

Dictamen nº: **175/17**
Consulta: **Alcalde de Colmenar Viejo**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **04.05.17**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad en su sesión de 4 de mayo de 2017, ante la consulta formulada al amparo del artículo 5.3.f) d. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, por el alcalde de Colmenar Viejo a través del consejero de Medio Ambiente, Administración Local y Ordenación del Territorio en relación con el expediente sobre resolución del contrato administrativo de obras denominado “*Pavimentación de la calle Huertas* (Tramo Plaza del Pueblo-Calle Santa Ana)” adjudicado a la empresa SOLVENTIA INGENIERIA Y CONSTRUCCION, S.L.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 21 de abril de 2017 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen preceptivo formulado por el consejero de Medio Ambiente, Administración Local y Ordenación del Territorio sobre el expediente de resolución del contrato de obras citado en el encabezamiento.

A dicho expediente se le asignó el número 160/2017 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. Rosario López Ródenas que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, la cual fue deliberada y aprobada por el Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, en su reunión del día 4 de mayo de 2017.

SEGUNDO.- Del expediente remitido, son de interés para la emisión del dictamen los hechos que a continuación se relacionan:

1.- La Junta de Gobierno Local en sesión celebrada el 10 de septiembre de 2015, aprobó el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) y el Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT) que habían de regir el contrato de obras de pavimentación de la calle Huertas (tramo Plaza del Pueblo-calle Santa Ana) (en adelante, el contrato), procediéndose a la publicación del anuncio del procedimiento de licitación, en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid de 21 de septiembre de 2015.

Interesa destacar del PCAP su cláusula primera *“OBJETO DEL CONTRATO. El contrato tendrá por objeto la realización de obras de pavimentación de la calle Huertas, en el tramo entre la Plaza del Pueblo y la calle Santa con estricta sujeción a este pliego y al proyecto redactado por el ingeniero Municipal, que a todos los efectos, forma parte integrante de éste”*, la cláusula 6: *“PLAZO DE EJECUCIÓN. El plazo de ejecución del contrato será de SEIS SEMANAS contadas desde el día siguiente al de la firma del Acta de Comprobación del Replanteo”* y la cláusula 23: *“COMPROBACIÓN DEL REPLANTEO Y PROGRAMA DE TRABAJOS. En el plazo de quince días naturales como máximo, contados a partir de la fecha de formalización del contrato deberá realizarse el replanteo y extenderse el acta relativa al mismo”*.

El cumplimiento de los plazos del contrato se encuentra recogido en la cláusula 25, en los siguientes términos:

“PLAZOS. El adjudicatario estará obligado al cumplimiento del plazo total fijado para la realización del contrato, así como de los plazos parciales que, en su caso se hubieran establecido, que comenzarán a contar para el adjudicatario a partir del día siguiente a la firma del acta de comprobación del replanteo”.

Respecto a la resolución del contrato la cláusula 32 dice:

“La resolución del contrato se regirá por lo establecido con carácter general en los artículos 222 a 225 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y específicamente para el contrato de obras en los artículos 237 a 239 de dicho texto, así como en los artículos 109 a 113 y 172 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

En todo caso en caso de resolución del contrato por causa imputable al contratista se estará a lo dispuesto en el artículo 225.4 del Texto Refundido”.

2.- Celebrada la correspondiente licitación, el contrato se adjudicó a la contratista mediante acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 10 de diciembre de 2015 con un plazo de ejecución de seis semanas contadas desde el día siguiente al de la firma del Acta de Comprobación del Replanteo. El adjudicatario deposita en Tesorería la fianza definitiva, mediante aval.

