

Dictamen nº:

110/17

Consulta:

Alcaldesa de Getafe

Asunto:

Contratación Administrativa

Aprobación:

09.03.17

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad en su sesión de 9 de marzo de 2017, sobre la consulta formulada por la alcaldesa de Getafe a través del consejero de Medio Ambiente, Administración Local y Ordenación del Territorio al amparo del artículo 5.3.f) d. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en relación con el expediente de resolución del contrato para la ejecución de obras de reforma del C.E.I.P. “Ciudad de Getafe” y del C.E.I.P. “La Alhóndiga”.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Mediante oficio que ha tenido entrada en la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid con fecha 28 de febrero de 2017, la alcaldesa de Getafe ha solicitado dictamen preceptivo sobre la resolución del contrato para la ejecución de obras de reforma del C.E.I.P. “Ciudad de Getafe” y del C.E.I.P. “La Alhóndiga” (en adelante, *“el contrato”*). En dicha fecha ha comenzado el cómputo del plazo de treinta días para la emisión del dictamen, reducido a la mitad al haberse solicitado el mismo con carácter de urgencia conforme a lo previsto en el artículo 23.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora, aprobado por el Decreto 5/2016, de 19 de enero, del Consejo de Gobierno (ROFCA).

La ponencia ha correspondido por reparto de asuntos al letrado vocal D. Tomás Navalpotro Ballesteros, quien formuló y firmó la propuesta de dictamen, deliberada y aprobada por el Pleno de la Comisión Jurídica Asesora en sesión celebrada el día 9 de marzo de 2017.

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

1. El concejal delegado de Sostenibilidad, Urbanismo y Vivienda del Ayuntamiento de Getafe (en adelante, “*el concejal competente*”), mediante Orden de 11 de enero de 2016, dispuso el inicio del expediente de contratación.

En sendos informes de la Sección de Patrimonio de 21 y de 22 de enero, se informó la constancia de los inmuebles afectados en el inventario de bienes municipal y el 18 de abril se suscribió el acta favorable de replanteo.

En la misma fecha del 18 de abril, la arquitecto técnico de Proyectos y Obras de Edificación suscribió el informe sobre la supervisión y aprobación del proyecto básico y de ejecución, pliegos de prescripciones técnicas y de cláusulas administrativas particulares que habían de regir la contratación. El expediente también fue informado por la Intervención General y por la Asesoría Jurídica.

Con fecha 11 de mayo, el concejal competente elevó propuesta a la Junta del Gobierno para la aprobación del proyecto básico y de ejecución y de los pliegos de cláusulas administrativas particulares (PCAP) y de prescripciones técnicas, así como para la autorización del gasto correspondiente. Dicha propuesta fue aprobada por la Junta de Gobierno en sesión extraordinaria urgente de 13 de mayo de 2016.

La cláusula 2^a del PCAP contemplaba un plazo de ejecución de las obras de seis meses, contados desde el día siguiente a la fecha del acta de comprobación del replanteo, aunque el anexo permitía ofrecer como mejora una reducción justificada del mismo que en ningún caso podría ser superior al mes.

Asimismo, la cláusula 23^a, referida a las penalidades por incumplimiento de obligaciones contractuales y a la resolución del contrato, preveía en su punto 5 la posibilidad de optar indistintamente por la imposición de penalidades o por la resolución del contrato *“cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiese incurrido en demora respecto al cumplimiento del plazo total o de los plazos parciales recogidos en el programa de trabajo aprobado”*.

El anuncio del procedimiento abierto para la licitación fue objeto de publicación en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid de 19 de mayo.

Tramitada la licitación, por Acuerdo de la Junta de Gobierno de 3 de agosto se acordó la adjudicación del contrato a “Grupo B., SAU” (en adelante, *“la contratista”*) por un precio de 764.376,81 euros más IVA, lo que implicaba una bajada del 35,47% con respecto al presupuesto base de licitación, y un plazo de ejecución –también objeto de mejora– de cinco meses.

Con fecha 6 de septiembre, el concejal delegado de Hacienda, Seguridad Ciudadana y Movilidad y el representante de la contratista suscribieron el contrato administrativo. Su estipulación quinta contemplaba el plazo de cinco meses para la ejecución del contrato. Por su parte, la estipulación octava, en su punto 5, recogía en forma análoga al PACP la posibilidad de optar indistintamente por la imposición de penalidades o por la resolución del contrato *“cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiese incurrido en*

demora respecto al cumplimiento del plazo total o de los plazos parciales recogidos en el programa de trabajo aprobado”. Asimismo, señalaba que “*En todos los supuestos de resolución del contrato por causa imputable al contratista procederá la incautación de la garantía definitiva constituida, sin derecho del contratista a indemnización alguna*”.

