada el día 17 de enero de 2018.

SEGUNDO.- Se observa que el expediente remitido a esta Comisión Jurídica Asesora está incompleto pues falta el Pliego de Condiciones Particulares del Contrato, documento esencial en cuanto que, como es sabido, los pliegos constituyen la ley del contrato.

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

1. Por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Morázarzal en sesión celebrada el 7 de agosto de 2018, se aprobó el expediente de contratación, los pliegos de prescripciones técnicas y los pliegos de cláusulas administrativas particulares, del contrato administrativo de “*Suministro de material de ferretería y eléctrico*”.

2. Por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de fecha 27 de agosto de 2018 se acordó la adjudicación del contrato a REDONDO Y GARCÍA, S.A. (en adelante, la contratista) por un importe de 4.462,81 €, más 937,19 € en concepto de IVA para el lote de ferretería y 5.943,52 €, más 1.248,14 € en concepto de IVA para el lote de electricidad.

3. El contrato se formalizó el día 17 de septiembre de 2018. El plazo de ejecución del contrato era de un año desde su formalización, con opción de prórroga por otra anualidad.

4. Con fecha 5 de octubre de 2018, emite informe técnico el ingeniero responsable de la supervisión del contrato en el que pone de manifiesto el incumplimiento del plazo de entrega del primer pedido realizado el día 28 de septiembre de 2018 y la falta de respuesta a los

correos electrónicos y llamadas efectuados para reclamar su cumplimiento.

5. A la vista del anterior informe, con fecha 15 de octubre de 2018 la concejal delegada de Urbanismo y Medio Ambiente acordó el inicio de un procedimiento de sanción por demora en la ejecución de los plazos de entrega del material y dar audiencia a la empresa contratista por plazo de 10 días.

6. El día 19 de octubre de 2018 emite nuevo informe técnico el ingeniero responsable de la supervisión del contrato en el que señala que la empresa contratista no ha contestado a los correos electrónicos enviados y está remitiendo parcialmente y en distintos días los artículos del pedido, incumpliendo el plazo de entrega, lo que genera descoordinación para el trabajo planeado semanalmente y pérdida del tiempo del personal municipal. Además manifiesta que se están entregando materiales de marca distinta de la exigida en los pliegos con características técnicas y de calidad del fabricante propuesto.

7. Con fecha 31 de octubre de 2018 el secretario general del Ayuntamiento de Moralarzal emite informe en el que pone de manifiesto que no consta en el expediente formalizada la preceptiva acta de inicio del servicio a dicha fecha; que la empresa contratista no había efectuado alegaciones en el procedimiento sancionador iniciado por demora en el cumplimiento del plazo de entrega como consecuencia del informe de 5 de octubre de 2018 emitido por el responsable del contrato; que había emitido nuevo informe denunciando nuevos incumplimientos, lo que suponía un incumplimiento de las obligaciones del contrato esenciales del contrato, causa prevista en el artículo 211.1.f) de 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) así

como de los pliegos que prevén la posibilidad, ante los incumplimientos graves, de imposición de penalidades o la resolución del contrato.

El informe considera que en el presente caso *“hay una manifiesta voluntad de incumplimiento de la obligación de prestar el servicio que ampara la incoación de un procedimiento de resolución, que conforme al Pliego Condicional y el artículo 213 de LCSP, conlleva aparejada la incautación de garantía y la indemnización de daños y perjuicio acreditados por la Administración”*. El informe concluye con los trámites del procedimiento de resolución del contrato.

8. Con fecha 2 de noviembre de 2018 el ingeniero responsable de la supervisión del contrato emite nuevo informe en el que pone de manifiesto el incumplimiento del plazo establecido para el segundo pedido efectuado por el Ayuntamiento el día 26 de octubre de 2018.

9. El día 30 de octubre de 2018 la empresa contratista presenta alegaciones al procedimiento sancionador en el que reconoce diversos problemas administrativos internos en la apertura de la cuenta de suministro pero que ya habían sido solucionados, que había tenido una reunión con el ingeniero responsable de la supervisión del contrato en el que manifestó su disposición de colaborar y la voluntad absoluta de mejorar y cumplir con los compromisos por lo que apelaba *“a la buena voluntad del Ayuntamiento de Moralarzal a la hora de estudiar este recurso y espera una resolución benevolente del mismo”*.

10. Con fecha 7 de noviembre de 2108 la Junta de Gobierno Local acordó, a la vista del informe del secretario municipal:

“Primero.- Dictar la propuesta de resolución del contrato de suministro de material de ferretería y electricidad suscrito con (...) por el incumplimiento total de las obligaciones establecidas en la cláusula sexta del pliego de prescripciones técnicas aprobado por la

Junta de Gobierno en fecha 27 de julio de 2018, de acuerdo con los informes técnicos y jurídico emitidos al efecto.

