

Dictamen nº: **272/17**
Consulta: **Alcalde de Leganés**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **29.06.17**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 29 de junio de 2017, emitido ante la consulta formulada por el alcalde de Leganés, cursada 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 sobre resolución del contrato de las obras comprendidas en el proyecto de *“Reforma y Acondicionamiento del Pabellón deportivo Manuel Cadenas”*, formalizado entre el Ayuntamiento de la citada localidad y la mercantil UNIKA PROYECTOS Y OBRAS S.A. (en adelante *“la empresa”, “la mercantil” o “la contratista”*).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 24 de mayo de 2017 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen preceptivo del Ayuntamiento de Leganés.

A dicho expediente se le asignó el número 208/17, 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 de la

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

Con fecha 12 de junio de 2017, y conforme a los artículos 14.1.g) y 19 del ROFCJA, se solicitó al alcalde de Leganés que completara el expediente, con la remisión de diversa documentación relacionada en el correspondiente escrito. Tal actuación se llevó a efecto por el citado Ayuntamiento, por lo que tuvo entrada la documentación interesada en esta Comisión Jurídica Asesora el 15 de junio de 2017, reanudándose el plazo interrumpido a tenor del artículo 19 del ROFCJA.

La ponencia ha correspondido, por reparto de asuntos, al letrado vocal D. Roberto Pérez Sánchez, quien formuló y firmó la propuesta de dictamen, que fue deliberada y aprobada por el Pleno de la Comisión Jurídica Asesora, en sesión celebrada el día 29 de junio de 2017.

SEGUNDO.- Del expediente remitido que se encuentra numerado y foliado como es preceptivo –si bien el índice contiene algunas imprecisiones en cuanto a su contenido–, se extraen los siguientes hechos de interés para la emisión del dictamen:

1.- La Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Leganés, aprobó en sesión ordinaria de 17 de febrero de 2015 el pliego de prescripciones técnicas (en adelante, PPT) y el pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP) que han de regir en el contrato de las obras comprendidas en el proyecto de *“Reforma y Acondicionamiento del Pabellón deportivo Manuel Cadenas”*.

La cláusula 2 del PCAP, expresa que *“el objeto del contrato a que se refiere el presente pliego, es la ejecución de las obras descritas en el apartado 1 de su anexo I, según el proyecto aprobado por la Administración, que recoge las necesidades administrativas a satisfacer mediante el contrato y los factores de todo orden a tener en cuenta...”*.

La cláusula 19 del PCAP recoge la comprobación del replanteo, que se hará en el plazo que señale el documento de formalización, y en todo caso, dentro del plazo de un mes desde aquélla, indicando que *“el plazo de ejecución empezará a contarse desde el día siguiente a la recepción de la notificación del acuerdo de autorización de inicio de las obras”*.

La cláusula 24 del PCAP reseña, por remisión al apartado 17 del anexo I, que el plazo de ejecución es de *“NUEVE MESES”* *“siendo los plazos parciales los que se fijen como tales en la aprobación del programa de trabajo”* que *“se entenderán integrantes del contrato con los efectos legales pertinentes”*, que *“el cómputo del plazo se iniciará desde el día siguiente al de la fecha del acta de comprobación del replanteo, si la Administración autoriza el inicio de la obra”*, y que *“el contratista está obligado a cumplir el contrato dentro del plazo total fijado para la realización total del mismo, así como de los plazos parciales señalados para su ejecución sucesiva”*.

La cláusula 25 del PCAP dice que *“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, la Administración podrá optar, indistintamente, por la resolución del contrato o por la imposición de penalidades, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 212 del TRLCSP”*, esto es, del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP), prerrogativa que se extiende a la demora del cumplimiento de los plazos parciales que haga presumir razonablemente la imposibilidad del cumplimiento del plazo total, añadiendo su apartado 2, que *“en caso de incumplimiento de plazos, se podrá exigir al contratista la indemnización al Ayuntamiento por los daños y perjuicios que ocasione la demora, sin perjuicio de la posibilidad de resolución del contrato con arreglo a lo establecido en el TRLCSP”*,

indemnización que se considera pactada con arreglo a los criterios objetivos que se indican en dicha cláusula.

Finalmente, la cláusula 43 del PCAP dispone que *“son causas de resolución del contrato las recogidas en los artículos 85, 223 y 237 del TRLCSP, así como las siguientes:”* relaciona siete causas, e indica que *“para la aplicación de las causas de resolución se estará a lo dispuesto en los artículos 224 del TRLCSP y 110 del RGCAP, y para sus efectos a lo dispuesto en los artículos 225 y 239 del TRLCSP”*.

2.- La Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Leganés, en sesión de 3 de noviembre de 2015, adjudicó la contratación de las obras comprendidas en el proyecto de obras de reforma y Acondicionamiento del Pabellón deportivo Manuel Cadenas, a la empresa relacionada en el encabezamiento de este dictamen.

3.- Con fecha 2 de diciembre de 2015, se formalizó en documento administrativo el contrato, con la firma del alcalde de la corporación local y del representante de la empresa, que recoge los antecedentes administrativos en los que se incluye la referencia a los PCAP y PPT, la proposición de la empresa con su conocimiento y aceptación de los PCAP y PPT y la constitución de una fianza definitiva por la empresa por importe de 38.560,50 € con cargo a una carta de pago de 9 de octubre de 2015, entre otros.

Su cláusula PRIMERA recoge el compromiso de la empresa para ejecutar las obras con estricta sujeción al proyecto de obras, los PCAP y PPT, los documentos contractuales y la oferta presentada.

Su cláusula TERCERA reseña que *“el plazo de ejecución de la presente contratación será de NUEVE MESES a contar desde la firma del acta de inicio de la obra”*.

4.- El 19 de enero de 2016, se procedió a la comprobación del replanteo de la obra y se extendió el acta correspondiente en el que se reflejó que el proyecto era viable y los directores de la obra autorizaban el inicio de la misma, por lo que empezó a contar el plazo de ejecución desde el día siguiente de su firma por los facultativos directores de la obra y el representante de la empresa.

El plazo de ejecución de la obra finalizaba el 19 de octubre de 2016.