El contrato se formaliza el 23 de diciembre de 2015. Consta únicamente de dos cláusulas. Según su cláusula primera, el contratista se obliga a la realización de las obras de pavimentación de la Calle Huertas (tramo Plaza del Pueblo-Calle Santa Ana) por un precio de 134.092,66 €, con las mejoras ofertadas y por un plazo de ejecución de seis semanas. En la cláusula

segunda, el Ayuntamiento queda obligado al cumplimiento del contrato “y su Pliego de Cláusulas en aquellas que le afecten; y ambos contratantes se someten a los preceptos de las leyes de régimen local que le sean aplicables en lo no previsto en este Contrato”.

Las mejoras ofertadas, y que forman parte del contrato, consisten en:

“La sustitución del pavimento de adoquín existente y sustitución por el adoquín de proyecto en el tramo de la Plaza del Pueblo comprendido entre la calle Huertas y la intersección de las calles Real y Estanco. Incluirá el saneo del firme del tramo descrito en una superficie de hasta 100 metros cuadrados, para lo cual serán necesarias las siguientes actuaciones:

Demolición de la base de hormigón existente.

Excavación de la subbase granular existente en una profundidad de 15 cm.

Extensión y compactación de una subbase de arena de miga de 15 cm de espesor.

Ejecución de una base de hormigón, tipo HM-12,5, de 20 cm. De espesor.

Reposición de hasta 16 bolardos igual que los de proyecto”.

3.- Para responder del cumplimiento del contrato, el adjudicatario constituyó una garantía definitiva por importe de 5.541,02 € en la Tesorería municipal, en forma de aval.

4.- Mediante Decreto del Alcalde de 12 de enero de 2016, se aprueba el Plan de Seguridad y Salud presentado por la empresa adjudicataria.

5.- El ingeniero municipal, director de la obra, mediante correo electrónico de 26 de enero de 2016 convocó al contratista para realizar la comprobación del replanteo de la obra, que tendría lugar, el 28 de enero de

2016 en la sede de la Delegación de Urbanismo de la localidad. No consta documento alguno en el expediente remitido y examinado, de que en dicha fecha se procediera a la comprobación del replanteo y se procediera a la suscripción de la correspondiente acta.

Consta documentalmente en el expediente correo electrónico dirigido por la contratista al ingeniero municipal de fecha 1 de febrero de 2016 en los siguientes términos: *“Sirve el presente correo para afirmar que la reunión del pasado jueves establecida para la firma de Acta de Replanteo no se produjo la rúbrica de esta por disensiones de interpretación de proyecto, disponiendo en esa reunión una resolución del contrato de mutuo acuerdo”*.

6.- El 4 de febrero de 2016, el contratista presenta escrito en el Ayuntamiento de Colmenar Viejo poniendo de manifiesto, que *“una vez analizado en profundidad el proyecto redactado para la ejecución de las obras, se identifican incertidumbres que se dan traslado a la Dirección, en reunión mantenida el 18 de enero de 2016”*. También se relacionan errores que afectan al precio, omisiones del proyecto como la *“(…) falta el alzado de tapas. En el precio de solados de loseta y adoquín viene en descripción pero no en el descompuesto. Falta de retirada de bolardos existentes. Falta presupuesto seguridad y salud”*, y errores en la medición del hormigón de base, y suplica que *“previos los trámites oportunos, reconozca el derecho de ambas partes a proceder a dicha resolución sin cargo alguno sobre la empresa contratista, haciendo entrega del aval de garantía definitiva en el acto de la firma de dicha resolución. O bien, se otorgue modificado económico por importe suficientemente justificado y explicado”*.

7.- El 8 de febrero de 2016, el ingeniero municipal considera que la ejecución del contrato *“es viable conforme al proyecto aprobado, al no existir incertidumbres en cuanto a las mediciones de las diferentes unidades de obras, precios a aplicar a las mismas y observancia de la legalidad vigente”*.

8.- El 7 de marzo de 2016, el concejal de Obras, Servicios Públicos, Contratación y Transparencia solicita se realicen los trámites pertinentes para la efectiva resolución del contrato, para, a continuación, iniciar una nueva licitación.

