

Dictamen nº: **46/19**  
Consulta: **Alcalde de Boadilla del Monte**  
Asunto: **Contratación Administrativa**  
Aprobación: **07.02.19**

**DICTAMEN** del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión del día 7 de febrero de 2019, emitido ante la consulta formulada por el alcalde de Boadilla del Monte, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, a través del vicepresidente, consejero de Presidencia y portavoz del Gobierno, sobre resolución del contrato de servicios de “*Redacción de Proyectos e Instrumentos de Planeamiento, Direcciones de Obras, Coordinación de Seguridad y Salud y Plan de Gestión y Viabilidad del complejo deportivo, situado en la parcela DE-3 del Polígono UR-5, Sector B, en Boadilla del Monte*” (EC 36/13) adjudicado a TOTAL QUALITY & CONTROL, S.L. (en adelante, TQC o la contratista).

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El 10 de enero de 2019 tuvo entrada en este órgano consultivo una solicitud de dictamen formulada por el alcalde de Boadilla del Monte a través del vicepresidente, consejero de Presidencia y portavoz del Gobierno, relativa al expediente de resolución del contrato citado en el encabezamiento de este dictamen.

Ha correspondido la solicitud de consulta del presente expediente, registrada en la Comisión Jurídica Asesora con el nº 2/19, a la letrado

vocal Dña. M<sup>a</sup> del Pilar Rubio Pérez de Acevedo que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada por unanimidad por el Pleno de esta Comisión en su sesión de 7 de febrero de 2019.

El escrito de solicitud de dictamen fue acompañado de documentación que se consideró suficiente.

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

1. Por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Boadilla del Monte de 15 de noviembre de 2013 se aprobó el expediente de contratación, el pliego de cláusulas económico-administrativas particulares (PCEAP, en adelante) y el de condiciones técnicas (PCT) que habían de regir la adjudicación del contrato de servicios cuya resolución es objeto de examen, con un presupuesto de 198.000 euros (IVA excluido), se aprobó el gasto preciso y se acordó la publicación del anuncio de licitación en el perfil del contratante y en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid.

El objeto del contrato consiste, según la cláusula 1 del PCEAP:

*“1.- Redacción de Proyectos e Instrumentos de Planeamiento.*

*1.1- Redacción del Proyecto Básico y de Ejecución, Estudio de Seguridad y Salud de la Zona de Raquetas y Zona de Pabellones, en Parcela del Plan Especial Actual.*

*1.2- Redacción del Proyecto Básico de la Zona de Campos de Fútbol y de la Totalidad de la Parcela del Complejo, (...).*

*1.3- Redacción del Proyecto de Ejecución, Estudio de Seguridad y Salud de la Zona de Campos de Fútbol y de la Totalidad de la Parcela del Complejo, (...).*

*1.4.- Redacción de Instrumentos de Desarrollo Urbanístico. 1.4.1.- Plan Especial. 1.4.2.- Proyecto de Obras de Urbanización. 1.4.3.- Proyecto de Parcelación.*

*2.- Direcciones de Obras y Coordinaciones de Seguridad y Salud:  
2.1.- Dirección de las Obras y Dirección de Ejecución de las Obras.  
2.2.- Informe de Aprobación de los Planes de Seguridad y Salud y Coordinaciones de los Planes de Seguridad y Salud.*

*3.- Plan de Gestión y Viabilidad: 3.1- Plan de Gestión, Servicios y Viabilidad Económica de la Zona de Raquetas y Zona de Campos de Fútbol.*

*Todo ello, de acuerdo con lo establecido en los pliegos de prescripciones técnicas particulares, así como los pliegos de cláusulas económico-administrativas particulares”.*

La cláusula 19<sup>a</sup> dispone que el contrato se ejecutará con sujeción a lo establecido en su clausulado y en los pliegos y de acuerdo con las instrucciones que para su interpretación diere al contratista el órgano de contratación. El contratista será responsable de la calidad técnica de los trabajos que desarrolle y de las prestaciones y servicios realizados, así como de las consecuencias que se deduzcan para la Administración o para terceros de las omisiones, errores, métodos inadecuados o conclusiones incorrectas en la ejecución del contrato. Además de las obligaciones generales del régimen jurídico del contrato, son obligaciones específicas, entre otras, la de dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios personales o materiales suficientes para ello (artículo 64.2 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). La Administración tiene la facultad de inspeccionar y de ser informada sobre el objeto del contrato,

establecer sistemas de control de calidad y dictar cuantas disposiciones estime oportunas para el estricto cumplimiento de lo convenido.

