

Dictamen nº: **457/16**
Consulta: **Alcalde de Colmenar Viejo**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **13.10.16**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 13 de octubre de 2016, ante la consulta formulada al amparo del artículo 5.3.f)d. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, por el alcalde de Colmenar Viejo a través del consejero de Medio Ambiente, Administración Local y Ordenación del territorio en relación con el expediente sobre resolución del contrato administrativo de obras de pavimentación de la calle Huertas (tramo plaza del Pueblo-calle Santa Ana).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 20 de septiembre de 2016, tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen preceptivo procedente del Ayuntamiento de Colmenar Viejo.

A dicho expediente se le asignó el número 505/16, comenzando el día señalado el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 23.1 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero, del Consejo de Gobierno (en adelante, ROFCJA).

La ponencia ha correspondido, por reparto de asuntos, a la letrada vocal Dña. Rosario López Ródenas que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, la cual fue deliberada y aprobada por el Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, en su reunión del día 13 de octubre de 2016.

SEGUNDO.- De los antecedentes que obran en el expediente, son de interés para la emisión del dictamen los que a continuación se relacionan:

1.- La Junta de Gobierno Local en sesión celebrada el 10 de septiembre de 2015, aprobó el pliego de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas del contrato de obras de pavimentación de la calle Huertas (tramo Plaza del Pueblo- calle Santa Ana) (en adelante, el contrato), procediéndose a la publicación del anuncio del procedimiento de licitación, en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid de 21 de septiembre de 2015.

Según la cláusula 6 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares “*el plazo de ejecución del contrato será de seis semanas contadas desde el día siguiente al de la firma del Acta de Comprobación del Replanteo*” y sobre la comprobación del replanteo, la cláusula 23 prevé: “*En el plazo de quince días naturales como máximo, contados a partir de la fecha de formalización del contrato deberá realizarse el replanteo y extenderse el acta relativa al mismo*”.

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

“*El adjudicatario estará obligado al cumplimiento del plazo total fijado para la realización del contrato, así como de los plazos*

parciales que, en su caso se hubieran establecido, que comenzarán a contar para el adjudicatario a partir del día siguiente a la firma del acta de comprobación del replanteo”.

2.- Celebrada la licitación por procedimiento abierto y pluralidad de criterios (oferta económica y mejoras), la Junta de Gobierno Local, el 10 de diciembre de 2015 adjudicó el contrato a la entidad Solventia Ingeniería y Construcción S. L. La adjudicación se publicó en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid de 29 de febrero de 2016.

3.- El contrato administrativo de obras se formalizó el 23 de diciembre de 2015. El contratista se obliga a la realización de las obras de pavimentación de la Calle Huertas (tramo Plaza del Pueblo-Calle Santa Ana) por un precio de 134.092,66 €, con las mejoras ofertadas y por un plazo de ejecución de seis semanas, contadas desde el día siguiente al de la firma del Acta de Comprobación del Replanteo.

Las mejoras ofertadas, que forman parte del contrato, se recogen en el Anexo III del mismo:

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

- *Demolición de la base de hormigón existente.*
- *Excavación de la subbase granular existente en una profundidad de 15 cm.*

- *Extensión y compactación de una subbase de arena de miga de 15 cm de espesor.*
- *Ejecución de una base de hormigón, tipo HM-12,5, de 20 cm. De espesor.*
- *Reposición de hasta 16 bolardos igual que los de proyecto”.*

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

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

6.- El ingeniero municipal, director de la obra, convocó al contratista mediante correo electrónico el 26 de enero de 2016, para realizar la comprobación del replanteo de la obra que tendría lugar el 28 de enero de 2016, en la sede de la Delegación de Urbanismo de la localidad, no existiendo constancia documental de suscripción del acta de comprobación del replanteo.