5.- El 14 de octubre de 2016, la empresa presentó en una oficina de Correos un escrito dirigido al Ayuntamiento de Leganés en el que refería la existencia de unas patologías constructivas reseñados en un informe técnico de septiembre de 2016 que adjuntaba y de unos retrasos en el pago de las certificaciones de obra por el Ayuntamiento, por lo que solicitaba la suspensión de las obras, la modificación del proyecto de obras y el archivo de las actuaciones del Ayuntamiento para imponerle penalidades por el retraso de las obras, entre otros (folios 1 a 52 del expediente administrativo).

Con relación a dicho escrito, la jefe de Área de Contratación y Patrimonio emitió un informe de fecha 26 de octubre de 2016, en el que se concluyó que los responsables del contrato debían emitir informe sobre los aspectos que aconsejaran: iniciar expediente sancionador, iniciar expediente de resolución de contrato o suspender la obra y modificar el contrato, como se pretende por la empresa. También sobre las certificaciones aprobadas y pagos realizados (folios 53 a 60).

Los responsables del contrato, dos funcionarios de carrera del Ayuntamiento de Leganés, que son Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos e Ingeniero Industrial, respectivamente, emitieron el informe de 21 de noviembre de 2016 (folios 61 a 77), en el que reflejaban una cronología de hechos que incluye la declaración de conformidad de la

empresa con el contenido del proyecto, el documento de justificación de la cantidad ofertada por la empresa, la aprobación del plan de seguridad, el acta de comprobación del replanteo, el plan de ejecución de las obras, así como diversas comunicaciones de la Administración por incumplimiento de contrato, denuncias por robo de material de obra y certificaciones mensuales por importe de cero euros.

El informe concluyó:

- que no procedía la suspensión temporal de la obra, porque ninguna de las pretendidas consideraciones técnicas alegadas lo justificaban, habiéndose realizado menos de 20% de la obra a falta de 7 días del plazo de ejecución contractual.

- que no procedía la modificación del proyecto por no haberse justificado ninguna circunstancia.

- que el Departamento de Contabilidad y Tesorería fuera el que informara sobre el pago de facturas e intereses, y que se pondría en conocimiento del departamento de contratación las circunstancias ocurridas, copia de toda la documentación que obre en el expediente referida a la ejecución de la obra] para que estudiara la procedencia de imposición de penalidades.

La Junta de Gobierno Local, en sesión celebrada el 13 de diciembre de 2016, acordó desestimar la solicitud del contratista, lo que se notificó a la empresa el 4 de enero de 2017 (folios 78 a 94).

Tras haber interpuesto la empresa un recurso de reposición, la Junta de Gobierno Local, en sesión celebrada el 28 de marzo de 2017, acordó desestimarlos, dar traslado al Departamento de Contabilidad y Tesorería municipal, a los responsables del contrato y al contratista. Se trasladó a los citados y se notificó a la empresa la desestimación del recurso el 10 de abril de 2017 (folios 349 a 405).

6.- El 23 de enero de 2017, se emitió informe por los jefes del Servicio de Obras y Mantenimiento y de la Sección de Mantenimiento de Instalaciones [los responsables del contrato] del Ayuntamiento de Leganés (folios 95 a 103), en el que reflejaban diversos antecedentes que incluían las precitadas denuncias de robo y falta de vigilancia de la obra, así como las actas de comunicación de incumplimientos de plazos parciales y de incumplimientos del contrato –en los que expresaba una demora de más de tres meses en la mayoría de los trabajos, sin justificación- de 29 de junio, 6, 13 y 19 de julio, y 5 de octubre de 2016.

En los antecedentes también se incluía la emisión de un informe de fecha 1 de diciembre de 2016, que reproducían parcialmente, en el que se indicaba que la empresa había incurrido, por una parte en el incumplimiento de plazos parciales y totales fijados, y por otra, en el incumplimiento defectuoso del contrato o de sus condiciones de ejecución (que incluían los del deber de vigilancia, los de adscripción de medios personales y los de realización de reportajes “timelapse” [reportaje fotográfico de seguimiento de la obra]). De ese informe reflejaban, entre otros extremos:

“La planificación de obra presentada ha sido incumplida desde el inicio de la obra y en ningún caso, la empresa... ha contado con medios técnicos y humanos para tener un ritmo de trabajo que le permitiese cumplir con los plazos comprometidos.

En todas las vistas de obra realizadas, la presencia de operarios ha sido muy reducida y en ocasiones nula, circunstancia esta advertida a la Jefe de Obra en todo momento sin que se aportase justificación alguna. Se aportan dichas comunicaciones en la documentación anexa.

Con respecto a esta planificación, a fecha 17 de octubre de 2016 (fecha de entrada escrito por parte de [la empresa] en el registro

general del Ayuntamiento de Leganés), el retraso acumulado de la obra se puede precisar en base a las cantidades certificadas y conformadas por parte del contratista.

La cantidad certificada hasta la actualidad (10 de octubre de 2016), correspondiente a la certificación ordinaria número 9 es de ciento setenta y nueve mil ciento noventa y un euro con ochenta y dos céntimos (179.191,82 €), que representa sobre el total un porcentaje del 19,1986%, según su propio plan de obra entregado con fecha 17 de febrero de 2016, la cantidad acumulada de ejecución debería haber alcanzado el presupuesto de setecientos treinta y un mil cuarenta y cuatro euros con sesenta y cuatro céntimos (731.044,64 €), por lo tanto siendo el porcentaje de lo realizado frente a este del 24,5117% de lo que debería llevar realizado o lo que es lo mismo el incumplimiento es del 75,4882%.

Acudiendo nuevamente al documento aportado y firmado por la adjudicataria, se estaría en la actualidad comenzando el quinto mes de ejecución, por ello, se estima en 5-6 meses por lo tanto el incumplimiento de plazo.

En cuanto a la pretendida justificación de la adjudicataria, según su escrito de registro de entrada de 17 de octubre de 2016, que analizaremos en profundidad más adelante, en este apartado comentar que el retraso en la ejecución es solo debido a la falta de medios humanos destinados a la misma, como se puede demostrar con la sola visión del personal que semana a semana ha dedicado a la misma y que a continuación se describe: (datos obtenidos directamente de los resúmenes semanales de partes de trabajo de la adjudicataria y de las visitas de la responsable de seguridad).

(...)

A la vista de los datos indicados, claramente se aprecia que no se han dedicado los medios personales necesarios para la realización de una obra de estas características e importe, ya que el mes que más personal se destinó (septiembre 2016) contaban con una media diaria de 5,69 operarios al mes, pero durante muchos meses de ejecución destinaron menos de tres operarios diarios al mes, incluso algún mes de entremedias de ejecución (julio 2016), la empresa dedicó menos de un operario diario mensual.