La cláusula 22<sup>a</sup> establece, por una parte, la ejecución del contrato con sujeción a los pliegos y a las instrucciones que para su interpretación se den por el órgano de contratación y, por otra, la responsabilidad del contratista por los daños y perjuicios que se causen a terceros de conformidad con los artículos 214 y 305 del TRLCSP.

Según la cláusula 24<sup>a</sup>, cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiere incurrido en demora respecto al cumplimiento del plazo parcial y del plazo total o hubiere incumplido la ejecución parcial de las prestaciones definidas en el contrato, la Administración podrá optar indistintamente por la resolución del contrato o por la imposición de penalizaciones. Cuando haya incumplido la adscripción a la ejecución del contrato de medios personales suficientes para ello, se impondrán penalizaciones.

La resolución del contrato se regula en la cláusula 25<sup>a</sup> por remisión a los supuestos establecidos en ese pliego y a los artículos 223 y 308 del TRLCSP y “cuando el contrato se resuelva por culpa del contratista, se incautará la garantía definitiva, sin perjuicio de la indemnización por los daños y perjuicios originados a la Administración, en lo que excedan del importe de la garantía”.

La cláusula 27<sup>a</sup> regula el régimen laboral y establece que corresponde exclusivamente a la contratista la selección del personal que, reuniendo los requisitos de titulación y experiencia exigidos en los pliegos, formará parte del equipo de trabajo adscrito a la ejecución del contrato, sin perjuicio de la verificación por parte de la contratante del cumplimiento de los requisitos. La contratista procurará que exista estabilidad en el equipo de trabajo y que las variaciones en su composición sean puntuales y obedezcan a razones justificadas, en

orden a no alterar el buen funcionamiento del servicio, informando en todo momento a la contratante.

Por último, hemos de destacar la cláusula 28<sup>a</sup> determina que la dirección e inspección de los trabajos contratados, así como el control del cumplimiento de los mismos, corresponde al responsable del contrato y a la concejalía competente, quién podrá dirigir instrucciones al adjudicatario, siempre que no supongan modificaciones del objeto del contrato ni se opongan a las disposiciones en vigor o a las derivadas del pliego y demás documentos contractuales.

El plazo de ejecución del contrato viene fijado por remisión a plazos parciales en la cláusula 6 del PCT en la que se dice expresamente que el plazo de la dirección de las obras, coincidirá con la duración de las obras.

2. En el contrato figura que, por Resolución de 11 de agosto de 2014 del segundo teniente de alcalde, delegado del Área de Urbanismo, Infraestructuras y Asuntos Jurídicos, se adjudicó el contrato a TQC por 137.610 €.

3. El 12 de agosto de 2014 se formalizó el contrato. La garantía definitiva, por importe de 6.880,50 euros, se constituyó mediante contrato de seguro de caución el mismo día.

4. El 25 de mayo de 2018, la Administración municipal autorizó al contratista los medios personales (director de obra y director de ejecución de obra y coordinador de seguridad y salud) que había propuesto.

5. El 29 de mayo de 2018 se firmó acta de comprobación del replanteo del contrato de obras de “Terminación de edificio “Ciudad del Deporte y la Salud”. Fase 2. Zona de Campos de Fútbol”, con la

consideración de viable, en la que figura la dirección facultativa propuesta por TQC.

6. El 27 de julio de 2018 la dirección facultativa solicitó autorización para la redacción del proyecto modificado de las obras de “Terminación del edificio “Ciudad del Deporte y la Salud”. Fase 2<sup>a</sup>. Zona de Campos de Fútbol” (EC/48/17). El arquitecto que la formula es el director de obra designado por TQC.

Por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 31 de julio de 2018 se autorizó la modificación del proyecto y se acordó la suspensión temporal parcial de los trabajos, pudiéndose continuar provisionalmente los trabajos de movimiento de tierras, cimentaciones, contenciones, demoliciones y saneamiento, ya que el importe previsto no superaba el 10% del precio primitivo del contrato.