Segundo.- Otorgar trámite de audiencia al contratista por plazo de diez días naturales al objeto de presentar las alegaciones que estime oportunas”.

Con fecha 9 de noviembre de 2018 el ingeniero responsable de la supervisión del contrato reitera la denuncia de incumplimiento del plazo del segundo pedido pues habían transcurrido 15 días sin que se hubiera entregado. El informe concluye:

“Esto está generando un grave retraso en los trabajos del personal municipal de la brigada ya que no disponemos del material para arreglar averías y deficiencias en las actuales instalaciones municipales, que generan quejas tanto de los usuarios como de los trabajadores municipales. Por lo que necesitamos el poder realizar pedidos de material con otro almacén de material, que lo suministre de manera urgente” (sic).

El día 15 de noviembre de 2018 la empresa contratista presenta alegaciones en las que se opone a la resolución del contrato y manifiesta que *“el período de actividad acumulado hasta la propuesta de resolución del contrato, un mes y ocho días, nos parece excesivamente corto para juzgar, no ya la calidad de servicio sino la voluntad de cumplimiento de la prestación del mismo”.*

Con fecha 20 de noviembre de 2018 el ingeniero responsable de la supervisión del contrato, a la vista de las alegaciones formuladas, emite un nuevo informe en el que reproduce algunos de los correos electrónicos remitidos a la empresa contratista para reclamar el primero de los pedidos formalizados y pone de manifiesto que el segundo pedido fue anulado el día 13 de noviembre, al haber transcurrido más 18 días

sin haber recibido nada del mismo. El informe añade, en relación con la facturación presentada por la empresa contratista, solo una de ellas -la emitida por importe de 124,29 €- ha sido aceptada porque se factura un material del que se solicitó su recogida por devolución y porque facturan por un precio superior al que correspondería de acuerdo con la baja ofertada por la empresa.

Con esa misma fecha, 20 de noviembre de 2018, emite informe el secretario general del Ayuntamiento de Morazarzal que considera que existe una manifiesta voluntad de incumplimiento de la obligación de prestación del servicio, que ampara la incoación de un procedimiento de resolución del contrato y, de conformidad con el artículo 213 LCSP, lleva aparejada la incautación de la garantía y la indemnización de daños y perjuicios acreditados por la indemnización.

El día 27 de noviembre de 2018 la Junta de Gobierno Local, a la vista del informe de Secretaría, adoptó el siguiente Acuerdo:

“Primero.- Acordar la propuesta de resolución definitiva del contrato al objeto de recabar dictamen preceptivo de la Comisión Jurídica Asesora, (...),

Segundo.- Notificar el presente Acuerdo al contratista a los efectos oportunos”.

Consta en el expediente con sello del registro de salida 28 de noviembre de 2018 la notificación del anterior Acuerdo con el siguiente texto:

“Lo que se notifica en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas-LPAC-, haciéndole saber que la presente resolución pone fin a la vía administrativa, pudiendo interponer frente a la misma, recurso

potestativo de reposición en plazo de un mes de acuerdo con lo establecido en los artículos 123 y 124 de la LPAC antes citada, y en todo caso, recurso contencioso-administrativo ante el órgano competente de dicha jurisdicción en el plazo de dos meses, establecido en el artículo 46 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

La interposición del recurso no suspenderá la ejecución del acto impugnado, salvo lo dispuesto en el artículo de 117 de la LPAC precitada”.

En este estado del procedimiento, el alcalde-presidente de Moralarzaral firma el día 4 de diciembre de 2018 la solicitud de dictamen a esta Comisión Jurídica Asesora en el procedimiento de resolución del contrato, al haberse formulado oposición por parte del contratista.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

ÚNICA.- El Ayuntamiento de Moralarzaral solicita dictamen a la Comisión Jurídica Asesora 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”.*

El expediente de licitación del contrato cuya resolución se pretende se inició con posterioridad a la entrada en vigor de la LCSP/17, por lo que ésta resulta de aplicación tanto desde el punto de vista sustantivo como desde el punto de vista procedimental.

Ante la falta de desarrollo reglamentario en el aspecto objeto de estudio de las disposiciones vigentes en materia de contratación del sector público, debe considerarse lo dispuesto en el artículo 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), referido específicamente al *“procedimiento para la resolución de los contratos”*.