Los datos obtenidos de los recuentos realizados por Coordinador de Seguridad y Salud en la obra no hacen más que ratificar los datos anteriores, en los momentos puntuales realizados por este Técnico.

Según el criterio de los responsables del contrato, estos retrasos solo son debidos a la exigencia de cantidades económicas por encima del proyecto y presupuesto licitado por parte de la adjudicataria en reiteradas ocasiones, justificadas por el contratista por las enormes pérdidas económicas que se le producirán por terminar estas obras conforme al proyecto licitado y aprobado. Por lo tanto no existe ningún condicionante técnico que justifique los retrasos producidos, sino presumiblemente solo la pérdida económica del contratista”.

El informe de 23 de enero de 2017 planteaba la resolución del contrato por incumplimiento culpable según el artículo 212 del TRLCSP y la cláusula 25 del PCAP, así como la incautación de la garantía definitiva según el 225 del TRLCSP, añadiendo que independientemente de las paralizaciones ocasionales ya descritas en sus informes, desde el 14 de octubre de 2016 en que la empresa solicitó la suspensión, las obras permanecen abandonadas y sin aseguramiento, habiéndose producido mientras tanto la finalización del plazo de ejecución de la obra. Entiende procedente la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados al Ayuntamiento conforme a la cláusula 25 del PCAP.

7.- El 23 de enero de 2017, el alcalde de Leganés, a la vista del anterior informe, propuso a la Junta de Gobierno Local el inicio del expediente de resolución del contrato y la emisión de los informes del titular del órgano que tenga atribuida la función de asesoramiento jurídico de la Corporación y de la Interventora municipal (folios 104 a 106)

Obran en el expediente dos informes, de 7 de febrero de 2017 del jefe de Área de Contratación y Patrimonio. El primero reseña la legislación aplicable, las causas de resolución -que incluyen la demora sin causa justificada de los plazos de ejecución como la primera producida en el tiempo-, los efectos de la resolución y el procedimiento (folios 107 a 110). El segundo reproduce el informe de 23 de enero de 2017 de los responsables del contrato, y propone el inicio del expediente de resolución del contrato en sus términos (folios 111 a 122).

También obra, la propuesta de 7 de febrero de 2017, del concejal delegado de Hacienda, Contratación y Patrimonio, que transcribe el informe anterior y el inicio del expediente de resolución del contrato (folios 123 a 135).

TERCERO.- En lo que se refiere a la tramitación del expediente, resultan los siguientes hechos:

1.- Por la Junta de Gobierno Local, en sesión celebrada el 14 de febrero de 2017, vista la anterior propuesta del concejal delegado de Hacienda, Contratación y Patrimonio, se acordó (folios 135 a 146):

“PRIMERO.- Iniciar expediente de resolución del contrato de OBRAS DE REFORMA Y ACONDICIONAMIENTO DEL PABELLÓN DEPORTIVO MANUEL CADENAS, por incumplimiento del contratista en los términos indicados en el informe de los responsables del contrato transcritos.

SEGUNDO.- Notificar el acuerdo al contratista y al/los avalista/s y asegurador/es del mismo, a los efectos de que en el plazo de diez días a fin de que pueda alegar y presentar los documentos y justificaciones que estime pertinentes.

TERCERO.- Todos los trámites e informes preceptivos de los expedientes de resolución de los contratos se considerarán de urgencia y gozarán de preferencia para su despacho por el órgano correspondiente”.

El acuerdo de inicio se notificó a la contratista el 22 de febrero de 2017 (folios 159 a 172) y a MILLENNIUM INSURANCE COMPANY LTD (en adelante “la avalista”) el 9 de marzo de 2017 (folios 147 a 158 y 232).

2.- El 8 de marzo de 2017, la contratista presentó escrito de alegaciones en una oficina de Correos, en que, en síntesis, se oponía a la resolución del contrato alegando que los retrasos y paralización de la obra se debían a la negativa del Ayuntamiento a proceder a la revisión y modificación del proyecto de obra base de la licitación y que no concurría ninguna de las causas de resolución contractual contenidas en el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de inicio del expediente (folios 175 a 214).

3.- El 22 de marzo de 2017, presentó escrito de alegaciones en el registro del Ayuntamiento de Leganés, la avalista, afirmando que la contratista le había informado de las circunstancias de la ejecución del contrato que son imputables a la Administración y solicitaba la remisión de documentación correspondiente a certificaciones de obras así como una citación para proceder a una prueba pericial, que reiteró en escrito de 5 de abril de 2017 (folios 291 a 293). Añadía que no procedía acordar la incautación de la garantía porque no se habían producido daños y que, en caso de resolución del contrato debía procederse al

procedimiento de comprobación, medición y liquidación del mismo (folios 217 a 233).

4.- Por informes de 23 de marzo de 2017, los responsables del contrato, contestaron a las alegaciones de la empresa (folios 247 a 266) y de la avalista (folios 234 a 246).

En el relativo a las alegaciones de la empresa, reiteran los incumplimientos de ésta en la ejecución del contrato remitiendo a sus informes anteriores, así, insisten en que *“el adjudicatario con fecha 13 de abril de 2015, declara su conformidad con el contenido del proyecto y que no se han encontrado deficiencias para realizar su ejecución. Además, posteriormente, con fecha 13 de octubre de 2015, presenta documento de justificación de mediciones y presupuesto donde se reflejan los precios unitarios aplicados por la empresa a la oferta económica con las mediciones correspondientes y con los resultados parciales cuya suma proporciona la cantidad ofertada por la empresa, por lo que, el adjudicatario conocía con todo detalle el proyecto a ejecutar”*.

Reproduce la respuesta a cuestiones ya contestadas relativas a las patologías aducidas por la contratista según un informe técnico presentado por ella, y reiteran que *“sin entrar en más discusiones de carácter técnico, que no ha lugar, lo que estos técnicos siempre han mantenido es la continuación de la obra hasta su terminación conforme al proyecto redactado, ya que no se aprecia ninguno de los factores expuestos por la adjudicataria, es más en la fecha que se manda este documento los pilares mencionados ya se encuentran tapados por la tabiquería, por lo que en caso de realizar alguna actuación se necesitaría demoler prácticamente lo mismo en esta posición cronológica de la ejecución de la obra actualmente, que posteriormente a la terminación del contrato en curso, con una actuación posterior, no existe por lo tanto ningún beneficio ni interés público en condicionar una modificación de este tipo a estas alturas de la obras, más bien y solo como opinión,*

parece que se trata de una excusa para poder engordar económicamente una adjudicación y elevar el beneficio económico de la adjudicataria”.

