

Dictamen nº: **310/17**
Consulta: **Alcalde de Las Rozas de Madrid**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **27.07.17**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 27 de julio de 2017, emitido ante la consulta formulada por el alcalde-presidente de Las Rozas de Madrid, 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 obras denominado “*Construcción de pasarela peatonal para la mejora de la permeabilidad transversal entre los márgenes de la A-6*” suscrito con la mercantil **TABLEROS Y PUENTES S.A.**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 23 de junio de 2017 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen preceptivo procedente del Ayuntamiento de Las Rozas de Madrid.

A dicho expediente se le asignó el número 263/17, 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,

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 D.^a Ana Sofía Sánchez San Millán, quien formuló y firmó la propuesta de dictamen, que fue deliberada y aprobada por el Pleno de la Comisión Jurídica Asesora, en sesión celebrada el día 27 de julio de 2017.

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

1-. El 5 de diciembre de 2014 la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Las Rozas adoptó el acuerdo de aprobación del proyecto de ejecución de las obras de pasarela peatonal para mejora de la permeabilidad transversal entre los márgenes de la Autovía A-6, previo informe favorable de 29 de enero de 2014 de la Demarcación de Carreteras del Estado en Madrid.

En el informe de dicha Demarcación se establecía la necesidad de obtener autorización definitiva en los siguientes términos:

“Previamente al inicio de la ejecución las obras (una vez hayan sido licitadas), se deberá solicitar la autorización definitiva para la ejecución de las mismas, debiendo presentar documentación adicional que amplíe los siguientes aspectos:

1. Un programa exhaustivo que detalle los medios de los que se pretenden disponer así como de los horarios de las fases de montaje y desmontaje de las pasarelas. En el mismo, se deberá incluir el tiempo estimado para los cortes de tráfico previstos, ya que esta Demarcación considera escaso (5 horas) el tiempo total previsto para llevar a cabo dichas actuaciones (especialmente teniendo en cuenta que los cortes y aperturas consumen buena parte del mismo).

2. *Un protocolo en caso que alguna de las fases de montaje y desmontaje no pueda ser finalizada en los tiempos previstos, donde se prevea las actuaciones necesarias que minimicen la afección al tráfico que circule por la Autovía.*

3. *Se deberá garantizar la estabilidad del muro de contención que separa la vía de servicio del tronco principal de la Autovía en su margen izquierda, ya que la cimentación de la pasarela se proyecta muy próxima al mismo. Es necesario comprobar su estado y geometría antes de comenzar los trabajos para evitar en todo momento que el alzado y en especial la cimentación del muro pueda verse afectada, en cuyo caso se deberá retranquear la proyectada para la pasarela.*

4. *Se presentaran planos detallados de la señalización a instalar en la ejecución de los desvíos para el montaje y desmontaje de las pasarelas. Además de los cortes totales de calzada, se tendrá en cuenta los cortes y posibles desvíos de tráfico en los ramales de salida desde la vía de servicio al tronco principal tanto sentido A Coruña (ramal de salida de la vía de servicio al tronco principal del p.k. 18+600 -glorieta del Camino Viejo de Madrid-, como sentido Madrid (salidas de incorporación de la vía de servicio al tronco principal del p.k. 21+000 y 19+000).*

(...) Por último y con el objetivo de garantizar la buena ejecución de las obras en cuanto a su afección a los viales estatales, se deberá depositar un aval en la forma y cuantía a determinar por esta Demarcación, que se deberá tramitar antes de disponer de la autorización para ejecutar las obras”.

2-. Mediante acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 12 de diciembre de 2014 se aprobó el expediente de contratación para la adjudicación del contrato, mediante procedimiento abierto y con un único criterio de adjudicación (precio).

3 -. Celebrada la licitación, el contrato fue adjudicado a la empresa TABLEROS Y PUENTES S.A, mediante acuerdo de 10 de julio de 2015 de la Junta de Gobierno Local, por un importe de 270.961.62 euros (IVA excluido) y un plazo de ejecución de cuatro meses, a contar desde la fecha de la firma del acta de comprobación de replanteo.

El contrato fue formalizado el 17 de julio de 2015 (folios 357 y 358 del expediente). En el documento se hace constar que para responder de la ejecución del contrato la adjudicataria ha constituido una garantía definitiva por importe de 13.548,08 euros.

4-. El 17 de agosto de 2015 se firma el acta de replanteo negativa hasta que sea nombrado el coordinador de Seguridad y Salud y aprobado el Plan de Seguridad y Salud.

5-. Consta en los folios 466 y 467 que el 8 de octubre de 2015 se firmó el acta de replanteo en la que se recoge que no existe impedimento legal alguno para proceder al inicio de las obras y que el plazo de ejecución es de 4 meses a partir de la firma del acta.