3. Ya en fase de ejecución, la aprobación del Plan de Seguridad y Salud se llevó a cabo el 7 de septiembre, y el día 15 del mismo mes fue suscrito el acta de comprobación de replanteo (de forma que la fecha de finalización de los trabajos sería el 16 de febrero de 2017), que fue firmado por el representante de la contratista sin hacer constar objeción o salvedad alguna. En dicho acta, se hizo constar que la contratista había presentado un nuevo plan de obra ajustado a la fecha de inicio de la misma, al no coincidir el calendario para la ejecución de las obras con el previsto en la fase de licitación.

En un primer acta de visita de obra de 13 de octubre, la dirección facultativa de la obra trasladaba a la contratista su preocupación por el ritmo en que se estaban desarrollando los trabajos, que se estimaba muy inferior al previsto en el plan de obra, y la contratista anunció su intención de presentar propuestas alternativas a las soluciones de muros de cerramiento exterior de parcela y de acabado de fachadas.

En el acta 2, de 20 de octubre, se volvía a poner de manifiesto la preocupación por el retraso en la ejecución y se rechazaban las propuestas de modificación de cerramientos de parcela, medianeras, muros del interior de los patios y de las pistas deportivas formuladas por la contratista.

En el acta 3, de 27 de octubre, se manifestaba la misma inquietud por el ritmo con que se estaban realizando los trabajos, y la empresa hizo constar su disconformidad con realizar los cerramientos de parcela, medianeras, muros del interior de los patios y de las pistas deportivas, en la forma prevista en el proyecto.

En el acta 4, de 3 de noviembre, se insiste en manifestar la preocupación de la dirección facultativa por el estado de ejecución de la obra.

En el acta 5, de 10 de noviembre, no se constatan avances en relación con la semana anterior, y se rechazan las alternativas de modificación de los muros planteadas por la contratista.

El 14 de noviembre de 2016, por parte del jefe de Sección de Proyectos y Obras de Edificación y Espacios Públicos del Ayuntamiento de Getafe, se dirigió a un escrito a la contratista en la que se expresaba que el plan de obra a dicha fecha debería suponer un 27,56% de obra ejecutada, estando tan solo a un 2,96%, y se le recordó su obligación de ajustarse a los plazos previstos en el programa de trabajo según el artículo 11 del pliego de prescripciones técnicas, así como las consecuencias previstas para su incumplimiento en la cláusula 8.5 del contrato.

En el acta 6, de 16 de noviembre, únicamente se ha avanzado en cuanto al CEIP “Ciudad de Getafe”, en haber armado la zapata del muro de la zona deportiva.

En el acta 7, de 23 de noviembre, se deja constancia de la falta de organización de la contratista en cuanto al desarrollo de los trabajos, de la necesidad de incrementar el ritmo de éstos y paliar los retrasos habidos hasta la fecha mediante la actualización del plan de obra, y se lamenta no estar recibiendo otra respuesta a los constantes requerimientos de la dirección facultativa, que las propuestas de modificación del proyecto presentadas por la constructora.

En el acta 8, de 30 de noviembre, se manifiesta de nuevo la preocupación por el retraso en la ejecución, y refleja que en correo electrónico de 28 de noviembre se ha manifestado por medio de la

contratista la existencia de una serie de inconvenientes que -a su juicio- hacen imposible la continuación de los trabajos.

En el acta 9, de 15 de diciembre, la dirección facultativa deja constancia de que en las visitas de los días 13 y 14 se detectó que todos los tajos estaban paralizados y que no había personal de la empresa contratista en la obra. En el acta se reflejan separadamente los trabajos no iniciados “*por deliberada falta de interés de la empresa contratista*” y aquellos que, estando comenzados, no son objeto de conclusión a pesar de no existir impedimento técnico para ello.