7. El 24 de agosto la Administración remitió a TQC la certificación nº 3 para su cumplimentación. Por escrito de 29 de agosto, la dirección facultativa comunicó que no procedía la firma de la factura correspondiente a la certificación nº 3 de las obras de terminación por no estar conformes. Ese mismo día, la constructora remitió documentación relativa a una de las objeciones. El 30 de agosto el Ayuntamiento notificó a TQC que no habían remitido la certificación y le advirtió de que suponía un incumplimiento. El 12 de septiembre, Dragados registró un escrito en el que contestó las alegaciones efectuadas por la dirección facultativa y presentó las certificaciones nº 3 y 4 rectificadas de acuerdo con lo solicitado por TQC.

8. El 7 de septiembre, notificado el día 10, la Administración municipal reiteró a TQC el requerimiento de remisión de la certificación nº 3 debidamente cumplimentada y recordó la necesidad de presentar las certificaciones en el plazo legalmente establecido.

9. El 11 de septiembre de 2018 en el Ayuntamiento se recibió escrito del director de obra en el que notificaba su renuncia e informaba de que se lo había comunicado a TQC el día ocho.

10. Vista la renuncia, ese mismo día, 11 de septiembre de 2018, el tercer teniente de Alcalde resolvió requerir a Dragados, adjudicatario de las obras de “*Terminación de edificio "Ciudad del Deporte y la Salud". Fase 2. Zona de Campos de Fútbol*” (EC/48/17), para que de forma inmediata paralizase las citadas obras hasta que se comunicara la designación de un nuevo director facultativo.

El día 13 de septiembre de 2018, se emitieron informes técnico y jurídico sobre la renuncia del director de obra. El informe jurídico considera que al suponer la paralización de las obras implica un incumplimiento o demora del plazo parcial y consiguiente incumplimiento de la cláusula 22<sup>a</sup> y que al no haber director de obra, se incumple la cláusula 24<sup>a</sup> del PCEAP. Ese mismo día, el Ayuntamiento requirió a TQC para que en el plazo máximo de tres días propusiera un nuevo director de obra que cumpliera los requisitos establecidos en los pliegos y para que adoptara las medidas de seguridad y salud correspondientes. Recibió la notificación el día 17.

El día 20 de septiembre, TQC manifestó, en síntesis, que se adoptarían las medidas de seguridad y salud; que la renuncia del director de obra no se podía prever ni evitar y que pondrían los medios a su alcance para recabar la colaboración de un arquitecto que reuniera las condiciones exigidas en el pliego lo antes posible.

11. El 20 de septiembre, notificado el mismo día, el Ayuntamiento dio trasladó a TQC de los escritos presentados por Dragados relativos a las certificaciones nº 3 y nº 4 y se les recordó que todavía no se había recibido la certificación nº 3 de las obras ejecutadas en el mes de julio, debidamente cumplimentada y suscrita por el director de obra y el de

ejecución de obra o su modificación. Tampoco se había recibido la certificación nº 4 de agosto y había transcurrido el plazo para su expedición. Se insistió en que la no presentación de las certificaciones de obra en los plazos previstos legalmente suponía un incumplimiento de las obligaciones de la dirección facultativa y que los perjuicios económicos les serían repercutidos.

12. El 4 de octubre de 2018 se emitió informe por los Servicios Técnicos del Ayuntamiento sobre las incidencias en la ejecución del contrato. Realizaron, en esencia, las siguientes consideraciones:

-Libro de incidencias y paralización de la obra realizada por el coordinador de seguridad y salud. Las obras fueron paralizadas en su totalidad por el coordinador de seguridad y salud el 11 de julio de 2018 por “*reiteración de incumplimientos de la normativa de Seguridad y Salud y del Plan de Seguridad y Salud aprobado*” (Acta de 11 de julio de 2018 remitida por Dragados), paralización que fue levantada por dicho coordinador el 17 de julio (acta manuscrita remitida por TQC). No consta que dicho coordinador haya advertido o notificado en tiempo y forma a Dragados de alguna incidencia en cuanto a seguridad y salud, de conformidad con el artículo 13 del Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción, pues la notificación de las incidencias se produjo después de la paralización total de las obras, no cumpliendo con lo regulado por la normativa de aplicación. Tampoco consta que el coordinador haya dado traslado de la paralización total de las obras a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, de conformidad con el artículo 14 del RD 1627/1997, de 24 de octubre.

-Anotaciones en el libro de órdenes/actas. Tras los requerimientos municipales efectuados, no consta en el expediente que, tal y como establece la normativa, se hayan consignado por escrito las órdenes, instrucciones y comunicaciones precisas, de una forma regular, para el

correcto desarrollo de las obras de acuerdo a la buena práctica constructiva. Tampoco queda acreditada la asistencia de la dirección facultativa a la obra, a pesar de su continuación, hasta la paralización total el 11 de septiembre. Todo lo anterior puede considerarse como un incumplimiento en cuanto a las funciones de la dirección facultativa contratadas a TQC.