7.- El 4 de febrero de 2016, el contratista presenta escrito en el Ayuntamiento de Colmenar Viejo poniendo de manifiesto, que “*una vez analizado en profundidad el proyecto redactado para la ejecución de las obras, se identifican incertidumbres que se dan traslado a la Dirección, en reunión mantenida el 18 de enero de 2016*”. También se relacionan errores que afectan al precio, omisiones del proyecto como la “*(...) falta el alzado de tapas. En el precio de solados de loseta y adoquín viene en descripción pero no en el descompuesto. Falta de retirada de bolardos existentes. Falta presupuesto seguridad y salud*”, y errores en la medición del hormigón de base, concluyendo que “*previos los trámites*

oportunos, reconozca el derecho de ambas partes a proceder a dicha resolución sin cargo alguno sobre la empresa contratista, haciendo entrega del aval de garantía definitiva en el acto de la firma de dicha resolución. O bien, se otorgue modificado económico por importe suficientemente justificado y explicado”.

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

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

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

11.- La Junta de Gobierno local, el 21 de abril de 2016, acuerda incoar expediente contradictorio para declarar, si procede, la resolución del contrato suscrito con la adjudicataria, por incumplimiento grave del contratista, conforme a lo dispuesto en el artículo 223.d) del TRLCSP, al considerar que el contratista ha incumplido los plazos de comprobación del replanteo y de inicio de las obras, debiendo indemnizar los daños y perjuicios causados, “*La indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, sin*

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

12.- Notificado al contratista, el 12 de mayo de 2016, presenta escrito de alegaciones.

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

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

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

13.- El 2 de junio de 2016, el ingeniero municipal emite informe reiterándose en el informe emitido con fecha 8 de febrero de 2016, concluyendo que la “*la ejecución de la obra es viable conforme al proyecto aprobado*”. También pone de manifiesto que el contratista

acudió a la convocatoria del día 28 de enero de 2014 para proceder a la firma del acta de comprobación del replanteo, sin que se llegase a firmar por el contratista, al manifestar su intención de presentar un escrito solicitando la resolución del contrato de mutuo acuerdo, por lo que considera que el adjudicatario “*(...) se niega a realizar la obra si no se lleva a cabo una modificación del proyecto que satisfaga el aumento del precio del contrato por él requerido*”.

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

15.- El concejal de Obras, Servicios Públicos, Contratación y Transparencia, el 28 de agosto de 2016, formula propuesta de resolución a la Junta de Gobierno Local. En ella se acuerda la resolución del contrato por incumplimiento grave del contratista conforme a lo dispuesto en el artículo 223.d) del TRLCSP, al haber incumplido tanto el plazo de comprobación del replanteo como el de inicio de las obras. Tratándose de un incumplimiento culpable del contratista, considera que 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.

16.- El 31 de agosto de 2016, el alcalde presidente solicita por escrito, dictamen de la Comisión Jurídica Asesora, recibido en este órgano consultivo el 20 de septiembre de 2016.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES DE DERECHO

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

La solicitud de dictamen del alcalde de Colmenar Viejo se ha hecho llegar a la Comisión Jurídica Asesora a través del consejero de Medio Ambiente, Administración Local y Ordenación del Territorio en aplicación de lo dispuesto en el artículo 18.3.c) del ROFCJA (“Las solicitudes de dictamen de las Entidades Locales se efectuarán por los Alcaldes-Presidentes de las mismas, y se cursarán a través del Consejero competente en relaciones con la Administración Local”).

SEGUNDA.- En cuanto al procedimiento a seguir, la normativa que ha de regir el procedimiento de resolución contractual es la vigente en el momento de su iniciación, lo que supone la aplicación 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 (en adelante, TRLCSP) y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante, RGLCAP).

Al formularse oposición a la resolución del contrato por parte del contratista, resulta preceptivo el dictamen de la Comisión Jurídica Asesora, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 211.3 del TRLCSP.

TERCERA.- 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, el artículo 224 del TRLCSP atribuye la competencia para la resolución del contrato al órgano de contratación, estando al respecto, a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares. En el presente caso, el inicio del procedimiento de resolución se ha dispuesto por la Junta de Gobierno Local en Acuerdo de 21 de abril de 2016, según certificado del secretario municipal que obra en el expediente.

El artículo 211.1 del TRLCSP exige que en el correspondiente expediente se de audiencia al contratista. Además debe tenerse en cuenta el artículo 109 del RGLCAP, que exige la audiencia al avalista o asegurador “*si se propone la incautación de la garantía*”. Además, el apartado tercero de dicho artículo dispone que “*será preceptivo el*

informe del Consejo de Estado y órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de interpretación, nulidad y resolución, cuando se formule oposición por parte del contratista”.