Señala que “la no aceptación de la modificación propuesta, casi con carácter imperativo por la adjudicataria, ni interfiere, ni paraliza, ni impide la ejecución y terminación de la obra adjudicada, de acuerdo con el proyecto y con la seguridad requerida en este caso”. “... en cuanto a la posibilidad de modificación del proyecto, de manera expresa en el pliego de condiciones y en la documentación que rige la licitación, se indica que no se contempla la posibilidad de modificación, aspecto expuesto en reiteradas ocasiones por parte de los responsables del contrato. Por tanto a la vista de lo indicado en el artículo 106 del 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, la petición de modificación solicitada por parte de la adjudicataria, no pudo ser tomada en cuenta”.

Reitera que “como ya se ha puesto de manifiesto en este informe y en anteriores informes, NO existen motivos técnicos que justifiquen las modificaciones pedidas por la adjudicataria y que SI consta la conformidad de la empresa ... con el contenido del proyecto, que SI han presentado documento de justificación de mediciones y presupuesto donde se reflejan los precios unitarios, que SI comenzaron las obras el día 19 de enero de 2016 y que SI han presentado las certificaciones mensuales ordinarias”.

Entre otras consideraciones, añade que “la planificación de obra presentada ha sido incumplida desde el inicio de la obra y en ningún caso, la empresa... ha contado con medios técnicos y humanos para tener un ritmo de trabajo que le permitiese cumplir con los plazos comprometidos”.

Por otra parte, el informe relativo a las alegaciones de la avalista, reitera lo sostenido en anteriores informes, dice que la información

facilitada al avalista por la empresa se basa en meras conjeturas e información interesada de parte, por lo que se pronuncia nuevamente sobre las causas y motivos de la resolución del contrato, en los términos indicados.

5.- El jefe de la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento de Leganés, emitió informe de fecha 28 de marzo de 2017, favorable a la resolución del contrato por incumplimiento del contratista de los plazos de ejecución, circunstancia prevista como causa de resolución del contrato en el artículo 223.d) del TRLCSP, a la liquidación de los servicios efectivamente realizados a conformidad de la Administración y a la retención cautelar de la garantía definitiva en tanto se tramita el procedimiento para la determinación de la indemnización de daños y perjuicios procedente (folios 268 a 281).

6.- Con fecha 10 de abril de 2017, emitió informe la interventora general del Ayuntamiento de Leganés, en el que recomendaba que al proponerse la retención de la garantía, se anexara al expediente la justificación de los motivos por los que se considera oportuno incoar expediente separado para la determinación de los daños ocasionados al Ayuntamiento por el incumplimiento contractual (folios 295 a 299).

Como consecuencia del mismo, se incorporó al expediente el informe de 18 de abril de 2017, de la jefe de Área de Contratación y Patrimonio en el que se refleja que *“en el informe de los técnicos responsables del contrato que justifica la tramitación de expediente de resolución del contrato por incumplimiento del contratista de 23 de enero de 2017, se propone al órgano de contratación, además de la resolución del contrato, la incautación de la garantía, la aprobación de indemnización establecida en el artículo 25 del Pliego de Condiciones Administrativas Particulares en la cantidad de 93.335,77 euros correspondiente al 10% del precio de adjudicación del contrato, y valoración de daños y perjuicios en la cantidad de 68.191,08 euros*

consecuencia de los robos ocasionados en la obra por encontrarse sin vigilancia debida del contratista”, así como que “en el informe preceptivo de la Asesoría Jurídica... se concluye que la previsión del art. 215.4 TRLCSP conjuga mal con la brevedad de los plazos de caducidad del procedimiento resolutorio, y por ello considera el Consejo Consultivo la procedencia de acordar la resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista sin pérdida de la garantía constituida y se incoe un procedimiento contradictorio para la determinación de los daños y perjuicios reteniéndose mientras tanto el importe de la garantía constituida como medida cautelar” (folios 328 y 329).

7.- Con escrito de 18 de abril de 2017, se confirió el trámite de audiencia a la contratista y a la avalista, que fue notificado a ambas el 19 de abril de 2017 (folios 299 a 320 y 324 a 327), asimismo, tras personarse en el Ayuntamiento la representante de la contratista, se le entregó copia del expediente (folios 330 a 348).

8.- La contratista presentó su escrito de alegaciones en una oficina de Correos, el 5 de mayo de 2017, con el que se remitía a sus alegaciones presentadas el 8 de marzo de 2017, reiterando que son las deficiencias técnicas las que le han impedido ejecutar las obras en plazo (folios 419 a 426). No consta en el expediente que la avalista haya presentado escrito de alegaciones con base en el trámite de audiencia.

9.- Con fecha 9 de mayo de 2017, la jefe de Área de Contratación y Patrimonio formuló un informe-propuesta de resolución del procedimiento de resolución del contrato, que fue asumido como propuesta por el concejal delegado de Hacienda, Contratación y Patrimonio, en el que se reflejan los antecedentes relativos al caso y considera que procede acordar la resolución del contrato por incumplimiento culpable de la contratista motivado en el incumplimiento del plazo total de ejecución de la obra y consiguiente abandono sin aseguramiento de la misma, que constituye causa de

resolución tipificada en el artículo 223 TRLCSP apartado d), *“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”*.

Por lo que se refiere a los efectos de la resolución del contrato, añade que dará lugar a la comprobación, medición y liquidación de las obras realizadas con arreglo al proyecto, fijando los saldos pertinentes a favor o en contra del contratista, para lo que los técnicos municipales responsables del contrato citarán a la contratista, para su asistencia al acto de comprobación y medición a los efectos del art. 239.1 TRLCSP.

Asimismo, propone acordar como medida provisional del artículo 56 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC), la retención cautelar de la garantía constituida por la cantidad de 38.568,50 euros, mientras se incoa el procedimiento contradictorio para la determinación de la indemnización prevista en el PCAP y daños y perjuicios (folios 428 a 435).