El 22 de diciembre, la contratista solicitó la ampliación del plazo previsto para la ejecución, y el día 23 presentó, según se le venía pidiendo insistenteamente por la dirección facultativa, una reprogramación del trabajo adecuada a la situación real de la obra al día de la fecha. En dicho escrito planteaba como nueva fecha de finalización de ambas obras el 10 de mayo de 2017, si bien condicionaba el compromiso de ejecutar dicho programa a que el Ayuntamiento de Getafe “*adoptara las medidas necesarias en orden a adecuar la realidad de la obra a la realidad técnica detallada en el escrito de fecha 15 de diciembre de 2016, en un plazo estimado no superior a catorce días*”.

El 27 de diciembre de 2016, el coordinador de seguridad dirigió un escrito a la contratista en el que le requería para restituir el estado de seguridad de la obra en un plazo máximo de 24 horas, dado que en visita realizada en la fecha de referencia se había detectado la inexistencia de controles de acceso a la obra, que se hallaba completamente abierta al paso de cualquier persona por varios puntos, lo cual se consideraba de extrema gravedad al contar con zanjas abiertas, ferralla sin proteger, cerramientos rotos y con alambres de punta.

En el acta 10, de 5 de enero de 2017, se comprueba la paralización de todos los tajos y la ausencia de operarios de la contratista. En esa mismo día se da a la contratista la orden de que retire todas las vallas que se encuentran pegadas a los bancos de la calle Alonso de Mendoza con el objeto de evitar el riesgo de que alguien se suba a los mismos y se pueda herir con los alambres en punta que conforman la valla. En correo electrónico remitido a primera hora de la tarde de ese mismo día, la contratista se justificó diciendo que los trabajadores habían salido a comer, y dio cuenta de haber dejado en perfecto estado el cerramiento y la señalización de la obra.

En el acta 11, de 9 de enero, se constata nuevamente la paralización de los trabajos y la sola presencia de un operario encargado de mantener la seguridad en el vallado perimetral de la obra. En correo electrónico de esa fecha, la Dirección Facultativa da la orden de retirar los alambres en punta, revisar las uniones y proteger las placas metálicas de unión de postes, y de que el vallado situado en el patio del colegio “La Alhóndiga” sea retirado en su zona más próxima al poyete existente en las pistas deportivas.

El 10 de enero, el director de la obra rechaza la propuesta de ampliación de plazo formulada por la contratista el 22 de diciembre de 2016. En su escrito, refleja que las circunstancias sobrevenidas y supuestos desajustes entre lo proyectado y la necesidad técnica actual de la obra, son artificiales y están motivadas exclusivamente por la falta de voluntad de la empresa en llevar a cabo la ejecución de las obras. Asimismo, que las pretendidas discrepancias entre lo proyectado y la realidad son situaciones ordinarias en las obras que se han ido resolviendo a medida que se presentaban mediante la interpretación del proyecto sin producir modificación significativa en el mismo, y, en cuanto a las contradicciones entre el proyecto y el estudio geotécnico, que las características portantes del suelo no implican condicionante

técnico para la obra y en el peor de los casos serían salvables mediante el incremento de la medición correspondiente a las partidas de excavación y rellenos de hormigón auxiliar. Reflejaba también que, a fecha 30 de noviembre de 2016, esto es, consumida la mitad del plazo de ejecución de la obra, el porcentaje de obra consumido era solo del 5,99%.

Consta en el expediente administrativo, a los folios 399 y 400, una comunicación también de 10 de enero dirigida por el coordinador de Seguridad y Salud a la contratista, en la que le informa que en la visita a las obras producida en el día anterior todos los tajos de la obra estaban paralizados, y que no se había comprobado ningún avance con respecto al estado de la obra a fecha 13 y 14 de diciembre de 2016. Asimismo, y con recordatorio del aviso ya realizado mediante correo electrónico de 28 de diciembre de 2016, se le daba la orden de terminar aquellos trabajos abiertos cuya pendencia implicaba un peligro especial, dándole 21 días para finalizar al alzado del muro, de los muros de separación entre la zona deportiva y el patio de recreo del CEIP “Ciudad de Getafe” y de los muros del nuevo acceso al CEIP “La Alhondiga”, así como para acometer el traslado de los vallados y material de obra para devolver el espacio que ocupaban al uso escolar y ejecutar la salida de la planta baja en la zona de acceso entre pabellón deportivo y módulo del CEIP “Ciudad de Getafe” en cuanto su estado actual implicaba la supresión de una salida de emergencia fundamental para el correcto funcionamiento del centro educativo.