6-. El 9 de febrero de 2016 la empresa contratista presentó un escrito en el Ayuntamiento de Las Rozas solicitando la suspensión temporal de las obras. En el mencionado escrito se expone que el 24 de noviembre de 2015 junto a la Dirección de Obra, tuvo una reunión en la Demarcación de Carreteras del Estado en Madrid, para tratar las exigencias a cumplir por las obras dada la interferencia de las mismas con la Autovía A6, relativas a la ocupación de la calzada y la posible afección de una de las zapatas al muro de hormigón existente en ese tramo de Autovía. Señala que de esa reunión se concluyó que había que realizar unas catas y unos sondeos para que la Dirección de Obra pudiera evaluar los cambios necesarios a efectuar en la cimentación próxima a dicho muro, para que la Demarcación autorizara las obras de la pasarela, estando en ese momento pendientes de la aprobación una vez entregada la documentación requerida. Señala que durante ese tiempo se han

realizado las comunicaciones y autorizaciones pertinentes a otros organismos. Añade que la Dirección de Obra, con los sondeos geotécnicos y catas para inspección visual realizadas los días 13 y 23 de diciembre de 2015, y el informe geotécnico recibido el 19 de enero de 2016, ha realizado todas las modificaciones necesarias para poder cumplir con las exigencias que desde la Demarcación de Carreteras del Estado en Madrid le habían sido solicitadas al Ayuntamiento para poder realizar las obras asegurando la estabilidad del muro. Finalmente aduce que debido a esta situación de reestudio de la cimentación de la zona próxima al muro, necesaria para garantizar la estabilidad del mismo solicitada por la Demarcación de Carreteras, y pendiente de aprobación por parte del citado Organismo, las obras no han podido comenzarse. Por lo expuesto acaba solicitando además de la suspensión temporal de las obras, que se aprueben las modificaciones necesarias para poder ejecutar las obras de acuerdo a las exigencias transmitidas por la Demarcación de Carreteras.

7-. El 4 de abril de 2016 el ingeniero de Caminos Municipal emite informe en el que indica que *"a la fecha, la situación de la estructura metálica, camino crítico, lleva retraso debido a las gestiones de contratación y ejecución por parte de la adjudicataria. Se considera que los acontecimientos descritos no empeoran los retrasos que ya acumula la adjudicataria, por lo que desde este departamento se desestima la petición de suspensión temporal de las obras"*.

El 6 de abril de 2016 emite informe el director del Servicio de Coordinación Jurídica en el sentido de que procede que por la Junta de Gobierno Local se adopte acuerdo desestimando íntegramente las peticiones contenidas en el escrito presentado por la adjudicataria el 9 de febrero de 2016.

La solicitud de suspensión temporal de las obras y de modificación del proyecto de las mismas, fue desestimada por acuerdo de la Junta de

Gobierno Local de 8 de abril de 2016, notificado a la empresa contratista el 29 de abril de 2016.

8-. Previo a la notificación de la contestación a su solicitud de suspensión temporal de las obras, concretamente el 27 de abril de 2016, la adjudicataria presentó un escrito en el que solicitaba la resolución del contrato por causas ajenas a la empresa contratista, concretamente la suspensión de la iniciación de las obras por plazo superior a seis meses. Además reclamaba el lucro cesante, el reintegro de la garantía definitiva y los intereses sobre los costes derivados del retraso, así como la liquidación económica del contrato con abono a la adjudicataria de los costes sufridos durante la paralización de las obras por causas ajenas al contratista.

9-. Paralelamente se tramitó un procedimiento de imposición de penalidades, iniciado el 29 de enero de 2016 y que culminó el 22 de abril de 2016 cuando la Junta de Gobierno Local acordó imponer una penalización por demora a la adjudicataria de 54,19 euros diarios a contar desde el día 8 de febrero de 2016, lo que fue notificado a la contratista el 11 de mayo de 2016. Debe significarse que se ha incorporado al procedimiento la documentación correspondiente a la imposición de penalidades a otra empresa y por otro contrato distinto, si bien esta Comisión Jurídica Asesora ha podido conocer el procedimiento contra TABLEROS Y PUENTES S.A por los datos que figuran en los informes que obran en el expediente y al haber examinado las actas de la Junta de Gobierno Local que figuran publicadas en la página web del Ayuntamiento de Las Rozas.

10-. El 30 de mayo de 2016 la adjudicataria presenta un escrito reclamando la cantidad de 61.151,75 euros en concepto de *"compensación económica por gastos y costes sufridos durante la situación de paralización de la obra por causas ajenas al contratista y sobrecostes de trabajos adicionales"*.

11-. El 17 de junio de 2016 la empresa contratista presenta un escrito ampliando la solicitud de resolución del contrato de ejecución de obra por suspensión de la misma por plazo superior a ocho meses.

12-. El 11 de octubre de 2016 el ingeniero de Caminos Municipal emite informe en contestación a la solicitud de resolución contractual formulada por la empresa contratista. En dicho informe se señala que el 29 de enero de 2014 la Demarcación de Carreteras del Estado en Madrid informó favorablemente el proyecto de obras, indicando la necesidad de realizar comprobaciones para autorizar la ejecución de las obras *“que habitualmente realiza el adjudicatario de las obras, con cargo a la partida de Control de Calidad incluida en el presupuesto del Proyecto”*. El informe destaca que tras el acta de replanteo positiva de 8 de octubre de 2015 se podía realizar una serie de actividades sin necesidad de contar con la autorización de la Demarcación de Carreteras [entrega de plan de gestión y ejecución de las obras (pendiente); toma de datos de topografía; sondeo, como parte de las comprobaciones necesarias para que Demarcación autorice las obras (entregado el definitivo por parte de la empresa el 11 de febrero de 2016); desvío de la red de abastecimiento de agua (autorizado el 27 de enero de 2016); retirada de la marquesina de autobuses (autorizado el 15 de diciembre de 2015); planos de taller para la fabricación de la estructura metálica (requerido en repetidas ocasiones la empresa no ha aportado nada) y la fabricación de la estructura (no ha comenzado)].