El artículo 190.1 TRLCSP requiere que en el correspondiente expediente se dé audiencia al contratista. Además debe tenerse en cuenta el artículo 109 del RGLCAP, que exige la audiencia al avalista o asegurador *“si se propone la incautación de la garantía”*.

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

De conformidad con el apartado tercero artículo 191 LCSP/17, será preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de interpretación, nulidad y resolución, cuando se formule oposición por parte del contratista, como es el caso.

En el presente caso, después del trámite de audiencia se ha incorporado un nuevo informe del ingeniero responsable de la

supervisión del contrato que ha introducido nuevos hechos para reforzar la decisión de resolver el contrato, lo que genera indefensión a la empresa contratista.

Asimismo, no consta que se haya dado audiencia al avalista o asegurador.

El Acuerdo del Pleno de la Junta de Gobierno Local de 27 de noviembre de 2018 que reproduce literalmente el informe del secretario general del Ayuntamiento, cita el artículo 213 LCSP/17 que dispone que *“cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista le será incautada la garantía”* e indica como trámite del procedimiento la audiencia al *“avalista o asegurador si se propone la incautación de la garantía”*. Sin embargo, no se pronuncia expresamente sobre la incautación de la garantía y no se ha dado audiencia al avalista o asegurador, ignorándose del expediente remitido la forma de constitución de la garantía. Si esta se hubiese constituido mediante aval o seguro de caución, la omisión del trámite de audiencia a la entidad avalista o a la aseguradora determinaría que el procedimiento de resolución del contrato estuviera viciado de nulidad y procedería la retroacción del procedimiento para cumplimentar correctamente el trámite de audiencia.

Se observa cierta confusión en los términos de la redacción del Acuerdo de 27 de noviembre de 2018 de la Junta de Gobierno Local que resuelve *“acordar la propuesta de resolución definitiva del contrato al objeto de recabar dictamen preceptivo de la Comisión Jurídica Asesora”*, acuerdo que se ha notificado a la empresa contratista con pie de recurso al considerar que la citada resolución *“pone fin a la vía administrativa”*, por lo que podría parecer que la resolución del contrato se ha adoptado sin el dictamen preceptivo de la Comisión Jurídica Asesora.

Como ya señalara el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid en su Dictamen 155/14, de 9 de abril, la falta de emisión del dictamen del órgano consultivo en la tramitación del procedimiento de resolución del contrato si hay oposición del contratista constituye un vicio determinante de la nulidad radical.

El artículo 47 LPAC establece que son nulos de pleno derecho los actos administrativos *“dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido”* y que la doctrina de esta Comisión Jurídica Asesora, en consonancia con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha sido la de limitar esta causa de nulidad a aquellos casos en que se ha omitido total y absolutamente el procedimiento legalmente establecido y en los que se han omitido trámites esenciales.

En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 2012 (recurso núm.1966/2011) recuerda lo siguiente:

“(...) Nuestra jurisprudencia ha señalado que para apreciar esta causa de nulidad de pleno derecho no basta con la infracción de alguno de los tramites del procedimiento, sino que es necesario la ausencia total de éste o de alguno de los tramites esenciales o fundamentales, de modo que el defecto sea de tal naturaleza que sea equiparable su ausencia a la del propio procedimiento, como ha entendido esta Sala en sentencias, entre otras, de 5 de mayo de 2008 (recurso de casación núm. 9900/2003) y de 9 de junio de 2011 (recurso de casación núm. 5481/2008)”.

Por lo que se refiere al dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo, ya la Sentencia del Tribunal Constitucional 204/1992, de 26 de noviembre destacó la esencialidad de la intervención preceptiva de un órgano consultivo de las características del Consejo de Estado en cuanto supone en determinados casos *“una importante garantía del interés general y de la legalidad objetiva y, a consecuencia de ello, de los*

derechos y legítimos intereses de quienes son parte de un determinado procedimiento administrativo”.

Como señaló el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid en su Dictamen 342/10, de 13 de octubre, haciéndose eco de la jurisprudencia y de la doctrina del Consejo de Estado:

“La consulta al Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente y la posterior emisión del correspondiente dictamen son trámites esenciales en aquellos procedimientos en los que la consulta es preceptiva. Esa esencialidad no deriva del eventual carácter vinculante del dictamen, sino de la posición relevante del órgano consultivo en la arquitectura institucional diseñada por la Constitución. En los casos en los que el dictamen no es vinculante, el parecer del Consejo no es determinante del contenido de la decisión que acabe tomándose, pero procesalmente es determinante para la adopción de la pertinente resolución administrativa. Es decir, cuando la consulta es preceptiva, el correspondiente dictamen es un trámite procesalmente esencial, por lo que su sola omisión equivale a prescindir total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

Lo mismo sucede cuando, siendo preceptiva la consulta al Consejo Consultivo, se dicta un acto sin recabarla y después se intenta subsanar el vicio solicitando tardíamente el correspondiente dictamen.