Obra también al folio 401 la respuesta dada por la contratista el 16 de enero de 2017, en la que se aludía a un escrito anterior de 15 de diciembre de 2016 en el cual se informaba al Ayuntamiento sobre “*las circunstancias sobrevenidas y la existencia de desajuste entre lo proyectado y la necesidad técnica actual de la obra*”, según se deducía del estudio geotécnico, paralizándose desde aquel momento los trabajos

a la espera de que por parte del Ayuntamiento “*se nos indique la solución a la cuestión planteada*”.

4. En informe de 16 de enero de 2017, la arquitecto técnico de Proyectos y Obras de Edificación y Espacios Públicos del Ayuntamiento de Getafe, suscribió un informe en el que, dando cuenta de las vicisitudes habidas en la ejecución del contrato, concluía que se habían incumplido los plazos parciales de ejecución del contrato por causa imputable a la contratista, por lo que proponía iniciar procedimiento tendente a su resolución. También daba cuenta de que, a tenor de un informe del coordinador de seguridad y salud de 10 de enero, y teniendo en cuenta que los colegios estaban en uso, se debían tomar una serie de medidas de seguridad en un plazo de 21 días.

Mediante informe de 17 de enero, suscrito por el jefe de Sección de Proyectos y Obras con la conformidad del director de la Asesoría Jurídica, se informaba sobre la existencia de una causa de resolución del contrato y sobre el procedimiento a seguir con vistas a su declaración.

En esa misma fecha, a la vista de los anteriores informes, el concejal competente elevó a la Junta de Gobierno propuesta de desestimación de la solicitud de modificación del proyecto, de denegación de la petición de ampliación del plazo de ejecución y de incoación del procedimiento de resolución del contrato.

El 18 de enero, la Policía Local de Getafe suscribió un parte en el que daba cuenta de la estado del vallado, que se había caído en varias ocasiones a causa del viento, y de la situación de la obra, en la que había un solo vigilante para dos colegios en horario de 8 de la mañana a 6 de la tarde. El representante de la empresa, en escrito formulado al día siguiente, se justificó en la existencia de robos y actos vandálicos producidos por personas ajenas a la obra.

TERCERO.- La Junta de Gobierno Local adoptó con fecha 19 de enero de 2017, en sesión extraordinaria urgente, el acuerdo de desestimar la solicitud de modificación del proyecto, denegar la petición de ampliación del plazo de ejecución e incoar procedimiento de resolución del contrato. En el mismo acuerdo se daba plazo para alegaciones a la contratista y a la avalista y se proponía la incautación de la garantía definitiva sin perjuicio de la posibilidad de exigir una mayor responsabilidad al contratista en expediente instruido al efecto con posterioridad a la resolución del contrato. También se requería a la contratista a fin de que se manifestase con respecto a la orden de ejecución inmediata de las medidas de seguridad establecidas por el coordinador de Seguridad y Salud en su informe de 10 de enero, advirtiendo de la posibilidad de ejecutarlos por el Ayuntamiento en caso de no hacerlo la contratista con repercusión a ésta del coste correspondiente.

Mediante escrito de 30 de enero, la contratista se opuso al contenido del acuerdo de incoación del procedimiento poniendo nuevamente de manifiesto los problemas técnicos detectados tras el informe geotécnico, la imposibilidad de continuar las obras conforme al proyecto inicial y la aparición de circunstancias sobrevenidas no previstas en el proyecto que habían producido el retraso de las obras prácticamente desde su iniciación.

En informe de 6 de febrero, la Dirección Facultativa informó sobre las alegaciones formuladas por la contratista, e insistió en la existencia de un incumplimiento culpable del contrato por parte de aquélla.

En visita a las obras de esa misma fecha, el coordinador de Seguridad constató que los alambres que sujetaban los vallados habían sido cortados con algún útil, presentando una denuncia en Comisaría, si bien al día siguiente se pudo comprobar que la seguridad de las obras había sido restituida en cuanto a ese aspecto.

El 9 de febrero, fue el jefe de Sección de Proyectos y Obras quien informó sobre las alegaciones formuladas por la contratista, e insistió en la existencia de un incumplimiento culpable del contrato por parte de aquélla, cosa que también hizo el arquitecto técnico de Proyectos y Obras de Edificación y Espacios Públicos mediante otro informe de la misma fecha.

Por informe de 10 de febrero, la Dirección de Asesoría Jurídica informó favorablemente la resolución del contrato, así como la tramitación de emergencia de las obras necesarias para paliar el peligro para los alumnos del centro a los efectos previstos en el artículo 113 del TRLCSP.