-Certificaciones de obra. El artículo 150 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Publicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), a los efectos del artículo 216 del TRLCSP establece que “*el Director, sobre la base de la relación valorada, expedirá la correspondiente certificación de obra en el plazo máximo de diez días hábiles siguientes al periodo a que corresponda*”. El artículo 13.2.e) de Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (en adelante, LOE) como obligaciones del director de ejecución de obra cita la de “*elaborar y suscribir las certificaciones parciales y la liquidación final de las unidades de obra ejecutadas*” y el artículo 12.3 e) de la LOE, como obligaciones del director de obra, la de “*conformar las certificaciones parciales y la liquidación final de las unidades de obra ejecutadas*”. Tras varios requerimientos municipales efectuados a TQC para expedir las certificaciones por la dirección facultativa dentro de los plazos legalmente establecidos, el Ayuntamiento no ha recibido las certificaciones nº 3 y nº 4 habiéndose superado el plazo legalmente establecido para su expedición, lo que imposibilita la tramitación de la factura presentada por Dragados.

-Renuncia y sustitución del director de obra. TQC no comunicó diligentemente la renuncia del director de obra. En la fecha en que se emite el informe no consta una propuesta de un nuevo director de obra por lo que las obras siguen paralizadas por un incumplimiento culpable

de TQC, al no disponer de los medios requeridos en su contrato y legalmente establecidos para la ejecución de las obras.

-TQC facilitó, a requerimiento municipal, la “*instrucción para establecer los protocolos de comunicación, coordinación y visitas entre la Dirección de Obra/Dirección de Ejecución, y el contratista de las obras*” “(Instrucción INS.OC.08.2)” que había entregado a Dragados el 11 de mayo de 2018. Los servicios técnicos municipales consideran que TQC impone a Dragados unas normas de funcionamiento de las obras que contradicen lo regulado en la normativa. Indican que no resulta conforme al artículo 13.2 e) de la LOE que fija como obligaciones del director de ejecución de obra y no de la contrata de la obra “*elaborar y suscribir las certificaciones parciales y la liquidación final de las unidades de obra ejecutadas*”.

-Modificación del contrato: consideran que los motivos que obligan a la redacción de un proyecto modificado para poder ejecutar las obras contratadas con Dragados son, prácticamente en su totalidad, consecuencia de errores u omisiones del proyecto. Manifiestan que ha de aplicarse los artículos 123.4 y 310 del TRLCSP para exigir responsabilidad a TQC que, además, no ha presentado el modificado pese a haber sido autorizado por la Junta de Gobierno Local. TQC señala que no se les ha encargado pero los servicios técnicos afirman que han de redactar el proyecto modificado por las razones expuestas.

13. Solicitado informe sobre la incoación del expediente de resolución contractual a la Intervención General, el 10 de octubre de 2018 la interventora municipal advirtió que “*no corresponde emitir informe*”.

14. El 11 de octubre de 2018 informaron la jefa de Área de Contratación y la vicesecretaria general y propusieron al tercer teniente de alcalde, para su sometimiento a la Junta de Gobierno Local, la

adopción del acuerdo de incoación del expediente de resolución del contrato.

Se indica que del contrato se encuentra en ejecución la dirección de obra y coordinación de seguridad y salud de la obra de “*Terminación del Edificio de la Ciudad del Deporte y la Salud Fase 2, Zona Campos de Futbol*” y queda pendiente, al no haberse licitado las obras, la parte de dirección de obra y coordinación de seguridad y salud de la obra de la zona de Raquetas. Por tanto, el precio del contrato que resta por abonar al adjudicatario a 11 de octubre de 2018, de acuerdo con el informe técnico de 4 de octubre, es de 31.964,71 € más IVA.