10.- Por decreto de 10 de mayo de 2017, del concejal delegado de Hacienda, Contratación y Patrimonio, adoptado según Acuerdo de delegación de la Junta de Gobierno Local de 25 de abril de 2017, se resolvió suspender el plazo máximo de resolución del procedimiento y notificación, de conformidad con lo establecido en el artículo 22.1.d) de la LPAC. Consta en el expediente que la suspensión se ha notificado a la contratista y a la avalista el 19 de mayo de 2017 (folios 321 a 323, 406 a 418, 427, 436 a 441 y documentación remitida a este órgano consultivo).

11.- El alcalde de Leganés, con escrito de 9 de mayo de 2017, al que se dio salida el día 10 de mayo de 2017, solicitó la emisión de dictamen por la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid y adjuntaba copia del expediente abierto por el Ayuntamiento. Como

expresamos anteriormente, tal escrito y expediente tuvo entrada en este órgano consultivo el 24 de mayo de 2017.

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 por la Comunidad de Madrid 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*”, y a solicitud de un órgano legitimado para ello, según el artículo 18.3.c) del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid (en adelante ROFCJA), aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero, del Consejo de Gobierno, (“(...) *por los Alcaldes-Presidentes de las mismas [las Entidades Locales] (...).*”).

El dictamen ha sido evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 23.1 del ROFCJA.

SEGUNDA.- El contrato se adjudicó por acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Leganés, de fecha 3 de noviembre de 2015, estando vigente el TRLCSP, por lo que será la normativa

aplicable al contrato, tanto desde el punto de vista sustantivo como procedimental.

En ese último aspecto, esto es, la normativa aplicable al procedimiento de resolución, esta Comisión Jurídica Asesora ha señalado en numerosos dictámenes (435/16, de 29 de septiembre, 71/17, de 16 de febrero y 162/17, de 20 de abril, entre otros), que viene dada por la vigente en el momento de su inicio, en este caso el 14 de febrero de 2017, lo que supone la aplicación del precitado TRLCSP y del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante, RGLCAP).

Por ello, conforme a la consideración de derecho primera, al formularse oposición a la resolución del contrato por parte de la contratista, resulta preceptivo el dictamen de la Comisión Jurídica Asesora, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 211.3.a) del TRLCSP.

TERCERA.- Sentado lo anterior, procede analizar separadamente la tramitación del procedimiento de resolución y la concurrencia de la causa de resolución invocada por la Administración.

En materia de procedimiento, la resolución de contratos administrativos exige atenerse a lo previsto en el artículo 210 del TRLCSP, a cuyo tenor *“dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, (...) acordar su resolución y determinar los efectos de ésta”*.

Por su parte, los artículos 210 y 224 del TRLCSP, atribuyen la competencia para la resolución del contrato al órgano de contratación, mediante el procedimiento regulado en el artículo 211 y el establecido

en desarrollo de la Ley. Es ese órgano quien ha de proceder tanto a la incoación del procedimiento como, tras su tramitación, a la adopción del acuerdo de resolución del contrato.

En el presente caso, el contrato fue adjudicado por la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Leganés, que también incoó el procedimiento de resolución el 14 de febrero de 2017. Actualmente, Leganés es un municipio de gran población conforme al artículo 121 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (en adelante LRBRL), por lo que, a tenor de lo prevenido en la disposición adicional segunda, apartado 3 del TRLCSP, es la Junta de Gobierno Local el órgano competente para aprobar la resolución propuesta.

El artículo 211.1 del TRLCSP requiere que en el correspondiente expediente se dé audiencia al contratista. Además debe tenerse en cuenta el artículo 109 del RGLCAP, vigente a falta de una disposición reglamentaria que desarrolle estos procedimientos que exige también la audiencia al avalista o asegurador *“si se propone la incautación de la garantía”*.

Se ha dado audiencia al avalista.

Por otra parte, de acuerdo con la normativa expuesta resulta que, en nuestro caso, se ha dado audiencia al contratista que manifestó su oposición a la resolución contractual proyectada, por lo que, como hemos expuesto en la consideración anterior, conforme al artículo 211.3.a) del TRLCSP resulta preceptivo el dictamen de la Comisión Jurídica Asesora, que ha sido solicitado.

En el ámbito de la Administración local, el artículo 114.3 del texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local (en adelante, TRRL) aprobado por Real Decreto Legislativo

781/1986, de 18 de abril, establece como necesarios los informes de la Secretaría y de la Intervención de la Corporación (cfr. artículo 114.3 del TRRL) (dictámenes de esta Comisión Jurídica Asesora 59/17, de 9 de febrero, 71/17, de 16 de febrero y 162/17, de 20 de abril, entre otros). Habida cuenta del carácter de municipio de gran población que tiene la entidad local, resulta de aplicación el apartado 8 de la disposición adicional segunda del TRLCSP, que señala que *“los informes que la Ley asigna a los servicios jurídicos se evacuarán por el Secretario o por el órgano que tenga atribuida la función de asesoramiento jurídico de la Corporación”* y *“los actos de fiscalización se ejercen por el Interventor de la Entidad local”*, y los artículos 129 y 134 de la LRBRL.

Consta en el expediente, que inmediatamente después del inicio del procedimiento de resolución por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local, se ha procedido a dar audiencia a la contratista y a la avalista y que, una vez instruido el expediente e inmediatamente antes de la propuesta de resolución se les ha conferido el trámite de audiencia previsto en el artículo 82 de la LPAC. Consta también el informe favorable a la resolución de fecha 28 de marzo de 2017 de la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento, y el informe de fecha 10 de abril de 2017 de la Intervención Municipal, que recomendaba que se incorporara al expediente la justificación de los motivos por los que se considera oportuno incoar expediente separado para la determinación de los daños ocasionados al Ayuntamiento por el incumplimiento contractual, lo que se llevó a efecto, reseñando el informe de 23 de enero de 2017 de los responsables del contrato y el de la Asesoría Jurídica anteriormente citado.

En relación con la valoración de daños y perjuicios, y como indicamos en los citados dictámenes 59/17, de 9 de febrero y 162/17, de 20 de abril: *“el Consejo Consultivo en sus dictámenes 656/12, de 12 de diciembre, 14/13, de 16 de enero y 24/13 de 23 de enero, señaló la posibilidad de existencia de un procedimiento contradictorio para la*

determinación de los daños y perjuicios existentes en la liquidación del contrato separado del procedimiento de resolución contractual y sobre el cual no era necesario un pronunciamiento del dicho órgano consultivo”.