El informe señala que a la fecha no pueden comenzar los trabajos por no haber realizado la adjudicataria los trabajos anteriormente expuestos y que en la reunión del 24 de noviembre de 2015, se reiteró por parte de Demarcación de Carreteras en Madrid la necesidad de tener realizado el correspondiente informe geotécnico necesario para cumplir con las condiciones del informe favorable de 29 de enero de 2014, ya exigido por el Ayuntamiento a la empresa contratista. Incide en que el 19

de enero de 2016 la empresa entregó un Estudio Geotécnico defectuoso, que fue corregido y entregado el 11 de febrero de 2016 y al día siguiente se presentó en la Demarcación de Carreteras la solicitud de Autorización Definitiva con la documentación requerida adjuntando dicho Estudio Geotécnico

El informe añade que las modificaciones que solicitó Demarcación de Carreteras no excederían en ningún caso del 10% del presupuesto de las obras, ni tenían entidad para justificar la redacción de un proyecto modificado. Indica que el 25 de abril de 2016 Demarcación de Carreteras envió un escrito indicando que se encontraba favorablemente informada la autorización para la ejecución de las obras, solicitando un aval de 10.000 euros para retirar el documento.

El 25 de octubre de 2016 el director del Servicio de Coordinación Jurídica informa que procede desestimar la solicitud de la empresa contratista de resolución contractual por no haber sido suspendidas las obras por la Administración, ni haber desistido de las misma no existiendo causa de resolución contractual imputable al Ayuntamiento de Las Rozas.

13-. La Junta de Gobierno Local mediante acuerdo de 28 de octubre de 2016 acordó desestimar la solicitud de resolución contractual instada por la empresa contratista al no existir causa de resolución imputable al Ayuntamiento.

14-. El día 29 de octubre de 2016 el ingeniero de Caminos Municipal informa sobre la procedencia de la resolución contractual por incumplimiento del contratista.

El 14 de noviembre de 2016 emitió informe el director del Servicio de Coordinación Jurídica en el que se fundamenta que por la Junta de Gobierno Local se inicie el procedimiento de resolución contractual por la causa prevista en el artículo 212, apartado 5 del Texto Refundido de la

Ley de Contratos del Sector Público al haber alcanzado las penalidades por demora impuestas un múltiplo del 5 por 100 del precio del contrato, en relación con la causa prevista en el artículo 223, apartado d), del mismo texto legal, demora en el cumplimiento de plazos por el contratista.

TERCERO.- 1.- El 17 de marzo de 2017 la Junta de Gobierno Local acordó iniciar el procedimiento para la resolución del contrato por la causa prevista en el artículo 212, apartado 5 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público al haber alcanzado las penalidades por demora impuestas un múltiplo del 5 por 100 del precio del contrato, en relación con la causa prevista en el artículo 223, apartado d), del mismo texto legal, demora en el cumplimiento de plazos por el contratista; con retención de la garantía definitiva hasta la resolución del procedimiento para la determinación de los daños y perjuicios causados.

2.- Consta en el expediente que se confirió trámite de audiencia a la empresa contratista y al avalista en relación con la propuesta de resolución del contrato.

El día 8 de abril de 2017 la adjudicataria formuló alegaciones en las que se opone a la resolución contractual. La empresa argumenta, en síntesis, que la autorización de la Demarcación de Carreteras dada el 29 de enero de 2014 tenía como condicionante que previamente al inicio de la ejecución de obras se solicitara autorización definitiva debiendo presentar documentación adicional que garantizara la estabilidad del muro de contención, por ello considera increíble que el Ayuntamiento sacara a licitación un proyecto incompleto (pues carecía de un previo estudio del subsuelo), que no sabía si era o no viable y sin disponer de la autorización definitiva de Demarcación de Carreteras. Por ello aduce que sin la autorización definitiva no era posible ni licitar ni iniciar la ejecución de las obras. Además alega que no puede pretenderse que la adjudicataria realizara ese estudio previo del subsuelo que entiende correspondía al

Ayuntamiento al no formar parte del objeto del contrato. Por otro lado la contratista sostiene que las obras estuvieron paralizadas con el consenso de todos de manera que fue la contratista quien tuvo que solicitar la suspensión temporal de las obras para regularizar la situación. A lo expuesto añade que nunca se le ha llegado a comunicar la decisión de Demarcación de Carreteras del Estado, si bien considera que parece haber otorgado autorización para las obras con condicionantes, lo que supone introducir modificaciones en el proyecto, lo que resulta vetado por los pliegos que rigen la licitación. Considera que esto último es esencial porque aboca indefectiblemente a la resolución contractual por causa no imputable al contratista. La empresa contratista sostiene que le causa indefensión a la hora de formular alegaciones el no haber tenido conocimiento de la decisión adoptada por Demarcación de Carreteras del Estado, y alega que del expediente se infiere que no se ha otorgado autorización definitiva al proyecto licitado. Añade haber interpuesto recurso contencioso-administrativo tanto contra la resolución de imposición de penalidades como contra la desestimación de sus peticiones de resolución contractual por causa imputable a la Administración.