15. El 16 de octubre de 2018, el tercer teniente de alcalde elevó propuesta a la Junta de Gobierno Local que acordó:

*“PRIMERO: Incoar expediente de resolución del contrato del Servicio de “...”, formalizado con la mercantil (contratista) en fecha 12 de agosto de 2.014, contrato que al día de la fecha se encuentra en la fase de ejecución de la Dirección de Obra y Coordinación de Seguridad y Salud de la obra de Terminación de edificio “Ciudad del Deporte y la Salud”. Fase 2, Zona de Campos de Futbol” (EC/48/17), motivado en el incumplimiento de las obligaciones contractuales reflejadas en los artículos 64.2 y 223 f) y h) del TRLCSP así como lo dispuesto en las cláusulas 19, 22, 24, 25, 27 y 28 de los pliegos de condiciones económico administrativas, y cláusula 6 de los pliegos de prescripciones técnicas que rigieron en la adjudicación, al no contar con los medios personales necesarios para la ejecución del contrato, en concreto por la ausencia de la figura del Director de Obra, así como la necesidad de subsanar y corregir las deficiencias del Proyecto elaborado por (la contratista), relativo a la ejecución de las obras de Terminación de edificio “Ciudad del Deporte y la Salud”. Fase 2, Zona de Campos de Futbol”, habiéndose incumplido las prestaciones definidas en el*

*contrato, lo que motiva que no se alcance el fin perseguido con el mismo”».*

Asimismo, se acordó la incautación de la garantía definitiva por incumplimiento culpable del contratista, sin perjuicio de la indemnización en lo que excediera de su importe, a determinar en pieza separada con audiencia del contratista; conceder un plazo de audiencia al contratista y al avalista para que formularan alegaciones y la incoación del expediente de liquidación del contrato.

Este acuerdo fue notificado al contratista el 18 de octubre.

Consta justificante de rechazo de notificación electrónica por comparecencia en la sede electrónica de Boadilla del Monte realizada a la compañía de seguros que firmó con TQC el contrato de seguro de caución constitutivo de la garantía definitiva y las indagaciones que se realizaron para localizar a su filial en España que, finalmente, fue notificada el 23 de octubre de 2018.

16. El 30 de octubre de 2018 el contratista presentó escrito de alegaciones en las que, en síntesis, manifestó:

-En la propuesta se dice que TQM no comunicó de inmediato la renuncia del director de obra ni adoptó las oportunas medidas de seguridad y salud lo que provocó que el Ayuntamiento paralizara totalmente las obras el 11 de septiembre. Argumenta frente a esto que la renuncia fue comunicada a TQC mediante burofax recibido el 12 de septiembre, circunstancia que se puso en conocimiento del Ayuntamiento al día siguiente mediante escrito presentado en sede electrónica, lo que demuestra que no hubo demora y que se comunicó en menos de 24 horas.

TQC recibió el 17 de septiembre la comunicación del Ayuntamiento del día 13, relativa a la paralización de las obras producida el día 11 y el

requerimiento para adoptar medidas, por lo que el día 11 TQC desconocía la paralización y no pudo adoptar medida alguna. El día 20 contestaron al Ayuntamiento y para cumplir el requerimiento, el director de ejecución y coordinador de seguridad y salud, se personó en la obra y recogió en el libro de incidencias las órdenes que consideró pertinentes. El Ayuntamiento convocó una reunión en la obra el día 27 para la *«formalización del Acta del estado actual de las obras con objeto de constancia de la obra ejecutada,..., medidas a adoptar en cuanto a Seguridad y Salud...»*. Ante la falta de acuerdo sobre el contenido del acta, el coordinador de seguridad y salud, recogió en el libro de incidencias nuevas órdenes. El 1 de octubre, el Ayuntamiento solicitó a TQC aclaración sobre el último inciso anotado en el libro de incidencias, respecto a obras de seguridad y salud. En consecuencia, dicen, es inconsistente la afirmación de la propuesta de resolución sobre una pretendida falta de toma de medidas de seguridad y salud por parte de TQC, cuando el propio Ayuntamiento era conocedor y partípice de las medidas adoptadas por el coordinador hasta el punto de requerir formalmente aclaración de las efectivamente tomadas.

-Sobre la falta de propuesta de un nuevo director de obra afirma que durante los más de cuatro años transcurridos desde la firma del contrato, TQC ha designado hasta tres diferentes direcciones de obra. Asevera que *“la interpretación subjetiva, inflexible y estricta de los requisitos establecidos en el pliego de prescripciones técnicas de la licitación por parte del Ayuntamiento, en lo relativo a la experiencia que debe poseer el Director de Obra, hace prácticamente imposible proponer un nuevo Director de Obra idóneo sin recurrir a profesionales cuyas pretensiones económicas resulten desorbitadas en comparación a los honorarios establecidos en el contrato, máxime cuando éstos están desfasados al haberse establecido hace más de cinco años”* por lo que es *“este desmedido rigor interpretativo del Ayuntamiento (que no encuentra cobertura en el Pliego de Prescripciones Técnicas) el que dificulta*