En esa misma fecha, el concejal competente suscribió propuesta de resolución en la que, entre otros aspectos, se sugería desestimar las alegaciones formuladas por la contratista en el procedimiento de resolución, elevar consulta a la Comisión Jurídica Asesora con suspensión del plazo para resolver, declarar de emergencia las obras que se estimaba necesario acometer de forma inmediata en atención a razones de grave peligro en los dos centros educativos afectados y recordar a la contratista de su obligación de salvaguardar la seguridad de la obra hasta tanto no se produjera la conclusión del procedimiento. Dicha propuesta fue adoptada como acuerdo por la Junta de Gobierno en sesión extraordinaria urgente celebrada en aquella misma jornada, constando en el expediente administrativo, a los folios 947 y 953, su notificación a avalista y contratista.

Mediante escrito de 13 de febrero, el representante de la contratista aclaró que no se oponían a que se resolviera el contrato, solución con la que estaban de acuerdo, sino a la determinación de sus causas, que a su juicio residían no en un incumplimiento del contrato por su parte sino en la discordancia técnica entre el proyecto y la

realidad física de la obra tras el estudio geotécnico realizado, así como – también manifestaban oposición- en cuanto a sus efectos.

Consta en el expediente administrativo un acta de comprobación de paralización de obra de 14 de febrero de 2017, en el que comparecen la Dirección Facultativa, el coordinador de Seguridad y Salud y representantes del Ayuntamiento de Getafe y de la mercantil contratista a los efectos de la comprobación del estado de la obra y la ejecución de las obras de emergencia a las que se ha hecho anterior referencia al día siguiente.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La petición de dictamen se ha de entender realizada al amparo de lo dispuesto en el artículo 5.3.f) d. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, a cuyo tenor la Comisión Jurídica Asesora deberá ser consultada en los expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid en los supuestos de “*aprobación de pliegos de cláusulas administrativas generales, interpretación, nulidad y resolución de los contratos administrativos y modificaciones de los mismos en los supuestos establecidos por la legislación de Contratos de las Administraciones públicas*”, y ha sido formulada por órgano competente para ello en virtud de lo dispuesto en el artículo 18.3.b) del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora, aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero ROFCJA.

El dictamen ha sido evacuado dentro del plazo de urgencia establecido en el artículo 23.2 de dicho reglamento.

SEGUNDA.- El contrato se adjudicó por Acuerdo de la Junta de Gobierno de 3 de agosto de 2.016, por lo que resulta de aplicación el TRLCSP en cuanto que normativa vigente en dicho momento.

En cuanto a la competencia para acordar la resolución de los contratos administrativos, el artículo 210 del TRLCSP dispone que “*dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, (...) acordar su resolución y determinar los efectos de esta*”.

En este caso, el órgano de contratación es la Junta de Gobierno Local.

Por lo que se refiere al procedimiento de resolución contractual, habrá que estar a lo dispuesto en la normativa vigente en el momento de su inicio (en el caso, el 19 de enero de 2017), lo que supone igualmente la aplicación en el caso analizado del TRLCSP, en particular de sus artículos 211 y 225.3. Además, ante la falta de desarrollo reglamentario en el aspecto objeto de estudio de las disposiciones vigentes en materia de contratación del sector público, debe considerarse lo dispuesto en el artículo 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de la Administraciones Pùblicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), referido específicamente al “*procedimiento para la resolución de los contratos*”.

En particular, el artículo 211.1 TRLCSP requiere que en el correspondiente expediente se dé audiencia al contratista. Asimismo, el artículo 109 del RGCAP exige la audiencia al avalista o asegurador “*si se propone la incautación de la garantía*”, como es el caso. En el caso sujeto a dictamen, se ha respetado el derecho de audiencia de la contratista, que ha formulado las alegaciones que ha tenido por conveniente, y de la avalista, que no ha presentado escrito no obstante

ser notificada de la incoación del procedimiento en el mismo día en que fue acordada según está acreditado al folio 649 del expediente administrativo.

Debe matizarse que, con posterioridad a la fecha de otorgamiento de la audiencia, se han incorporado diversos informes al procedimiento, práctica que no le ha generado indefensión a la contratista puesto que no añaden hechos nuevos como base de la pretensión resolutoria, sino que vienen a abundar en la discrepancia del Ayuntamiento de Getafe con la progresión de las obras, sobre cuyo contenido tiene la contratista amplio conocimiento incluso antes de la incoación del procedimiento de resolución, como demuestran los numerosos informes, actas y comunicaciones entre ella y la Administración contratante incorporados al expediente.