3.- En contestación a las alegaciones del contratista el director del Servicio de Coordinación Jurídica emitió informe el 11 de mayo de 2017.

4.- El 12 de mayo de 2017 la Junta de Gobierno Local acordó aprobar la propuesta de resolución contractual y dar traslado de la misma a la empresa contratista y al avalista otorgándoles un plazo de audiencia de 10 días.

5.- Consta en el folio 875 que la empresa contratista formuló alegaciones el 23 de mayo de 2017 reiterando lo expresado en sus anteriores escritos y subrayando que ante la inutilidad de los esfuerzos en vía administrativa para que el expediente se reconduzca conforme a la

legalidad vigente, incluso por acuerdo entre las partes, dice reservarse las acciones judiciales procedentes.

6.- El día 2 de junio de 2017 la Junta de Gobierno Local acordó proponer la resolución del contrato por la causa prevista en el artículo 212, apartado 5 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público al haber alcanzado las penalidades por demora impuestas un múltiplo del 5 por 100 del precio del contrato, en relación con la causa prevista en el artículo 223, apartado d), del mismo texto legal, demora en el cumplimiento de plazos por el contratista; retener la garantía definitiva hasta la resolución del procedimiento para la determinación de los daños y perjuicios causados; suspender el procedimiento para solicitar el dictamen de la Comisión Jurídica Asesora y notificarlo a los interesados. Consta en el expediente el intento de notificación de dicho acuerdo a la empresa contratista mediante correo electrónico.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La Comisión Jurídica Asesora emite su dictamen preceptivo, al amparo del artículo 5.3.f) d. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, conforme al cual: “3. *En especial, la Comisión Jurídica Asesora deberá ser consultada en los siguientes asuntos: (...) f) Expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid, las entidades locales y las universidades públicas sobre: (...) d. Aprobación de pliegos de cláusulas administrativas generales, interpretación, nulidad y resolución de los contratos administrativos y modificaciones de los mismos en los supuestos establecidos por la legislación de contratos del sector público*” y a solicitud

de un órgano legitimado para ello, el alcalde-presidente de Las Rozas, según el artículo 18.3.c) del ROFCJA (“(...) *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 10 de julio de 2015 de la Junta de Gobierno Local, por lo que le resulta de aplicación el TRLCSP.

Por lo que se refiere al procedimiento de resolución contractual, habrá que estar a lo dispuesto en la normativa vigente en el momento de su inicio, que como hemos expuesto fue por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 17 de marzo de 2017, lo que supone 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) y normas complementarias. Además, ante la falta de desarrollo reglamentario en el aspecto objeto de estudio de las disposiciones vigentes en materia de contratación del sector público, debe considerarse lo dispuesto en el artículo 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de la Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), referido específicamente al “*procedimiento para la resolución de los contratos*”.

En materia de procedimiento, la resolución de contratos administrativos exige atenerse a lo previsto en el artículo 210 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*”.

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*”. Por otro lado el apartado tercero artículo 211 dispone que será preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de interpretación, nulidad y resolución, cuando se formule oposición por parte del contratista.

Por lo que se refiere al ámbito de la Administración local, el artículo 114.3 del texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local (en adelante, TRRL) aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, establece como necesarios los informes de la Secretaría y de la Intervención de la Corporación (cfr. artículo 114.3 del TRRL) (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). No obstante en los expedientes de resolución contractual por demora del contratista (artículo 213 TRLCSP), no es preceptivo el informe del Servicio Jurídico, secretario de la Corporación municipal o titular de la Asesoría Jurídica (así el Dictamen 31/14, de 22 de enero, del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid). En este sentido el artículo 109 del RGLCAP al regular el procedimiento para la resolución de los contratos exceptúa el trámite de informe del Servicio Jurídico en el supuesto previsto en el artículo 96 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobada por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, referido a la resolución por demora, cuyo contenido es prácticamente idéntico al del artículo 213 TRLCSP que establece que “*en el supuesto a que se refiere el artículo anterior (resolución por demora), si la Administración optase por la resolución ésta deberá acordarse por el órgano de contratación o por aquel que tenga atribuida esta competencia en las Comunidades Autónomas, sin otro trámite preceptivo que la audiencia del contratista y, cuando se formule*

oposición por parte de éste, el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva”.

Trasladando lo anteriormente expresado a este caso se observa que el contrato fue adjudicado por la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Las Rozas de Madrid, que también incoó el procedimiento de resolución el 17 de marzo de 2017, por lo que, a tenor de lo prevenido en el artículo 224 del TRLCSP, es el órgano competente para aprobar la resolución propuesta.

Por otra parte, de acuerdo con la normativa expuesta resulta que, en nuestro caso, se ha dado audiencia al contratista que el 8 de abril de 2017 manifestó su oposición a la resolución contractual proyectada, por lo que, como hemos expuesto anteriormente, conforme los artículos 211.3.a) y 213 del TRLCSP resulta preceptivo el dictamen de la Comisión Jurídica Asesora, que ha sido solicitado.