9.- El 20 de abril de 2016, el técnico de contratación informa la procedencia de iniciar expediente contradictorio para la resolución del contrato, por incumplimiento grave del contratista, conforme a lo dispuesto en el artículo 223.d) del TRLCSP, al no haberse procedido a la comprobación del replanteo, ni al inicio de las obras, en los plazos contractuales previstos.

10.- La Junta de Gobierno Local por acuerdo de 21 de abril de 2016 acuerda incoar expediente contradictorio para declarar, si procede, la resolución del contrato por incumplimiento grave del contratista, conforme a lo dispuesto en el artículo 223.d. del TRLCSP, al considerar, que el contratista ha incumplido los plazos de comprobación del replanteo y de inicio de las obras, debiendo indemnizar los daños y perjuicios causados, *“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 del de la garantía incautada”*.

11.- La contratista, el 12 de mayo de 2016, presenta escrito de alegaciones.

Alegaba, que el acta de comprobación de replanteo no se firmó, no por culpa del contratista, sino porque el Ayuntamiento no le requirió dentro del plazo previsto en la cláusula 23 del pliego de cláusulas administrativas particulares, según la cual *“En el plazo de quince días naturales como máximo, contados a partir de la fecha de formalización del contrato deberá realizarse el replanteo y extenderse el acta relativa al mismo”* y puesto que el contrato se suscribió el 23 de diciembre de 2015, considera que es el Ayuntamiento es el que ha incurrido en un incumplimiento del contrato.

También alegaba, que mantuvieron una reunión con el Ayuntamiento el 22 de enero de 2016 para exponer los errores del proyecto y que acudieron a la firma del acta de replanteo a la que fueron convocados para el día 28 de enero de 2016 donde mostraron sus reservas a la viabilidad del contrato pero, sin que en ningún momento se les requiriera la firma del acta. Aducía asimismo, errores de cálculo en los precios recogidos en el proyecto, error en la transcripción de los precios básicos a los precios unitarios y errores en la medición del hormigón de base.

Consideraba, que al no haber requerido el Ayuntamiento el inicio de las obras, procedía la resolución del contrato de forma amistosa, con devolución íntegra de la garantía depositada.

12.- El 2 de junio de 2016, el ingeniero municipal emite informe reiterándose en el emitido con fecha 8 de febrero de 2016, puesto que *“la ejecución de la obra es viable conforme al proyecto aprobado”*. También pone de manifiesto, que el contratista acudió a la convocatoria efectuada para proceder a la firma del acta de comprobación de replanteo prevista para el 28 de enero de 2014, si bien *“el adjudicatario no firma el acta, manifestando su intención de presentar un escrito para solicitar la resolución del contrato de mutuo acuerdo”*, por lo que considera que el adjudicatario *“(…) se niega a realizar la obra si no se lleva a cabo una modificación del proyecto que satisfaga el aumento del precio del contrato por él requerido”*.

13.- El 25 de agosto de 2016, el técnico de contratación informa favorablemente la procedencia de resolución del contrato por incumplimiento grave del contratista conforme a lo dispuesto en el artículo 223.d) del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, por incumplimiento del plazo de comprobación del replanteo y del inicio de las obras, debiendo indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados.

14.- El concejal de Obras, Servicios Públicos, Contratación y Transparencia, el 28 de agosto de 2016, formula propuesta de resolución a

la Junta de Gobierno Local por la que se acuerde la resolución del contrato por incumplimiento grave del contratista conforme a lo dispuesto en el artículo 223.d) del TRLCSP, por lo que deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados. Indemnización que 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 del de la garantía incautada.

15.- Tras la tramitación del procedimiento, el 31 de agosto de 2016, el alcalde presidente solicita por escrito, dictamen de la Comisión Jurídica Asesora. El Pleno de este órgano consultivo emitió el Dictamen 457/16, de 13 de octubre en el que se concluía que el procedimiento de resolución contractual había caducado con antelación a la fecha de entrada de la solicitud de dictamen en este órgano consultivo, si bien la caducidad del procedimiento no impedía que el órgano de contratación, si lo estimaba oportuno, pudiera proceder a la incoación de un nuevo expediente de resolución contractual.