El artículo 225.3 del TRLCSP determina que en caso de incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados y que 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.

En el presente caso, obran en el expediente informes tendentes a cuantificar la indemnización establecida en la cláusula 25 del PCAP y los daños y perjuicios ocasionados por la empresa a la Administración, y en la propuesta de resolución se propone la retención cautelar de la garantía constituida mientras se incoa el procedimiento contradictorio para la determinación de la indemnización prevista en el PCAP y daños y perjuicios.

Al respecto, únicamente señalaremos ahora que el artículo 225.4 del TRLCSP exige que el acuerdo de resolución contenga pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que, en su caso, hubiese sido constituida. Nos pronunciaremos más adelante sobre los efectos de la resolución.

Las actuaciones posteriores obrantes en el expediente, han sido la formulación de una propuesta de resolución para resolver el contrato, la suspensión del plazo de resolución del procedimiento, y la petición de dictamen a esta Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid.

Por lo que se refiere al plazo para resolver el expediente de resolución del contrato, ni el TRLCSP -del mismo modo que sus antecesoras- ni el RGLCAP establecen nada al respecto, por lo que resulta de aplicación la LPAC, pues a tenor de la disposición final tercera, apartado 1 del TRLCSP, a los procedimientos regulados en esa ley se aplican con carácter subsidiario los preceptos de la LPAC, que establece un plazo de caducidad de 3 meses para los procedimientos iniciados de oficio.

En estos términos se pronunció esta Comisión Jurídica Asesora en diversos dictámenes, como el 132/16 de 26 de mayo, el 397/16 de 8 de septiembre, el 435/16, de 29 de septiembre y el 162/17, de 20 de abril, entre otros, asumiendo doctrina del extinto Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

Por otro lado, el rigor temporal que supone la necesidad de tramitar estos procedimientos en el plazo de tres meses, puede verse atemperado por la suspensión del procedimiento para la solicitud de informes preceptivos, tal y como establece el artículo 22.1.d) de la LPAC, que exige la comunicación a los interesados en el procedimiento, tanto de la suspensión para recabar los informes preceptivos, como lo es el dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora, como de la recepción de los mismos. Esa comunicación a los interesados, afianza la seguridad jurídica y la transparencia del procedimiento.

El *dies a quo* para el cómputo del plazo en los procedimientos que se inician de oficio es la fecha del acuerdo de iniciación, *ex* artículo 21.3.a) de la LPAC.

En cuanto al momento en que opera la suspensión del plazo para resolver, era doctrina del Consejo Consultivo que la fecha de efectividad de la suspensión es la de la petición de dictamen al órgano consultivo (dictámenes 115/13 de 3 abril y 188/13 de 8 de mayo). Este criterio ha sido acogido por la Comisión Jurídica Asesora en nuestros dictámenes

528/16, de 24 de noviembre, 125/17, de 23 de marzo y el 162/17, de 20 de abril, entre otros.

En iguales términos se han pronunciado otros consejos consultivos, por ejemplo el Consejo Consultivo de Murcia en su Dictamen 181/09, que señala que la fecha de efectividad de la suspensión no puede ser la del acto en que se acuerda *“dadas las dificultades para un efectivo control y verificación de tal fecha por parte del interesado, extremo que sin duda afecta a sus intereses”*.

En ese dictamen se considera que *“parece razonable referir la efectiva suspensión del plazo en cuestión al momento en que la solicitud del dictamen adquiere una trascendencia externa al propio órgano solicitante, pues ello otorga mayores garantías de control, pudiendo centrarse tal momento en la fecha en que la solicitud de Dictamen es registrada de salida en el correspondiente registro público”*.

En este caso, el inicio de este expediente de resolución contractual tuvo lugar el 14 de febrero de 2017 mediante Acuerdo de la Junta de Gobierno Local, se suspendió por Decreto de 10 de mayo de 2017, del concejal delegado de Hacienda, Contratación y Patrimonio, adoptado por delegación, se solicitó el dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora el 9 de mayo de 2017 y salió del registro del citado Ayuntamiento el 10 de mayo de 2017.

La suspensión se ha comunicado a la contratista y a la compañía avalista, por lo que el procedimiento no ha caducado, si bien se advierte de lo perentorio del plazo restante.

CUARTA.- La resolución contractual se configura, dentro del ámbito de las denominadas prerrogativas de la Administración, previstas en el artículo 210 del TRLCSP, como anteriormente lo hacía la legislación de contratos de la Administración y del Sector Público, como

una facultad exorbitante de la misma. No obstante, su ejercicio no se produce de una manera automática, sino que constituye una medida drástica que sólo se justifica en presencia de graves incumplimientos que puedan lesionar el interés general, de ahí los pronunciamientos de la jurisprudencia advirtiendo de la necesidad de distinguir entre incumplimientos generadores de la ejercitar el derecho a la extinción del contrato de aquellos otros que no la conllevan (por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2000).

Asimismo, la jurisprudencia ha venido recordando la necesidad de que las relaciones contractuales estén presididas por la equidad y la buena fe, de tal modo que las facultades exorbitantes de la Administración han de ser ejercitadas de acuerdo a dichos principios, que aún recogidos en la legislación jurídico privada (artículo 1258 del Código Civil), son perfectamente extrapolables al ámbito público. Así, el Tribunal Supremo en sentencia de 6 de abril de 1987, manifestaba: “... *si bien el artículo 65 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales faculta a éstas para declarar la resolución del contrato cuando el contratista incumple las obligaciones que le incumben, la jurisprudencia ha tenido que armonizar en ocasiones dicha facultad con el principio de buena fe y la equidad, evitando las situaciones de abuso de derecho o privilegio de la Administración, ponderando a efectos de esa facultad resolutoria el grado de infracción de las condiciones estipuladas y la intención del administrado contratista -Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 1983 y 4 de mayo de 1981*”.

Desde esta óptica ha de ser analizada la resolución propuesta, de tal forma que a efectos de fundar una posible resolución, el incumplimiento de obligaciones ha de ser de tal calado que impida la realización del objeto contractual y siempre con estricto cumplimiento de los principios de equidad y buena fe.

QUINTA.- Una vez analizado el procedimiento, debemos estudiar si concurre o no causa de resolución del contrato.