Consta en el expediente que tras las alegaciones del contratista se emitió informe por el director del Servicio de Coordinación Jurídica, tras el cual se aprobó una nueva propuesta de resolución contractual confiriendo un nuevo trámite de audiencia a la empresa contratista y al avalista. El 23 de mayo de 2017 la adjudicataria formuló las alegaciones de las que hemos dado cuenta en los antecedentes de este dictamen. Debe hacerse particular referencia a la alegación de indefensión que formula la contratista relativa a que no se le ha dado traslado de la documentación relativa a la autorización otorgada por Demarcación de Carreteras del Estado y a la documentación complementaria a la misma. A tal efecto se comprueba que figura en el expediente, al que ha tenido acceso la empresa contratista, concretamente en el folio 522, la autorización definitiva otorgada por la Demarcación de Carreteras del Estado al proyecto presentado por el Ayuntamiento, que sirvió de base a la licitación, y una vez aportados los informes solicitados, que según resulta de los informes emitidos en el procedimiento fueron elaborados

por la propia empresa contratista, por lo que no parece que se haya producido el desconocimiento que alega.

Del expediente examinado resulta que se ha dado también audiencia al avalista, en los mismos términos y plazos que a la empresa contratista, aunque no se propone la incautación de la garantía sino solamente su retención. Según expresamos en anteriores dictámenes (así el Dictamen 62/16, de 5 de mayo), la audiencia al avalista es un trámite necesario cuando se propone la incautación de la garantía, cuya exigencia trae causa del artículo 97.2 del TRLCSP y el artículo 109.1.b) del RGCAP que prevé expresamente la audiencia al avalista cuando se propone la incautación de la garantía.

En este caso, por tratarse de una resolución contractual por demora del contratista en el cumplimiento de los plazos contractuales, al amparo de lo dispuesto en el artículo 212 del TRLCSP, no se ha recabado el informe del secretario municipal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 109 del RGLCAP y el artículo 213 del TRLCSP antes transcrito.

No obstante se observa que no consta en el expediente remitido a esta Comisión Jurídica Asesora el informe preceptivo del interventor municipal. Sobre la ausencia del informe de la Intervención, esta Comisión Jurídica Asesora ha venido señalando en sus dictámenes (así el Dictamen 62/16, de 5 de mayo o el Dictamen 59/17, de 9 de febrero) que *“dicho defecto puede determinar un vicio de anulabilidad en virtud de lo dispuesto en el artículo 63.1 de la Ley 30/1992, y, por tanto, susceptible de subsanación, como así estableció el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid en sus dictámenes del 239/09, de 6 de mayo, 453/09, de 23 de septiembre, 466/09, de 30 de septiembre, 51/11, de 23 de febrero y 373/11, de 6 de julio, entre otros”*. Doctrina igualmente aplicable de acuerdo con el artículo 48.1 de la Ley 39/2015, vigente al tiempo del inicio del procedimiento de resolución contractual.

Resta considerar la cuestión relativa al plazo para resolver el expediente de resolución del contrato. Puesto que la legislación de contratos no establece un plazo específico, hay que acudir a la normativa reguladora del procedimiento administrativo. En nuestro caso, dado que el expediente se ha iniciado después de la entrada de vigor de la LPAC, según su disposición transitoria tercera, resulta de aplicación el plazo general de tres meses previsto en el artículo 21.3 LPAC, a contar desde el acuerdo de inicio del expediente.

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.

En el presente expediente, el inicio del mismo tuvo lugar el 17 de marzo de 2017, y se ha hecho uso de la facultad de suspender el procedimiento, establecida en el artículo 22.1 d) de la LPAC, el día 2 de junio de 2017, para solicitar el dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora. La suspensión se ha intentado notificar a la empresa contratista mediante correo electrónico, que ha sido el medio utilizado para el resto de notificaciones del procedimiento. En cuanto al avalista no consta la mencionada notificación, si bien como hemos indicado no se propone la incautación de la garantía y en todo caso la determinación de los daños y perjuicios causados y que podrían hacerse efectivos sobre la garantía constituida, deberán determinarse en un procedimiento contradictorio en el que deberá darse traslado a la avalista como interesada.

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

La propuesta de resolución del contrato de obras de *“Construcción de pasarela peatonal para la mejora de la permeabilidad transversal entre los márgenes de la A-6”* se fundamenta en el apartado 5 del artículo 212 del TRLCSP que establece que *“Cada vez que las penalidades por demora alcancen un múltiplo del 5 por 100 del precio del contrato, el órgano de contratación estará facultado para proceder a la resolución del mismo o acordar la continuidad de su ejecución con imposición de nuevas penalidades”*, en relación con la causa prevista en el apartado d) artículo 223 del TRLCSP (*“La demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista”*).