TERCERO.- El concejal delegado de Contratación pone de manifiesto el expediente al contratista, que presenta escrito de alegaciones en el registro municipal el 22 de diciembre de 2016. También se pone de manifiesta al avalista, sin que conste presentación de alegaciones.

Previo informe del Servicio de Contratación de 7 de febrero de 2017, la Junta de Gobierno Local el 9 de febrero de 2017 acuerda la caducidad del procedimiento de resolución y ordena *“que se instruya procedimiento de resolución del contrato por incumplimiento grave del contratista, al amparo de los informes técnicos emitidos en su momento”*.

El acuerdo se notifica al avalista el 3 de marzo de 2017 y al contratista. El contratista presenta alegaciones el 14 de marzo de 2017 en las que en síntesis manifiesta que *“las causa de los retrasos en la firma del acta de replanteo y de la ejecución de los trabajos son imputables a la*

Administración” y solicita “la resolución amistosa del contrato con la simple devolución íntegra de la garantía provisional sin solicitar los intereses de demora en la devolución de la misma que por Ley estaría también en su derecho de solicitar”.

Se han incorporado al procedimiento, los informes del viceinterventor de 7 de marzo de 2017 y de la vicesecretaria de 3 de marzo de 2017.

El alcalde de Colmenar Viejo solicita el 30 de marzo de 2010, con entrada en el Registro de la Consejería de Presidencia, Justicia y Portavocía del Gobierno el 3 de abril de 2017, solicita se eleve solicitud de dictamen a la 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: “(...) *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 extinción 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 del alcalde de Colmenar Viejo se ha hecho llegar a la Comisión Jurídica Asesora a través del consejero de Medio Ambiente, Administración Local y Ordenación del Territorio en aplicación de

lo dispuesto en el artículo 18.3.c) del ROFCJA (*“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.- El contrato se adjudicó el 10 de diciembre de 2015, por lo que resulta de aplicación el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP) 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, iniciado por acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 9 de febrero de 2017, habrá que estar a lo dispuesto en la normativa vigente en el momento de su inicio, lo que supone igualmente la aplicación en el caso analizado del TRLCSP, en particular de sus artículos 211 y 225.3. Con carácter supletorio, a tenor de la disposición final tercera, apartado 1, del mismo TRLCSP, se aplicarán los preceptos de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC).

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 de aplicación 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 (en adelante,

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. Además debe tenerse en cuenta el artículo 109 del RGCAP, que exige la audiencia al avalista o asegurador *“si se propone la incautación de la garantía”*.

En el caso sujeto a dictamen, se ha respetado el derecho de audiencia de la contratista el cual, mediante escrito de 13 de marzo de 2017 y tras poner de manifiesto el incumplimiento del Ayuntamiento de no levantar acta, el día que fueron convocados a la firma del acta de comprobación del replanteo, reitera que *“no ha incurrido en incumplimiento grave de las condiciones contractuales exigibles”* solicitando *“la resolución amistosa del contrato”*. Pese a no constar en el acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 9 de febrero de 2017 referencia alguna a la incautación de la garantía, consta en los folios 671 y 672 del expediente remitido que se ha otorgado trámite de audiencia de la entidad avalista.

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.

Por lo que se refiere a los trámites específicos derivados del carácter de Administración Local de la Administración consultante, se ha emitido informe por la Vicesecretaría del Ayuntamiento, y por la Viceintervención, si bien este último, fue evacuado el 7 de marzo de 2016, por tanto, con fecha posterior al trámite de audiencia. Sobre esta forma de proceder es doctrina de esta Comisión Jurídica que, al no aportar dicho informe hechos nuevos o cuestiones nuevas para la resolución, no generan indefensión a los interesados que obligue a la retroacción del procedimiento.