*sobremanera la designación de un Director de Obra que reúna las exigencias impuestas”.*

La ausencia de director de obra no ha llevado la paralización de las obras pues ya estaban paralizadas por el propio Ayuntamiento desde el 31 de julio de 2018 “*con motivo de la aprobación de la redacción de una Modificación del Proyecto de Ejecución de las mismas, excepto en lo relativo a los trabajos de movimiento de tierras, cimentaciones, contenciones, demoliciones y saneamiento, que podían continuarse provisionalmente, trabajos que suponen una exigua proporción del volumen total de las obras”.*

En cualquier caso, afirma TQC, la pequeña parte de la obra que se estaba ejecutando debe ser dirigida por el director de ejecución y por tanto, la ausencia del director de obra no constituye un motivo para la paralización de la parte de obra que resta por ejecutar hasta que se redacte y apruebe el proyecto modificado.

-Sobre la pretendida desatención de instrucciones dadas por el Ayuntamiento en la ejecución del contrato que son determinantes para que no se alcance el fin perseguido por el mismo, asevera que es una afirmación indeterminada, genérica e imprecisa que les provoca indefensión al desconocer las instrucciones concretas que se dicen incumplidas. Afirman que, muy al contrario, TQC ha dado cumplida respuesta a todos y cada uno de los requerimientos y escritos remitidos por el Ayuntamiento y la dirección de la obra se ejecuta de conformidad al Proyecto aprobado, el Código Técnico de la Edificación, la normativa técnica y general de aplicación y conforme al criterio de los técnicos asignados al contrato sin que TQC tenga que someterse a criterios o instrucciones técnicas impartidas en la dirección de la obra.

17. El 12 de noviembre de 2018 se emitió informe técnico sobre las alegaciones y se ratificaron en el informe de 4 de octubre, complementado por el de 10 de octubre (que corrigeía un error relativo a

la identificación de un acta en el apartado segundo del informe de 4 de octubre). Argumentan lo siguiente:

-Sobre la renuncia del director de obra y la falta de medidas de seguridad y salud. Con cita de los artículos 8, 12 y 13 de la LOE consideran esencial para la continuación de las obras, la designación de un director de obra. Su renuncia debiera haber determinado la paralización inmediata de las obras y la adopción de las medidas de seguridad por TQC pero no es hasta el día 20 de septiembre de 2018, ocho días después de la fecha que TQC alega conocer la renuncia del director de obra, cuando el coordinador se persona en la obra y comunica las instrucciones relativas a la seguridad y salud, como consecuencia del requerido municipal, no por iniciativa propia en cumplimiento de sus obligaciones. Esta incidencia, no ha sido comunicada por TQC en su escrito a pesar de que se le ordenó notificar de inmediato cualquier anotación realizada en el libro de incidencias. Hubo varias convocatorias para levantar acta pero el coordinador solo se presentó el 27 de septiembre. Ante la falta de concreción de alguna de las órdenes, el Ayuntamiento solicitó aclaración, que no se ha producido. En la tercera convocatoria del 5 de octubre de 2018, sin la presencia de TQC ni del director de ejecución y coordinador de seguridad y salud, se levantó el acta de estado de las obras que no podía demorarse más en cumplimiento de los plazos legalmente establecidos.

-Sobre la falta de propuesta de un nuevo director de obra, rebate las alegaciones relativas a las dos direcciones facultativas previas y señala que la no aceptación del Ayuntamiento de los medios propuestos por TQC no es consecuencia de un desmedido rigor interpretativo del Ayuntamiento sino de criterios objetivos acreditados. A fecha del informe no consta una propuesta por parte de TQC de un nuevo

director de obra, por lo que las obras siguen paralizadas por un incumplimiento culpable.

-Sobre los pretendidos incumplimientos de las obligaciones contractuales de TQC, se remiten a su informe de 4 de octubre.

-En cuanto a la desatención de instrucciones refieren que, en general, no ha habido por parte de TQC una relación con respuestas inmediatas y fluidas a las incidencias y requerimientos que han surgido en la ejecución de las obras, perjudicando al normal desarrollo de las mismas, conllevo la paralización y retraso de algunos trabajos y provocando la imposibilidad de que el Ayuntamiento pudiera llevar a cabo su labor de control y supervisión del contrato.