De acuerdo con la normativa expuesta, en el caso que nos ocupa, se ha dado audiencia al contratista el cual, mediante escritos de 4 de febrero de 2016 y 12 de mayo de 2016 ha manifestado su oposición a la resolución contractual proyectada, lo que hace preceptivo el dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora.

Del expediente examinado resulta, que se propone la indemnización de daños y perjuicios, haciéndose efectiva, en primer lugar, con la garantía constituida, sin que en el expediente examinado se haya cumplimentado la preceptiva audiencia del avalista.

Por otro lado, no consta en el expediente tramitado ni el informe de la Asesoría Jurídica, ni el informe de la Intervención municipal tal como exige el artículo 114.3 del texto refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril (en adelante, TRRL). La falta en el expediente administrativo de resolución del contrato del informe del Servicio Jurídico, secretario de la Corporación Municipal o, en su caso, titular de la Asesoría Jurídica y de la Intervención Municipal constituyen vicios de anulabilidad y, por tanto, susceptibles de subsanación. Dicha irregularidad en el procedimiento, aun no invalidante del mismo, deberá ser subsanada con carácter previo a la resolución del contrato ya que, en definitiva, los trámites administrativos se establecen como garantía de la adecuación de las Administraciones Públicas.

A la vista de lo actuado, resulta obligado recordar que el trámite de audiencia ha de ser el último a efectuar, una vez instruido el procedimiento e inmediatamente antes de redactar la propuesta de

resolución [cfr. Artículo 84 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC)].

Por lo que se refiere al plazo para resolver el expediente de resolución del contrato, ni el TRLCSP ni el RGLCAP establecen nada al respecto, por lo que resulta de aplicación la LRJPAC, pues a tenor de la disposición final tercera, apartado 1, del TRLCSP, a los procedimientos regulados en esa ley se aplica con carácter subsidiario los preceptos de la Ley 30/1992, que establece un plazo de caducidad de 3 meses para los procedimientos iniciados de oficio.

En estos términos se ha pronunciado la Comisión Jurídica Asesora en sus Dictámenes 44/16 de 28 de abril y 132/16, de 26 de mayo, 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 y determinantes del contenido de la resolución, tal y como establece el artículo 42.5.c) de la LRJPAC, que exige, la comunicación a los interesados en el procedimiento, tanto de la suspensión para recabar los informes *“preceptivos y determinantes del contenido de la resolución”*, como lo es el dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora, como de la recepción de los mismos.

En este caso, el inicio del expediente de resolución contractual tuvo lugar el 21 de abril de 2016 mediante Acuerdo de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Colmenar Viejo, y ha sido remitido a esta Comisión Jurídica Asesora, el 20 de septiembre de 2016, transcurrido por tanto el plazo de tres meses que establece la LRJPAC.

No consta que se haya hecho uso de la facultad de suspensión del procedimiento en los términos anteriormente expresados, por lo que el expediente habría caducado con antelación a la fecha de entrada en este órgano consultivo.

La caducidad de este procedimiento no impide que el órgano de contratación, si lo estima oportuno, pueda proceder a la incoación de un nuevo expediente de resolución contractual.

La aplicación del artículo 44 de la LRJPAC a los procedimientos de resolución contractual ha sido recogida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y dictámenes de esta Comisión Jurídica Asesora. Así, en la medida que el procedimiento de resolución se inició de oficio por la Administración y es susceptible de producir efectos desfavorables en el contratista, se ha producido la caducidad, que debe ser declarada por el Ayuntamiento de Colmenar Viejo mediante la correspondiente resolución que ordenará el archivo de las actuaciones y se notificará a la mercantil interesada.

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

CONCLUSIÓN

El procedimiento de resolución contractual del contrato de obras de pavimentación de la calle Huertas (tramo Plaza del Pueblo-calle Santa Ana) está caducado. La caducidad de este procedimiento no impide que el órgano de contratación, si lo estima oportuno, pueda

proceder a la incoación de un nuevo expediente de resolución contractual.

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 13 de octubre de 2016

La Vicepresidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 457/16

Sr. Alcalde de Colmenar Viejo

Pza. del Pueblo, 1 – 28770 Colmenar Viejo