Se observa, que en el expediente remitido no consta una propuesta de resolución tal y como exige el artículo 19 del ROFCJA, propuesta de resolución que hubiera permitido a este órgano consultivo conocer la opinión de la Administración y contrastarla con la oposición del contratista que motiva la remisión para dictamen.

En relación con el plazo para resolver, en los procedimientos de resolución de contratos iniciados de oficio, el incumplimiento del plazo máximo de tres meses para resolver el procedimiento determina la caducidad del mismo (art. 25.1.b de la LPAC) tal como se indicó por esta Comisión Jurídica en el Dictamen 457/16. En el caso sujeto a dictamen, atendida la fecha de inicio de procedimiento, que tuvo lugar por acuerdo de la Junta de Gobierno Local el 9 de febrero de 2017, el procedimiento no está caducado al emitir esta Comisión su dictamen.

En este punto, es común en nuestra doctrina el advertir que el plazo de tres meses puede suspenderse de conformidad con el artículo 22.1.d) de la LPAC, que en dicho sentido sigue la pauta ya establecida en el artículo 42.5.c) de la derogada 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”* y para que sea efectiva la suspensión del plazo será preciso, según este precepto, que se comunique a los interesados tanto la petición como la emisión de los informes.

En el caso que nos ocupa, no se ha suspendido el procedimiento para recabar nuestro dictamen, solicitado el 21 de abril de 2017. Debe hacerse constar la celeridad en la emisión del dictamen por este órgano consultivo,

pues en caso de haber agotado el plazo ordinario del que dispone para su emisión (con vencimiento el 7 de junio de 2017) el procedimiento de resolución contractual habría caducado, no habiéndose formulado la solicitud con carácter de urgencia.

Es preciso, no obstante, informar al órgano competente para la resolución del contrato que el plazo para su caducidad tendrá lugar el 9 de mayo de 2017.

TERCERA.- Una vez analizados los aspectos relativos a la tramitación, debemos examinar si concurre, o no, la causa de resolución *“por incumplimiento grave del contratista al amparo de los informes técnicos emitidos en su momento”* tal como se dispone en el acuerdo de la Junta de Gobierno Local.

La causa de resolución en la que se apoya la Administración, según se menciona en el antecedente cuarto del acuerdo de la Junta de Gobierno de 9 de febrero de 2017, es la prevista en el apartado d) del artículo 223 del TRLCSP *“La demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista y el incumplimiento del plazo señalado en la letra c) del apartado 2 del artículo 112”*.

Como hemos expuesto anteriormente, nos encontramos ante un contrato administrativo de obras, que se halla sometido a las prescripciones contenidas en el TRLCSP y el RGCAP.

Respecto a la ejecución del contrato de obras, el artículo 229 TRLCSP dispone:

“La ejecución del contrato de obras comenzará con el acta de comprobación del replanteo. A tales efectos, dentro del plazo que se consigne en el contrato que no podrá ser superior a un mes desde la fecha de su formalización salvo casos excepcionales justificados, el

servicio de la Administración encargada de las obras procederá, en presencia del contratista, a efectuar la comprobación del replanteo hecho previamente a la licitación, extendiéndose acta del resultado que será firmada por ambas partes interesadas, remitiéndose un ejemplar de la misma al órgano que celebró el contrato”.

Conforme a lo establecido en el artículo 140 del RGCAP, “*el acta de comprobación del replanteo reflejará la conformidad o disconformidad del mismo respecto de los documentos contractuales del proyecto, con especial y expresa referencia a las características geométricas de la obra, a la autorización para la ocupación de los terrenos necesarios y a cualquier punto que pueda afectar al cumplimiento del contrato*”.