18. El 12 de noviembre de 2018 se emitió informe por la jefa de Área de Contratación y la vicesecretaria general en el que se considera que las alegaciones planteadas no desvirtúan las causas invocadas por el Ayuntamiento para motivar el acuerdo de incoación de expediente de resolución de contrato adoptado por la Junta de Gobierno Local de 16 de octubre de 2018. Analiza todas las alegaciones y considera que difícilmente el responsable del contrato y la concejalía pueden dirigir e inspeccionar los trabajos contratados y controlar su cumplimiento (cláusula 28<sup>a</sup> del PCEAP), si la contratista no comunica las actuaciones trascendentales como la paralización de la obra o no se atiende a los requerimientos en cuanto a la cumplimentación del libro de incidencias y expedición de certificaciones de obra.

19. El 16 de noviembre de 2018 la interventora general fiscalizó de conformidad y concluyó que procedía la tramitación del expediente.

20. El 19 de noviembre de 2018 el tercer teniente de alcalde elaboró una propuesta de resolución en los términos indicados por el informe jurídico.

Se concedió un nuevo trámite de audiencia al contratista que mediante escrito presentado el 4 de diciembre de 2018 reiteró sus alegaciones de 30 de octubre de 2018 y su más absoluto rechazo a las conclusiones alcanzadas en los informes emitidos en el procedimiento.

Se intentó notificar este nuevo trámite de audiencia a la compañía aseguradora a través de su representante en España, notificación telemática y personal que resultaron infructuosas. Se notificó a otra compañía que contestó que no era representante de esa mercantil para estos asuntos. Finalmente, el 23 de noviembre de 2018 se logró notificar a través de correo electrónico a la mercantil BALCIA, que no formuló alegaciones.

21. Los servicios técnicos del Ayuntamiento, Área de Obras, Rehabilitación, Mantenimiento y Patrimonio, se remitieron a sus informes de 4 y 10 de octubre y de 12 de noviembre de 2018.

22. La jefa de Área de Contratación y la vicesecretaría general mediante informe de fecha 11 de diciembre de 2018, ratificaron los de 11 de octubre y 16 de noviembre y elevaron una propuesta al tercer teniente de alcalde.

23. El 12 de diciembre de 2018 la Interventora General se remitió a su informe anterior de fecha 16 de noviembre.

24. El 12 de diciembre de 2018 el tercer teniente de alcalde hizo suya la propuesta de resolución de la Vicesecretaría General en virtud de la cual se propone desestimar las alegaciones presentadas por la mercantil contra el acuerdo de incoación de resolución de contrato, al no quedar desvirtuadas con las mismas las causas invocadas por el Ayuntamiento, con base en la motivación contenida en los informes emitidos tras el trámite de audiencia otorgado, por los Técnicos Municipales, y por los Servicios de Contratación y Secretaría y que han

sido ratificados, entendiendo acreditados lo incumplimientos de las obligaciones contractuales reflejadas en los artículos 64.2 y 223 f) y h) del TRLCSP, así como lo dispuesto en las cláusulas 19, 22, 24, 25, 27 y 28 de los pliegos de condiciones económico administrativas, y cláusula 6 de los pliegos de prescripciones técnicas que rigieron en la adjudicación, al no contar con los medios personales necesarios para la ejecución del contrato, en concreto por la ausencia de la figura del Director de Obra, así como la necesidad de subsanar y corregir los errores u omisiones del Proyecto elaborado por TQC relativo a la ejecución de las obras de “*Terminación de Edificio “Ciudad del Deporte y la Salud”. Fase 2. Zona de Campos de Futbol*”, habiéndose incumplido las prestaciones definidas en el contrato, lo que motiva que no se alcance el fin perseguido con el mismo, y en su consecuencia se acuerda resolver por incumplimiento culpable del contratista el presente contrato.

Asimismo, propone la incautación de la garantía definitiva por estar la resolución motivada en un incumplimiento culpable del contratista, sin perjuicio de la indemnización por los daños y perjuicios; trasladar el acuerdo al Servicio de Tesorería a los efectos oportunos, en relación a lo acordado sobre la garantía; incoar expediente contradictorio para la determinación de los daños y perjuicios causados al Ayuntamiento y, por último, la liquidación del contrato.