En los fundamentos jurídicos de la propuesta de resolución se invoca el artículo 223.d) del TRLCSP, que establece: *“Son causas de resolución del contrato: d) 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”*.

La ejecución del contrato se inició el 19 de enero de 2016, en que se firmó el acta de inicio de la obra, y en su formalización se estableció en la cláusula TERCERA que el plazo de ejecución de la obra sería de NUEVE MESES desde la firma anteriormente citada. Por tanto, la ejecución de la obra tenía que haber finalizado el 19 de octubre de 2016.

Sin embargo, el 14 de octubre de 2016, cuando apenas faltaban unos días para finalizar la ejecución a que se comprometió, la contratista presentó un escrito en el que solicitaba la suspensión de la ejecución y la modificación del proyecto de obra, aduciendo defectos constructivos basados en un informe que adjuntaba.

Frente a dichas pretensiones, los funcionarios del Ayuntamiento de Leganés responsables del contrato, emitieron un informe de fecha 21 de noviembre de 2016 en el que se ponía de manifiesto la existencia de numerosas anomalías en la ejecución del contrato por parte de la empresa e incluía la documentación de diversas actas de comunicación al contratista de sus incumplimientos de plazos parciales y propuesta de inicio de expediente sancionador, así como dos certificaciones mensuales de obra de cero euros que evidenciaron dos periodos de cese en la ejecución del contrato con anterioridad al mes de octubre de 2016.

En ese informe, también se indicaba que la contratista había realizado menos del 20% de la obra a falta de unos días del plazo de ejecución contractual y que no procedía la modificación del proyecto por no haberse justificado ninguna circunstancia. Como hemos señalado anteriormente el Ayuntamiento de Leganés desestimó la solicitud de suspensión en el mes de diciembre de 2016 y lo notificó a la contratista el 4 de enero de 2017.

No hay que obviar que la cláusula 1 del PCAP señala que las partes quedan sometidas expresamente a lo establecido en los pliegos y que la cláusula 2 del PCAP refleja que el objeto del contrato es la ejecución de las obras según el proyecto aprobado por la Administración.

En este sentido, como ya dijéramos en nuestros dictámenes 516/16, de 17 de noviembre y 162/17, de 20 de abril, cabe recordar la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 6 de junio de 2016 (recurso 19/2015) que afirma *“el carácter vinculante de los Pliegos que rigen la adjudicación de los contratos y que constituyen la contractus lex”*. La referida sentencia cita la jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otras, la Sentencia de 4 de mayo de 2005 (recurso 1607/2003) y 19 de septiembre de 2000 (recurso 632/1993) donde se sostiene que: *“el Pliego de Condiciones es la Ley del Contrato por lo que ha de estarse siempre a lo que se consigne en él”*. En tal sentido, también puede recordarse la doctrina recogida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 1975, según la cual: *“...al haber sido aceptada, ante la ausencia de impugnación, la regla de que el pliego de condiciones es la ley del contrato con fuerza para ambas partes es irrefragable, e impide a quien ha aceptado el pliego impugnar a posteriori sus consecuencias o determinaciones, ya que quien presenta una solicitud acepta e implícitamente da validez a todo lo actuado, unido a que en aras a la lealtad, buena fe, etc., que ha de presidir las relaciones jurídicas, resulta obligado al respeto a las bases del concurso cuando éstas son firmes y consentidas y como tales transformadas en Ley del contrato”*.

En ámbito normativo el artículo 145 TRLCSP dispone: “1. *Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna*”.

Por lo expuesto, no puede aceptarse el argumento de la contratista de que la falta de modificación del proyecto de obras por la Administración es la que ha ocasionado su incumplimiento contractual, porque el proyecto fue aceptado incondicionadamente por la empresa, porque la demora en los plazos ya existía prácticamente desde el principio de la ejecución y, porque la Administración desestimó de manera expresa y motivada su solicitud, sin que por ello cesara en el abandono de la obra. Todo ello, evidencia su voluntad unilateral de incumplir el contrato.

Tampoco sirve de justificación que adujera la existencia de retrasos en los pagos de certificaciones de obras, pues hemos de recordar, como ya sostuviera el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid en numerosos dictámenes (657/12, de 12 de diciembre, 86/14, de 26 de febrero, 321/15, de 10 de junio y 545/15, de 16 de diciembre, entre otros), que en todo caso, el incumplimiento de la Administración no autoriza al contratista a paralizar unilateralmente la ejecución del contrato, que, en cuanto destinado a satisfacer un interés público, impide la aplicación del artículo 1100 del Código Civil y exige atenerse a lo dispuesto en el TRLCSP.

Como ya dijéramos en nuestro dictamen 332/16, de 21 de julio, en el ámbito de la contratación administrativa no puede admitirse la *exceptio non adimpleti contractus*, como de forma constante viene señalando la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas, Sentencias de la Sala 3ª, de 19 de junio de 1984, RJ 1984\3643; y 20

de diciembre de 1989, RJ 1989\9220), y el Consejo de Estado, cuyo Dictamen n° 1452, de 28 de julio de 1994, se expresa en los siguientes términos: *“El contratista que viera impagadas las certificaciones de obra expedidas por la Administración contratante podrá utilizar aquellas acciones previstas al efecto por la legislación vigente, incluso reclamando intereses, cuando procediera; pero en ningún caso le es dado abandonar por tal motivo la ejecución de las obras, con perjuicio para el interés público insito en todo contrato administrativo. No es admisible jurídicamente escudarse en un impago de certificaciones para justificar la paralización unilateral de las obras”*. Todo ello en base a que, como recuerda el Tribunal Supremo en su Sentencia de 2 de noviembre de 1983(RJ 1983\5986), *“el fin del contrato privilegia a quien en principio protege el fin público que con la obra pretende conseguirse, de tal modo que el incumplimiento de la Administración no habilita al contratista para incumplir él sus obligaciones [...]”*.

Por tanto, a la patente demora en el cumplimiento de los plazos parciales del contrato, abunda que los informes obrantes en el expediente pusieron de manifiesto que la empresa presentaba ya un incumplimiento del 75,4882% en la ejecución del contrato con base en lo certificado hasta el 10 de octubre de 2016, estimándose en cinco o seis meses el incumplimiento de plazo, y que, finalmente, la obra había sido abandonada en el estado que presentaba en ese mes de octubre, produciéndose por tanto un incumplimiento total del plazo de ejecución de la misma.