Como recuerda la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de

Madrid de 26 de abril de 2005 (recurso 183/02):

“La comprobación del replanteo, que, a diferencia del replanteo, tiene lugar una vez que el contrato ya ha sido perfeccionado, supone la constatación de que el soporte físico previsto para una obra, que sólo existe hasta ese momento en proyecto, sirve a los intereses pretendidos por las dos partes. Por eso se exige la presencia de un representante del servicio de la Administración encargado de las obras y del contratista. En ese momento, y sobre el terreno donde se van a ejecutar las obras, el contratista podrá formular los reparos que estime convenientes, incluidos los defectos del proyecto. Si no formula ninguno no puede después dejar de cumplir el contrato en los términos fijados por el proyecto y las prescripciones técnicas impuestas por la Administración. Para el contratista la comprobación del replanteo es un trámite esencial puesto que su responsabilidad contractual en la forma y tiempo de ejecución de la obra comienzan tras confeccionarse el acta de comprobación. Pero para la Administración también es un trámite esencial, ya que levantada el acta de comprobación y no constando reparos del contratista, la Administración puede prever razonablemente el plazo de ejecución del

contrato, y con ello, la satisfacción de los intereses generales representados en todo contrato público. Las dos partes deben contemplar la comprobación del replanteo como una garantía propia, ya que la ejecución del contrato de obras comienza en este momento (...)”.

En cuanto a las reglas a las que debe sujetarse la comprobación del replanteo, el artículo 139.1 del RGLCAP establece lo siguiente:

“1ª. Si el contratista no acudiere, sin causa justificada, al acto de comprobación del replanteo su ausencia se considerará como incumplimiento del contrato con las consecuencias y efectos previstos en la Ley.

2ª. Cuando el resultado de la comprobación del replanteo demuestre, a juicio del director de la obra y sin reserva por parte del contratista, la disponibilidad de los terrenos y la viabilidad del proyecto, se dará por aquél la autorización para iniciarlas, haciéndose constar este extremo explícitamente en el acta que se extienda, de cuya autorización quedará notificado el contratista por el hecho de suscribirla, y empezándose a contar el plazo de ejecución de las obras desde el día siguiente al de la firma del acta.

3ª. Cuando se trate de la realización de alguna de las obras a que se refiere el artículo 129.2 de la Ley se estará a lo dispuesto en el mismo en cuanto a la disponibilidad de terrenos pudiendo comenzarse las obras si estuvieran disponibles los terrenos imprescindibles para ello y completarse la disponibilidad de los restantes según lo exija la ejecución de las mismas.

4ª. Cuando no resulten acreditadas las circunstancias a que se refiere el apartado anterior o el director de la obra considere necesaria la modificación de las obras proyectadas quedará suspendida la iniciación de las mismas, haciéndolo constar en el acta, hasta que el órgano de

contratación adopte la resolución procedente dentro de las facultades que le atribuye la legislación de contratos de las Administraciones públicas. En tanto sea dictada esta resolución quedará suspendida la iniciación de las obras desde el día siguiente a la firma del acta, computándose a partir de dicha fecha el plazo de seis meses a que se refiere el artículo 149, párrafo b), de la Ley, sin perjuicio de que, si fueren superadas las causas que impidieron la iniciación de las obras, se dicte acuerdo autorizando el comienzo de las mismas, notificándolo al contratista y computándose el plazo de ejecución desde el día siguiente al de la notificación.

5ª. Lo dispuesto en el apartado anterior se aplicará igualmente cuando el contratista formule reservas en el acto de comprobación del replanteo. No obstante si tales reservas resultasen infundadas, a juicio del órgano de contratación, no quedará suspendida la iniciación de las obras ni, en consecuencia, será necesario dictar nuevo acuerdo para que se produzca la iniciación de las mismas y se modifique el cómputo del plazo para su ejecución”.