Como es sabido en la contratación administrativa el plazo es un elemento relevante. El Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid ya señaló en sus dictámenes (así el Dictamen 532/09 o el Dictamen 14/13, entre otros muchos) la importancia que tiene el plazo de ejecución en los contratos administrativos, que ha dado lugar a que el Tribunal Supremo los haya calificado como *“negocios jurídicos a plazo fijo”*, debido al interés público que revisten los plazos. Muestra de la relevancia que tiene el plazo en la contratación administrativa es que el artículo 212.2 del TRLCSP establece que *“El contratista está obligado a cumplir el contrato dentro del plazo total fijado para la realización del mismo, así como de los plazos parciales señalados para su ejecución sucesiva”*; la constitución en mora del contratista no requiera intimación previa de la Administración (art. 212.3 TRLCSP) y el incumplimiento de los plazos contractuales faculta a la Administración para imponer penalidades al contratista o para resolver el contrato (art. 212.4 TRLCSP). De esta manera, el art. 223.d) TRLCSP tipifica como causa de resolución la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista.

De la dicción legal se desprende que el empleo de la preposición disyuntiva en el apartado 4 del artículo 212 del TRLCS parece tener claramente el carácter de opción y por lo tanto no cabe el ejercicio conjunto de ambas facultades, de manera que si la Administración opta por la imposición de penalidades no puede proceder a la resolución contractual. Como recuerda la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 18 de mayo de 2016 la finalidad de dichas penalidades *“es intimar el debido cumplimiento del contrato y corregir los eventuales incumplimientos contractuales y no castigar conductas.”* Ya declaró el Consejo de Estado en su Dictamen de 28 de diciembre de 1987 (si bien con referencia al artículo 45 de la Ley de Contratos del Estado) que la Administración al decidir imponer penalidades ha declarado el derecho para el contratista de seguir en la ejecución del contrato, por lo que para que pueda posteriormente acordar la resolución debe revisar de oficio previamente el acto que ha declarado ese derecho a la continuación del contrato aunque ello suponga un cumplimiento tardío del mismo.

No obstante como excepción cabe que la Administración proceda a la resolución contractual aun después de haber optado por la imposición de penalidades si se da el presupuesto establecido en el apartado 5 del citado artículo 212, esto es, que las penalidades impuestas alcancen un múltiplo del 5 por 100 del precio del contrato, en cuyo caso se faculta al órgano de contratación para proceder a la resolución del contrato o acordar la continuidad de su ejecución con imposición de nuevas penalidades. En este sentido el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en su sentencia de 26 de noviembre de 2001, al examinar la resolución de un contrato adoptada por la Administración tras haber impuesto penalidades, afirma que *“[...] al haber impuesto anteriormente penalidades, la Administración no disponía de la opción prevista en el artículo 96.3 (de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas,), es decir, no podía resolver ya el contrato, salvo que concurriera el supuesto previsto en el apartado 4 del mismo*

artículo que establece que cuando las penalidades por demora alcancen el 20% del importe del contrato el órgano de contratación estará facultado para proceder a la resolución del mismo o acordar la continuidad en su ejecución con imposición de nuevas penalidades.”

En este caso resulta del expediente que el contrato establecía un plazo de ejecución de cuatro meses a partir del acta de comprobación del replanteo, la cual fue firmada el 8 de octubre de 2015 por lo que el plazo de ejecución culminaba el 8 de febrero de 2016. La cláusula 28 del PCAP establecía la obligación del adjudicatario de cumplir el plazo de ejecución del contrato y de los plazos parciales fijados, así como que si llegado el término de cualquiera de los plazos citados, el contratista hubiera incurrido en mora por causas imputables al mismo, el Ayuntamiento podrá optar por la resolución del contrato o por la imposición de penalidades económicas en la cuantía determinada en el párrafo primero del artículo 212.4 del TRLCSP.

De acuerdo con la documentación examinada el 29 de enero de 2016 la Administración, ante el incumplimiento de los plazos contractuales por parte del contratista, optó por la imposición de penalidades, lo que supone permitir a la empresa adjudicataria continuar la ejecución del contrato concediendo un nuevo plazo, aunque desconocemos cual fue este pues nada se contiene al respecto en la documentación remitida. No obstante, independientemente de que cual fuera el nuevo plazo concedido, a la fecha de iniciación del expediente de resolución contractual (17 de marzo de 2017) no parece que la empresa hubiera iniciado la ejecución de los trabajos y además ha manifestado su voluntad claramente contraria a la ejecución contractual, instando por dos veces la resolución del contrato si bien que por causa imputable a la Administración. Por otro lado también resulta del expediente que a la fecha de iniciación del procedimiento de resolución contractual el importe de las penalidades habría alcanzado la cifra exigida por el apartado 5 del

artículo 212 del TRLCSP (según nuestros cálculos 22.069,8 euros, cifra que supera el 5% del precio del contrato que asciende a 327.863,56 euros) para permitir a la Administración optar por la resolución contractual.

Ahora bien, para determinar si procede o no la resolución del contrato resulta indispensable valorar si esa demora en el cumplimiento de los plazos se ha producido por culpa del contratista o por otros motivos, pues, con arreglo al artículo 213.2 del texto refundido de la LCSP, tal facultad de resolución solo procede si se debe a motivos imputables al contratista.

La empresa contratista se opone a la resolución contractual alegando que el incumplimiento de los plazos de ejecución no le es imputable a la adjudicataria sino a la Administración pues sostiene, en primer lugar, que al no haber obtenido el Ayuntamiento la autorización definitiva de las obras de Demarcación de Carreteras del Estado en Madrid no contaba con la disponibilidad de los terrenos y en consecuencia la obra no podía realizarse. Sin embargo entendemos que la empresa contratista no puede amparar el incumplimiento en el motivo que alega, pues resulta claro que suscribió el acta de comprobación del replanteo sin reserva alguna lo que supone admitir por su parte la disponibilidad de los terrenos, tal y como resulta de la dicción literal del artículo 139 del RGLCAP.