En el procedimiento se ha emitido informe por la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento de Getafe, que hace innecesario el informe de la Secretaría al tratarse de un municipio de gran población, mas no por la Intervención. Tal como hemos señalado en el dictamen 62/16, de 5 de mayo, 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, establece como necesario dicho informe, lo que puede determinar un vicio de anulabilidad en virtud de lo dispuesto en el artículo 48.2 de la LPAC, y, por tanto, susceptible de subsanación, como también hemos señalado, entre otros, en el dictamen de anterior cita.

Igualmente, se ha incorporado al expediente administrativo la oportuna propuesta de resolución, en la que se desestiman las alegaciones de la contratista. Esta, según hemos manifestado, entre otras ocasiones, en el Dictamen 191/16, de 9 de junio, no debe limitarse a ser un borrador incompleto de una resolución finalizadora del procedimiento, sino que ha de recoger motivadamente la posición

de la Administración una vez tramitado el procedimiento con el objeto de permitir a este órgano consultivo conocer la postura de la Administración y contrastarla con la oposición del contratista que motiva la remisión para dictamen.

En el expediente administrativo remitido a esta Comisión Jurídica Asesora, la propuesta de resolución, cuyo contenido no se limita a la resolución del contrato dada la problemática surgida en cuanto a las condiciones de seguridad de la obra, en relación con aquélla simplemente acuerda la desestimación de las alegaciones del contratista y la suspensión del procedimiento con vistas al dictamen de este órgano consultivo. En modo alguno se puede afirmar que con ello se produzca indefensión a la contratista, perfectamente conocedora de los hechos en los que se basa la resolución dada la constancia de numerosos informes relativos a la cuestión en el procedimiento, sobre cuyo contenido ha podido ilustrarse como evidencia el hecho de que en el último escrito de alegaciones que ha presentado manifieste disentir en cuanto a la causa de la resolución del contrato, que a su juicio debe ser una distinta a la invocada por el Ayuntamiento de Getafe. No obstante, se ha de recordar la necesidad de motivar los actos administrativos que limiten derechos subjetivos o intereses legítimos - artículo 35.1.a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas-, lo que hace conveniente incluir en la resolución que en su día sea dictada para culminar el procedimiento toda la fundamentación fáctica y jurídica de la misma, evitando abusar innecesariamente de la motivación *in aliunde* que, en cualquier caso, *stricto sensu* requeriría de la cita de aquellos documentos que le sirvan de sostén.

De conformidad con el apartado tercero del artículo 211 del TRLCSP, será preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los

casos de interpretación, nulidad y resolución, cuando se formule oposición por parte del contratista, como es el caso. Puede afirmarse que el contratista se ha opuesto a la resolución del contrato tal y como está siendo contemplada por el órgano de contratación, puesto que, a pesar de estar de acuerdo en poner fin a la relación contractual, disiente en cuanto a sus causas, negando implícitamente la imputabilidad de la misma a su propia conducta, y, aunque no especifique el contenido y extensión de su desacuerdo, también ha expresado su disenso en cuanto a los efectos de la resolución contractual.

Es de destacar que el informe de esta Comisión Jurídica Asesora se ha solicitado con carácter de urgencia, lo que implica la reducción del plazo para emitir dictamen a la mitad tal como previene el artículo 23.2 del ROFCA. La urgencia viene justificada en el peligro que supone el estado de las obras, en la que existen zanjas, material y vallados que son una causa potencial de peligro, en particular para los alumnos de los centros educativos a los que afecta la reforma, situación que incluso ha llegado a provocar la intervención de la Policía Local de Getafe.

En relación con el plazo para resolver, en los procedimientos de resolución de contratos iniciados de oficio, el incumplimiento del plazo de tres meses para resolver el procedimiento determina la caducidad del procedimiento (art. 25.1.b de la LPAC). En el caso sujeto a dictamen, atendida la fecha de inicio de procedimiento, que tuvo lugar el 19 de enero de 2017, el procedimiento no está caducado al emitir esta Comisión su dictamen. Es más, la Administración que suscita la consulta ha hecho uso de la facultad de suspender el procedimiento de conformidad con el artículo 22.1.d) de la LPAC, que sigue la pauta ya establecida en el artículo 42.5.c) de la LRJ-PAC al señalar que el plazo máximo legal para resolver y notificar un procedimiento podrá suspenderse entre otras circunstancias.