Así pues, el acta de comprobación del replanteo se configura como un acto esencial para la ejecución del contrato que determina el inicio del plazo para dicha ejecución. De este modo, el artículo 237 TRLCSP establece como una causa específica de resolución del contrato de obras, “a) *La demora en la comprobación del replanteo, conforme al artículo 229*”.

Además de estar configurada la comprobación del replanteo como un acto esencial para la ejecución del contrato, se trata de un acto formal de contenido determinado, sujeto a plazo, el que se consigne en el contrato que no podrá ser superior a un mes desde la fecha de formalización del contrato salvo casos excepcionales, de carácter bilateral y determinante del comienzo de la ejecución del contrato, pudiendo entenderse de contrario, que se produce una suspensión tácita del contrato hasta su correcta realización.

CUARTA.- Resulta de la documentación obrante en el expediente administrativo, que, mediante correo electrónico de fecha 26 de enero de 2016 el ingeniero municipal convoca al contratista para proceder a la firma del acta de comprobación del replanteo el día 28 de enero de 2016, resultando también del expediente, que el día 28 de enero de 2016 se reúnen el representante de la Administración y de la empresa contratista en el lugar de emplazamiento, manifestando el contratista los errores del proyecto y mostrando su interés en resolver el contrato tal y como puso de manifestó en su escrito de 4 de febrero de 2016, así pues, se celebró el acto pero no la firma del acta de comprobación del replanteo.

Respecto al plazo para la firma del acta de comprobación de replanteo, tal como figura en antecedentes, según el PCAP era de quince días naturales como máximo, contados a partir del 23 de diciembre de 2015, fecha de formalización del contrato, por lo que fue transcurrido dicho plazo cuando el ingeniero municipal convoca al contratista para la comprobación del replanteo, que a pesar de que no se firma el acta, tuvo lugar el 28 de enero de 2016.

También resulta acreditado, por el informe del ingeniero municipal de 8 de febrero de 2016, que *“la ejecución de la obra es viable conforme al proyecto aprobado”*, afirmación que no ha sido desvirtuada por la empresa contratista.

Conforme a lo expuesto, la realidad apreciada en el expediente, al que no se ha incorporado propuesta de resolución, es que la convocatoria para la firma del acta de comprobación de replanteo se produce transcurrido el plazo previsto en pliego, así como, que el contratista, el mismo día que fue convocado para la firma del acta de replanteo manifestó una actitud contraria a la ejecución del contrato, presentando un escrito el 4 de febrero de 2016, en el que tras exponer una *“relación de errores y omisiones”* del proyecto solicita, la resolución del contrato de mutuo acuerdo o su modificación.

De lo anterior se desprende que si bien la Administración contratante, por su parte, debiera haber observado mayor firmeza ante “las desavenencias” surgidas tras la firma del contrato utilizando de una forma resuelta sus prerrogativas de dirección de la ejecución e interpretación del contrato, evitando así que la controversia planteada entre la contratista y el Ayuntamiento se convirtiera en motivo de retraso de la obra pública, y que, convocado el contratista para la comprobación del replanteo dentro del plazo previsto en el pliego y debió haber levantado la correspondiente acta (sin la firma del contratista) donde se reflejara todas las circunstancias puestas de manifiesto por las partes, no es menos cierto que de la documentación obrante en el expediente se desprende también que al contratista no le interesa el contrato en las condiciones establecidas, y los contratos no pueden quedar en su ejecución al arbitrio de uno de los contratantes.

Así las cosas, teniendo en cuenta, que ambas partes han manifestado su voluntad de resolver el contrato, el interés público aconseja la terminación del contrato.

Resta por analizar las consecuencias que ha de conllevar la resolución del contrato. La empresa contratista alega en su escrito de oposición a la resolución del contrato que *“no busca el resarcimiento económico de los perjuicios patrimoniales sufridos durante el presente proceso, ni tiene intención de reclamar en derecho al 6 por 1 00 del precio de las obras dejadas de realizar, dado que queda demostrado en el presente documento que las causas de los retrasos en la firma del acta de replanteo y de la ejecución de los trabajos son imputables a la Administración, sino la resolución amistosa del contrato con la simple devolución íntegra de la garantía provisional sin solicitar los interés de demora en la devolución de la misma que por ley estaría también en su derecho de solicitar”*.