Este es un informe determinante para la adopción del acuerdo municipal de resolución de un contrato, es un trámite esencial para dictar ese acto administrativo y, en consecuencia, su omisión equivale a dictarlo prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legal mente establecido (...).”.

La doctrina del Consejo de Estado (dictámenes 1026/1992, de 17 de septiembre y 1609/1994, de 10 de noviembre) expresa con claridad por qué razón no puede convalidarse la omisión de la preceptiva consulta:

«El sentido de la consulta es ilustrar al órgano que debe adoptar la decisión, ilustración que sólo tiene sentido antes de que la resolución se adopte, y por ello, la omisión de la consulta no puede subsanarse mediante una consulta tardía, una consulta evacuada cuando ya se ha adoptado una decisión. Así lo ha entendido la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1980, en la que se declara que la omisión de la consulta al Consejo de Estado no puede subsanarse debido a que “el informe omitido debe preceder las resoluciones administrativas que deben tener en cuenta su contenido antes de decidir”».

En el presente caso, si bien el Acuerdo de 27 de noviembre de 2018 parece que se limita a recabar el Dictamen de la Comisión Jurídica Asesora, sus términos son confusos porque hace referencia “a la propuesta de resolución definitiva del contrato” y se notifica el acto con pie de recurso, haciendo saber que “la presente resolución pone fin a la vía administrativa”.

Desconociéndose si el citado acto ha sido impugnado por la empresa contratista, y a la vista de los graves defectos procedimentales observados que determinan la nulidad del mismo, lo procedente será revocar el Acuerdo de 27 de noviembre de 2018 de la Junta de Gobierno Local que ha puesto fin a la vía administrativa del procedimiento de resolución del contrato, de conformidad con el artículo 109 LPAC, al tratarse de un acto desfavorable o de gravamen, e iniciar un nuevo procedimiento de resolución, si concurriera causa de resolución, en el que se observen correctamente todos los trámites que han de cumplimentarse en los términos expuestos en el presente Acuerdo.

En relación con la concurrencia de causa de resolución, debe tenerse en cuenta que el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en Sentencia de 30 de marzo de 2017 (recurso de apelación 1053/2016) ha declarado que por los mismos hechos no pueden simultáneamente incoarse procedimientos sancionadores y de resolución del contrato, como ha sucedido en el presente caso, en el que primero se inició un procedimiento de imposición de penalidades y, sin haber finalizado el mismo, se acordó el inicio del procedimiento de resolución de contrato, objeto del presente Acuerdo.

Finalmente advertir que, al no haber sido remitido el PCAP y el PPT del contrato, no es posible comprobar la concurrencia de la causa de resolución invocada por el Ayuntamiento, *“incumplimiento de las obligaciones esenciales”*. Debe tenerse en cuenta que el artículo 211.1. f) LCSP/17 menciona, en primer lugar, el incumplimiento de la obligación principal del contrato, que no puede estimarse concurrente en el presente caso porque resulta acreditado en el procedimiento que alguno de los pedidos se ha entregado por la empresa contratista con la conformidad de Ayuntamiento que ha aceptado una factura. En relación con *“el incumplimiento de las restantes obligaciones esenciales”*, para que puedan ser causa de resolución es preciso que concurran los dos requisitos siguientes:

“1º. Que las mismas respeten los límites que el apartado 1 del artículo 34 establece para la libertad de pactos.

2º. Que figuren enumeradas de manera precisa, clara e inequívoca en los pliegos o en el documento descriptivos, no siendo admisibles cláusulas de tipo general”.

En mérito a lo que antecede, esta Comisión Jurídica Asesora adopta el siguiente

ACUERDO

No procede emitir dictamen por esta Comisión Jurídica Asesora por las causas expuestas en la consideración jurídica única, señalándose que, en su caso, podrá el Ayuntamiento revocar el Acuerdo de 27 de noviembre de 2018 y, si concurriere causa para ello, iniciar un nuevo procedimiento de resolución contractual con arreglo a lo establecido en la LCSP/17, el artículo 109 RGCAP y demás legislación aplicable.

Madrid, a 17 de enero de 2019

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Acuerdo nº 1/19

Sr. Alcalde de Moralarzal

Pza. de la Constitución, 1 – 28411 Moralarzal