“...Cuando se soliciten informes preceptivos a un órgano de la misma o distinta Administración, por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos. Este plazo de suspensión no podrá exceder en ningún caso de tres meses. En caso de no recibirse el informe en el plazo indicado, proseguirá el procedimiento”.

Para que sea efectiva la suspensión del plazo es preciso, según este precepto, que se comunique a los interesados tanto la petición como la emisión de los informes. Así lo ha hecho el órgano de contratación, notificándolo de forma telemática a contratista y avalista, según consta en los antecedentes de hecho de este dictamen.

TERCERA.- Conforme al TRLCSP, vigente a la fecha de adjudicación del contrato y aplicable a sus efectos conforme se ha expuesto anteriormente, son causas de resolución del contrato, además de las previstas en su artículo 223 y de las que se señalen para cada categoría de contrato en dicha ley, las establecidas expresamente en cada contrato. En el caso objeto del dictamen, el órgano que plantea la consulta promueve la resolución del contrato por la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista, causa de resolución prevista en el artículo 223.d) del TRLCSP.

Precisamente el PCAP del contrato cuya resolución se pretende, aprobado por Acuerdo de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Getafe de 13 de mayo de 2016, contempla en su cláusula 2^a un plazo de ejecución de las obras de seis meses contados desde el día siguiente a la fecha del acta de comprobación del replanteo, si bien el contratista ofrecía como mejora su ejecución en cinco meses, plazo este último que se ha recogido en el contrato administrativo suscrito entre las partes con fecha 6 de septiembre de 2016 (estipulación quinta).

En cuanto a los efectos del incumplimiento de los plazos, tanto la cláusula 23^a del PCAP, como la estipulación octava del contrato, permiten a la Administración contratante para el caso de producirse demora en el cumplimiento del plazo total o de los plazos parciales, optar indistintamente por la imposición de penalidades o por la resolución del contrato cuando dicha circunstancia se produzca por causas imputables al contratista.

Expuesto lo anterior, procede detenerse en si, tal como sostiene el órgano de contratación, el contratista ha incumplido la obligación de ejecutar la obra en los plazos parciales previstos en el programa de trabajo.

Con respecto a la cuestión suscitada, son altamente elocuentes las once actas de visita de obra suscritas por la Dirección Facultativa semanalmente desde la primera del 13 de octubre de 2016, de las que se ha dado cuenta en los antecedentes de hecho del dictamen. En todas ellas, sin excepción, se ha trasladado a la contratista la preocupación por el ritmo tan lento en el que se iban ejecutando las obras. En particular, a partir del acta 9, suscrita el 15 de diciembre de 2016, se ha evidenciado sin ser contradicho por la contratista, que no se ha producido avance alguno en la ejecución, circunstancia corroborada por el hecho de no existir a partir de aquella fecha persona de la empresa contratista en la obra. Es evidente, por tanto, que la intensidad de la demora hacía imposible el cumplimiento del contrato dentro del plazo de cinco meses previsto para su ejecución.

Frente a los constantes requerimientos de la dirección facultativa, formulados no sólo en las once actas referidas sino también en constantes comunicaciones obrantes en el expediente administrativo, la empresa se ha escudado en supuestas dificultades de carácter técnico, que siempre han obtenido respuesta rápida por parte del Ayuntamiento implicado en ejercicio de sus facultades de interpretación del contrato.

Las actas reflejan así el rechazo de las propuestas de modificación de los términos del proyecto al que debía someterse la ejecución en cuestiones tales como los muros de cerramiento exterior de parcela o el acabado de fachadas (acta de 13 de octubre de 2016), las medianeras o los muros del interior de los patios y de las pistas deportivas (actas de 20 y de 27 de octubre) o nuevamente en cuanto a los muros (10 de noviembre), entre otras que se resumen en el informe del jefe de Sección de la Unidad de Proyectos y Obras de 9 de febrero de 2017 (págs. 693 a 703 del expte. admvo). Resueltas de esta forma por el órgano de contratación las discrepancias surgidas en cuanto a la ejecución del contrato, la obligación de la contratista era la de continuar la misma con arreglo a las instrucciones que se le venían dando.