Lo mismo cabe decir de las deficiencias en el proyecto que aduce al sostener que la Administración no había aprobado un proyecto completo, pues tal y como resulta del mencionado artículo 139 del RGLCP así como del artículo 140 del mismo reglamento, la firma de conformidad del acta de comprobación del replanteo implica reconocer *“la viabilidad del proyecto”* así como también *“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”*.

Por otro lado los informes emitidos en el curso del procedimiento dan cumplida contestación a estas alegaciones del contratista. Así en los informes emitidos (del ingeniero municipal y del director del Servicio de Coordinación Jurídica) tanto con carácter previo al inicio del procedimiento de resolución contractual (en contestación a las solicitudes de suspensión y resolución contractual planteadas por la empresa contratista) como en el propio expediente de resolución, se da cuenta de que la Administración licitó un proyecto completo (que obra en el expediente administrativo) en el que figura, entre otros documentos, el correspondiente estudio geológico y geotécnico, cuya omisión denuncia el contratista. De otro lado, el hecho de que en el informe de Demarcación de Carreteras del Estado de 29 de enero de 2014 se condicionara la autorización definitiva a la realización de un estudio sobre la estabilidad del muro de contención que separa la vía de servicio del tronco principal, no impedía que el contrato se sometiera a licitación, pues como literalmente expresa el informe favorable de Demarcación de Carreteras del Estado, debía solicitarse la autorización definitiva *“previamente al inicio de la ejecución las obras (una vez hayan sido licitadas)”*, lo que indudablemente contradice la alegación del contratista de que no cabía la licitación de las obras sin contar con la autorización definitiva.

Por otro lado resulta del expediente que según los pliegos era el contratista y no la Administración quien debía realizar todos los estudios y trabajos previos al inicio de la ejecución de las obras. Así resulta del PPTT cuando en su artículo 15 dispone que *“El contratista realizará a su cargo la recopilación de la información adecuada sobre el estado de las propiedades existentes en las proximidades de las obras, antes del comienzo de estas, si dichas propiedades pueden ser afectadas por las mismas o si pueden ser causa de posibles reclamaciones de daños”* así como que *“el contratista elaborará un informe técnico que entregará al Director de la Obra de la incidencia de los sistemas constructivos en las propiedades próximas y de las medidas adoptadas para minimizar estas*

incidencias. El contratista definirá los niveles de alarma adecuadas con la auscultación de la obra y las medidas a adoptar en caso de que sean superiores”. Igualmente, señala que “antes del comienzo de los trabajos, el contratista entregará al Director de la Obra, un informe completo sobre el estado actual de las propiedades y terrenos, de acuerdo con los párrafos anteriores. El coste de esos informes, actas notariales, fotografías, etc. Se considera incluido dentro de los precios ofertados por el contratista”.

Además como explica el ingeniero municipal existían una serie de trabajos que podía ir realizando el contratista antes de contar con la autorización definitiva de Demarcación de Carreteras del Estado. En este sentido el informe de 11 de octubre de 2016 del ingeniero de caminos detalla algunos de esos trabajos como la fabricación de la estructura, sondeos y el desvío de la red de abastecimiento, entre otros, que no fueron realizados por la empresa contratista. A lo que se suma la demora de la empresa en entregar el informe necesario para cumplir las condiciones exigidas por Demarcaciones de Carreteras del Estado, pues según detalla el informe del ingeniero municipal, el estudio no fue entregado por la empresa hasta el 19 de enero de 2016, y además tuvo que ser corregido por defectos en el mismo, lo que demoró la entrega hasta el 11 de febrero y con ello la autorización definitiva que fue otorgada el 25 de abril de 2016.

Por otro lado no resulta razonable que la empresa contratista solicitara la suspensión de las obras una vez concluido el plazo de ejecución, cuando si consideraba que los retrasos le eran imputables al Ayuntamiento, debería haber hecho uso de la facultad que le confiere el artículo 213.2 del TRLCSP (“*Si el retraso fuese producido por motivos no imputables al contratista y éste ofreciera cumplir sus compromisos dándole prórroga del tiempo que se le había señalado, se concederá por la Administración un plazo que será, por lo menos, igual al tiempo perdido, a no ser que el contratista pidiese otro menor*”) y en los términos que previene el artículo 100 del RGLCAP debería haber solicitado formalmente

la prórroga, alegando las razones por las que estimaba que el retraso no le era imputable y ofreciendo cumplir sus compromisos, todo ello siempre dentro de la vigencia del plazo de ejecución de las obras.

Por otro lado aduce la empresa que la autorización definitiva conferida por Demarcación de Carreteras del Estado en Madrid obligaba a una modificación contractual que resultada vetada por los pliegos que rigen este contrato y que en consecuencia abocaban a una resolución contractual que no le es imputable. Sin embargo frente a esta alegación los informes del ingeniero municipal (así el de 11 de octubre de 2016) explican que las modificaciones que solicitó Demarcación de Carreteras no excederían en ningún caso del 10 % del presupuesto de las obras, ni tienen la entidad que podría justificar la redacción de un proyecto modificado, lo que encontraría amparo en el artículo 234.3 in fine del TRLCSP que permite la introducción de variaciones sin necesidad de previa aprobación con el límite del 10 % del precio primitivo del contrato al no considerar que con ello quede alterada una condición esencial y que no exige la tramitación de una modificación contractual por parte de la Administración contratante.