La Administración no hace pronunciamiento alguno sobre los efectos de la resolución.

Del estudio del expediente resulta acreditada la existencia de un incumplimiento del contratista que ha manifestado su voluntad de no ejecutar el contrato en las condiciones estipuladas como de la Administración. Se aprecia, por tanto, una concurrencia de culpas por las partes. Sobre esta cuestión se pronunció el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, entre otros, en su Dictamen 373/12, de 20 de junio:

“... esta doctrina no resulta de aplicación en el caso de concurrencia de incumplimientos de la Administración y del contratista, donde la concurrencia de culpas atempera o excluye, según los casos, la responsabilidad del contratista.

Tanto el Consejo de Estado como el Tribunal Supremo han puesto de relieve la falta de pronunciamiento de las normas sobre contratación administrativa sobre aquellos supuestos de concurrencia de incumplimientos de las partes contratantes en la determinación de los efectos propios de la resolución de los contratos.

El Consejo de Estado en su Dictamen 1270/1993, de 2 de diciembre, emitido al Anteproyecto de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas se hizo eco de la necesaria regulación de esta cuestión puesto que, según señalaba, “no es inusual una concurrencia de comportamientos culposos del contratista y de la Administración, supuestos en el que es más ajustado al elemento justificativo de la garantía el moderar los efectos normativos inherentes al incumplimiento”.

En este sentido, el Tribunal Supremo en Sentencia de 25 de enero de 2005 (recurso de casación 30/2001), señala:

“Pues si bien es cierto, que la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en su artículo 112, cuando regula y define las causas de resolución del contrato, lo hace, a salvo el supuesto de mutuo acuerdo, enumerando por separado, las causas derivadas de la actuación o culpa

del contratista, de aquellas que lo son por la actuación o culpa de la Administración, y que no hace, al menos referencia expresa, a la posible concurrencia de culpas de parte del contratista y de la Administración, sin embargo, además de que es ciertamente difícil, que la Ley resuelva directa y acabadamente, toda la amplia gama de posibilidades de la actuación de la Administración y el contratista en la resolución del contrato, y estando, como están obligados los órganos judiciales, a resolver todas las cuestiones planteadas, artículo 1 del Código Civil, es claro, que la Sala de Instancia estaba obligada a resolver la cuestión planteada, de acuerdo, en primer lugar, con las normas, que regulan la resolución de los contratos, artículos 112 y siguientes de la Ley y después en su caso, con el resto del ordenamiento artículo 4 del Código Civil, y que, por ello, la solución así dada era un verdadero y real juicio en derecho y no un arbitraje de equidad, como la parte recurrente refiere.

De otra parte se ha significar, que como la sentencia recurrida, no acuerda ni la incautación de la fianza, a que se refiere el artículo 114.4, de la Ley 13/95 de 18 de junio, ni la indemnización de daños y perjuicios a favor del contratista a que también se refiere el citado artículo 114.3, es claro, que ni está apreciando la culpa exclusiva de la Administración, ni la del contratista, pues según el citado artículo, el incumplimiento de la Administración genera la obligación de indemnización a favor del contratista de los daños y perjuicios causados, y, el incumplimiento culpable del contratista genera la incautación de la fianza”.

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

CONCLUSIÓN

Procede la resolución del contrato de obras de “*Pavimentación de calle Huertas* (tramo Plaza del Pueblo-calle Santa Ana)”, sin incautación de la garantía.

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 4 de mayo de 2017

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 175/17

Sr. Alcalde de Colmenar Viejo

Pza. del Pueblo, 1 – 28770 Colmenar Viejo