Por otra parte, las dificultades técnicas que ha alegado la contratista para paralizar la obra, y por las que se opone a la resolución del contrato en la forma en que la contempla el Ayuntamiento de Getafe, bien se puede afirmar a la vista de las circunstancias del caso que, conforme expone el director de la obra en su informe de 10 de enero de 2017 de rechazo de la propuesta de ampliación de plazo formulada por la contratista el 22 de diciembre de 2016, no se antojan presididas por otra motivación que no sea la de dar aparente y artificial cobertura a su clara voluntad, manifestada desde el comienzo de la ejecución del contrato, de no llevar adelante el mismo contrariamente a las obligaciones que asumió mediante la firma del contrato. De esa falta de voluntad cumplidora es ilustrativo el que, a fecha 30 de noviembre de 2016, esto es, consumida la mitad del plazo de ejecución de la obra, el porcentaje de obra consumido fuera solo del 5,99%, estadio de ejecución de las obras que apenas había avanzado cuando se incoó el procedimiento de resolución. A finales del mes de diciembre, en el informe mensual de obra nº 4, el director de Obra da cuenta de que, en dicha fecha, y una vez alcanzado el 70% del plazo de

ejecución (3,5 meses sobre un total de 5), el porcentaje de obra ejecutada era tan solo del 6,56%.

Precisamente el informe mensual de diciembre, último de los suscritos por la dirección de la obra, resulta revelador sobre el grado de incumplimiento del programa del trabajo a lo largo de toda la ejecución, al hacer un resumen de los informes anteriores. Así, en el informe nº 1 de 7 de octubre de 2016, ya se hizo constar que los trabajos se habían iniciado a menor ritmo del esperado según el Plan de Obra inicialmente presentado. En el informe nº 2 de 7 de noviembre, se refirió en idénticos términos el retraso en el ritmo de la ejecución, que solo alcanzaba en dicho momento un 2,96%. Porcentaje que era del 5,99% en el informe mensual de 5 de diciembre, cuando el plazo de ejecución ya era de la mitad del total de cinco meses previsto. A fecha 10 de enero la Dirección Facultativa expuso que el retraso respecto al plazo de ejecución establecido era de 85 días.

Lo anterior permite no sólo afirmar el incumplimiento por la contratista de los plazos parciales previstos en el programa de trabajo, sino también sostener que esa demora es imputable a la contratista.

CUARTA.- Vista la procedencia de la resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista, debemos analizar seguidamente los efectos que se siguen de esta resolución.

En cuanto a los efectos de la resolución el artículo 225.3 del TRLCSP, establece lo siguiente:

“Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados. La indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad

del contratista en lo que se refiere al importe que exceda de la garantía incautada”.

Esta Comisión Jurídica Asesora, siguiendo la doctrina mayoritaria del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, viene insistiendo en la tesis de que del precepto transcrto no puede inferirse la incautación de la garantía como un efecto automático inherente a la resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista. Así, venimos incidiendo en el argumento de que, en la actualidad, el artículo 225.3 del TRLCSP (al igual que su precedente inmediato el artículo 208.4 de la LCSP), no contempla referencia alguna a la incautación automática de la garantía, sino que circscribe las consecuencias de la resolución contractual por incumplimiento culpable de la contratista a la obligación de indemnización de los daños y perjuicios ocasionados, de manera que si el importe de la fianza es superior al de los daños y perjuicios cuantificados, la incautación debe ser parcial, procediendo la devolución de la garantía en la suma restante.

Sin embargo, en el contrato que examinamos concurre una particularidad, y es que la incautación de la garantía –a diferencia de los casos que han motivado la doctrina recién expuesta- está prevista expresamente en la cláusula 23 de los pliegos y en la estipulación octava del contrato, al tratar sobre la resolución del contrato, expresa previsión que permite su aplicación automática.

Ello, sin perjuicio de que se incoe un procedimiento contradictorio para la determinación de los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento culpable, en el caso de que el importe de éstos supere el de la garantía en su día formalizada.

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

CONCLUSIÓN

Procede acordar la resolución del contrato para la ejecución de obras de reforma del C.E.I.P. “Ciudad de Getafe” y del C.E.I.P. “La Alhóndiga”, con incautación de la garantía constituida por la contratista.

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

Madrid, a 9 de marzo de 2017

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 110/17

Sra. Alcaldesa de Getafe

Pza. de la Constitución, 1 – 28901 Getafe