Así, del expediente resulta que la contratista ha incurrido, por una parte en el incumplimiento de plazos parciales y del plazo total fijado, y por otra, en el cumplimiento defectuoso del contrato o incumplimiento de sus condiciones de ejecución como hemos expuesto anteriormente, si bien, en numerosos informes se refleja que la planificación de obra presentada fue incumplida desde el inicio de la obra ya que en ningún momento la empresa contó con medios técnicos y humanos para

desempeñar su trabajo a un ritmo adecuado que le permitiera cumplir con los plazos comprometidos.

Es doctrina del Consejo de Estado y del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid que ha hecho suya esta Comisión Jurídica Asesora en numerosos dictámenes (como el 132/16, de 26 de mayo, el 191/16, de 9 de junio, el 269/16, de 30 de junio y el 332/16, de 21 de junio), que en el supuesto de concurrencia de varias causas de resolución se aplica aquélla que se hubiera producido antes en el tiempo.

Por ello, es indudable que existe demora en la ejecución del contrato, que resulta ser el primer incumplimiento de la contratista, y por tanto, que la Administración tiene derecho –de conformidad con el artículo 212 del TRLCSP- a optar indistintamente entre la resolución del contrato o la imposición de penalidades, como señala la cláusula 25 del PCAP, y la Administración ha optado por resolverlo.

Como señalábamos en nuestro dictamen 59/17, de 9 de febrero, haciéndonos eco del criterio del Consejo Consultivo (dictámenes 532/09, de 9 de diciembre y 14/13, de 16 de enero), la ejecución de la obra en el plazo convenido es una obligación capital del contrato administrativo debido al interés público que revisten los plazos (Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 1987 (recurso 1334/1985), si bien, para determinar la resolución del contrato debe concurrir la culpa del contratista como se desprende del artículo 212.2 TRLCSP (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2007 (recurso 10262/2004) y afectar a la prestación principal del contrato exteriorizándose a través de una inobservancia total o esencial de dicha prestación (sentencias del Tribunal Supremo de 14 de junio de 2002 (recurso 3898/1997) y 14 de diciembre de 2001 (recurso 8177/1997)).

En el presente caso, resulta acreditado en el procedimiento, y así se refleja en el expediente, que la obra fue sufriendo retrasos en el cumplimiento de los plazos parciales y que finalmente no ha sido concluida en plazo -es más, se encuentra abandonada-, sin que quepa derivar dicha responsabilidad a la Administración por la existencia de defectos constructivos –como ha sido rebatido en diversos informes obrantes en el expediente- que obligaran a modificar el proyecto de obra, ni a la existencia de retrasos en los pagos por parte de la Administración.

Con base en todo lo anterior, consideramos procedente la resolución del contrato por haber incurrido la contratista en demora en el cumplimiento de los plazos, que es la causa prevista en el artículo 223.d) del TRLCSP, precepto a que, a mayor abundamiento, se remite la cláusula 43 del PCAP.

SEXTA.- Vista la procedencia de la resolución contractual, debemos analizar seguidamente los efectos que se siguen de esta resolución.

En tal sentido, el artículo 239.1 del TRLCSP establece lo siguiente: *“La resolución del contrato dará lugar a la comprobación, medición y liquidación de las obras realizadas con arreglo al proyecto, fijando los saldos pertinentes a favor o en contra del contratista. Será necesaria la citación de éste, en el domicilio que figure en el expediente de contratación, para su asistencia al acto de comprobación y medición”.*

Habrà que dar cumplimiento a esta previsión legal.

Asimismo, el artículo 225.3 del TRLCSP dispone:

“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 del de la garantía incautada”.

Como hemos recogido en anteriores dictámenes de esta Comisión Jurídica Asesora, siguiendo la doctrina mayoritaria del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, del precepto transcrito no puede inferirse la incautación de la garantía como un efecto automático inherente a la resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista. En este punto cabe recordar que el artículo 114.4 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas y posteriormente el artículo 113.4 del Texto Refundido, aprobado por Real Decreto legislativo, 2/2000, de 16 de junio, determinaban, para los casos de resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista, la incautación automática de la garantía debiendo además indemnizarse los daños y perjuicios producidos a la Administración en lo que excedieran de su importe. En base a dicha regulación se venía admitiendo una doble naturaleza de la garantía, por una parte, como una especie de pena convencional que se aplicaba automáticamente con independencia de los daños y perjuicios causados a la Administración, y de otra, como indemnización de los daños y perjuicios causados, lo que exigía una cuantificación de los perjuicios causados de manera que si el cálculo era superior a la garantía incautada, la Administración reclamaba al contratista el importe que excediera de la garantía constituida. Frente a ese automatismo en la incautación de la garantía, la jurisprudencia y el Consejo de Estado, fueron modulando su aplicación e incluso excluyéndola en determinados casos a la vista, por ejemplo, del comportamiento de las partes en la vida contractual.

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 circunscribe 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.

Manifestada pues nuestra postura contraria a la incautación automática de la garantía, debe resaltarse que la Administración contratante deberá tramitar un procedimiento contradictorio separado con audiencia de los interesados para valorar económicamente los daños y perjuicios irrogados al Ayuntamiento de Leganés como consecuencia del incumplimiento, en el que se tendrán en cuenta las previsiones contenidas en el PCAP al respecto.

Ahora bien no podemos olvidar que el artículo 225.4 del TRLCSP establece que *“en todo caso el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que, en su caso, hubiese sido constituida”*, previsión que conjuga mal con la brevedad de los plazos a que viene sometida la tramitación del procedimiento resolutorio y la sanción de caducidad que lleva aparejada.

Por ello entendemos procedente que pueda acordarse la resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista sin pérdida de la garantía constituida y que se incoe un procedimiento contradictorio para la determinación de los daños y perjuicios, reteniéndose mientras tanto el importe de la garantía, como medida cautelar conforme el artículo 56.1 de la LPAC.

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

CONCLUSIÓN

Procede la resolución del contrato de las obras comprendidas en el proyecto de *“Reforma y Acondicionamiento del Pabellón deportivo Manuel Cadenas”*, al amparo de lo establecido en el artículo 223.d) del TRLCSP.

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 29 de junio de 2017

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 272/17

Sr. Alcalde de Leganés

Pza. Mayor, 1 – 28911 Leganés