En definitiva, por todo lo expuesto, entendemos que procede la resolución contractual por incumplimiento de la empresa contratista de su obligación de ejecutar el contrato en plazo, al amparo de lo establecido en el artículo 223, d) del TRLCSP (“*la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista*”), incumplimiento que ha de calificarse como culpable, al apreciarse en el contratista una voluntad contraria al cumplimiento del contrato en los términos pactados.

Por último debemos hacer referencia a la alegación que hace la contratista referida a la existencia de un procedimiento judicial en relación con la solicitud de resolución contractual invocada por la empresa, que fue desestimada expresamente por el Ayuntamiento de Las Rozas y que está pendiente de recurso contencioso-administrativo.

Sobre esta cuestión ya hemos tenido ocasión de pronunciarnos en anteriores dictámenes de esta Comisión Jurídica Asesora (así los dictámenes 332/16, 290/17 y 297/17), en los que invocando la doctrina reiterada del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid (dictámenes 270/09, de 20 de mayo, 408/09, de 22 de julio y 289/11, de 1 de junio, entre otros) hemos expresado que en caso de concurrencia de varias causas de resolución de un contrato administrativo debe aplicarse de manera preferente la causa que se hubiera producido antes desde un punto de vista cronológico, de acuerdo con la doctrina seguida por el Consejo de Estado. Hemos dicho que esa doctrina es especialmente aplicable cuando concurren varias causas de resolución que tienen alcance diverso en cuanto a su funcionamiento y efectos, como sería el caso en que se pretende la resolución por incumplimiento del contratista cuando éste solicitó la resolución del contrato por incumplimiento de la Administración y ha interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la desestimación expresa de su solicitud.

En línea con la doctrina mantenida reiteramos ahora que el mismo Consejo de Estado en Dictamen de 27 de diciembre de 2007, ha declarado que no obsta a la conclusión y decisión final de un expediente de resolución contractual el hecho de que el concesionario mantenga un recurso contencioso-administrativo contra la denegación de su solicitud de resolución de contrato por causa imputable a la Administración formulada con anterioridad.

Como hemos dicho en otras ocasiones, resulta claro que una eventual sentencia favorable del citado recurso contencioso-administrativo surtiría efectos sobre el resultado final del procedimiento de resolución del contrato instado por la Administración, e incluso pudiera dar lugar a la revocación o revisión de la resolución que se adoptara, *“pues podría darse el caso de que una hipotética estimación de la demanda formulada en dicha causa llevara o cargara sobre la Administración una responsabilidad que fuera incompatible con la*

imputada responsabilidad del contratista que trata de servir de sustento a la resolución de este expediente” (Dictamen del Consejo de Estado de 27 de diciembre de 2007).

En consecuencia, si no consta durante la tramitación del procedimiento de resolución instado por la Administración que el recurso contencioso-administrativo haya sido fallado, ni se ha adoptado medida alguna en el mismo que impida acabar este expediente, es posible la tramitación de un procedimiento de resolución contractual por causa imputable a la empresa contratista y la decisión final que se adopte será recurrible con independencia del mencionado recurso contencioso; pero, como es obvio, esta resolución administrativa podrá ser sometida también a control jurisdiccional, de modo que si es impugnada en sede judicial, es entonces cuando podrá hacerse valer por el juzgado correspondiente la precedencia temporal de la causa resolutoria invocada por la empresa contratista.

Por ello cabe concluir que la decisión que adopte el Ayuntamiento en el expediente sometido preceptivamente a dictamen de la Comisión Jurídica Asesora, puede quedar condicionada al fallo de la sentencia definitiva y firme que se dicte sobre la pretensión de resolución pretendida por la contratista, pero no es óbice a la tramitación y resolución del actual procedimiento.

CUARTA.- Una vez apreciada la concurrencia de causa para la resolución del contrato, procede determinar los efectos de la misma.

A los efectos de la resolución el artículo 225.3 del TRLCSP, establece lo siguiente:

“Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, este 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”.

Era doctrina mayoritaria del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid asumida por esta Comisión Jurídica Asesora que 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. Con base en 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.

Ahora bien, no se debe olvidar que el artículo 215.4 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 la superación de esos plazos.

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 con audiencia de la empresa contratista y la avalista 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, tal y como propone la propuesta de resolución remitida.

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

CONCLUSIÓN

Procede la resolución del contrato de obras de *“Construcción de pasarela peatonal para la mejora de la permeabilidad transversal entre los márgenes de la A-6”* suscrito con la mercantil TABLETROS Y PUENTES S.A

por incumplimiento del contrato imputable a la empresa contratista, con los efectos previstos en el cuerpo de este dictamen.

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 27 de julio de 2017

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 310/17

Sr. Alcalde de Las Rozas de Madrid

Pza. Mayor, 1 – 28231 Las Rozas de Madrid