25. El 12 de diciembre de 2018 el tercer teniente de alcalde acordó la suspensión del plazo máximo legal para resolver y notificar el procedimiento de resolución, al amparo de lo establecido en el artículo 22.1 d) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC) por el tiempo que medie entre la petición del informe al órgano consultivo de la Comunidad de Madrid, y la recepción del mismo, todo ello con notificación a los interesados. Notificación que consta aceptada por el contratista. En el correo electrónico mediante el que se efectuó la

notificación al asegurador, figura el siguiente contenido: “*Se completó la entrega a estos destinatarios o grupos, pero el servidor de destino no envió información de notificación de entrega*”.

La propuesta de resolución acompañada de la totalidad del expediente ha sido remitida a la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid para la emisión del preceptivo dictamen.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

## **CONSIDERACIONES DE DERECHO**

**PRIMERA.-** La petición de dictamen se realiza al amparo de lo dispuesto en el artículo 5.3.f) d. de la Ley 7/2015, al tratarse de un expediente tramitado por una entidad local relativo a la resolución de un contrato administrativo, solicitada a través del órgano legitimado para ello, en virtud de lo dispuesto en el artículo 18.3 c) del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero, del Consejo de Gobierno (en adelante, ROFCJA).

El contratista ha formulado su oposición de forma expresa por lo que resulta preceptivo el dictamen de esta Comisión *ex artículo 191.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público*, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP/17).

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

**SEGUNDA.-** El contrato se adjudicó por Resolución de 11 de agosto de 2014 y se formalizó el 12 de agosto de 2014.

Según la disposición transitoria primera. 2 de la LCSP/17: “*Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su modificación, duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior*”, por lo que habiéndose adjudicado el presente contrato antes de su entrada en vigor, resulta de aplicación el TRLCSP en lo concerniente al aspecto sustantivo y la LCSP/17 en el aspecto procedimental.

De esta forma, el artículo 212.1 de la LCSP/17 establece que: “*[l]a resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, en su caso, siguiendo el procedimiento que en las normas de desarrollo de esta Ley se establezca*”. Ante la falta de desarrollo reglamentario en el aspecto objeto de estudio, debe considerarse, asimismo, lo dispuesto en el artículo 109 del RGLCAP, referido específicamente al “*procedimiento para la resolución de los contratos*” en lo que no se oponga a la ley.

Por lo que se refiere a la competencia para acordar la resolución, los artículos 190 y 212 de la LCSP/17 la atribuyen al órgano de contratación, determinado para las entidades locales en la disposición adicional segunda de la LCSP/17.

El plazo para resolver los procedimientos de resolución de contratos iniciados de oficio bajo la vigencia de la LCSP/17 es de ocho meses (artículo 212.8 LCSP/17). Por tanto, el presente procedimiento, iniciado por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 16 de octubre de 2018, no está caducado. Además, se ha hecho uso de la facultad de suspender el procedimiento prevista en el artículo 22.1 d) de la LPAC, que ha sido notificada al contratista y puesta a disposición de la

compañía aseguradora, si bien, a pesar de las indagaciones realizadas, no ha sido posible su notificación.

Por lo que respecta al procedimiento, el artículo 191.1 de la LCSP/17 prevé que se dé audiencia al contratista, trámite que se ha efectuado en el procedimiento que nos ocupa y en el que ha formulado alegaciones.

Debe tenerse en cuenta que el artículo 112.2 de la LCSP/17 refiere que “*el avalista o asegurador será considerado parte interesada en los procedimientos que afecten a la garantía prestada, en los términos previstos en la legislación vigente en materia de procedimiento administrativo común*” y que el artículo 109 del RGLCAP, exige también la audiencia al avalista o asegurador “*si se propone la incautación de la garantía*”. Este trámite ha sido conferido, sin que conste haya efectuado manifestación alguna.

En el ámbito de la Administración local, 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, establece como necesarios los informes de la Secretaría y de la Intervención de la Corporación.

Asimismo, según lo dispuesto en el artículo 191.2 de la LCSP/17 será necesario informe previo del Servicio Jurídico. Al respecto, el apartado 8 de la disposición adicional tercera de la LCSP/17 dispone que los informes que la ley asigna a los servicios jurídicos se evacuarán por el secretario, cuyo informe será preceptivo en la resolución de los contratos.

En este sentido, se han incorporado al expediente los informes de la Vicesecretaría General y de la Intervención General.

**TERCERA.-** La propuesta de resolución considera que se han incumplido las obligaciones contractuales reflejadas en los artículos 64.2 y 223 f) y h) del TRLCSP, así como lo dispuesto en las cláusulas 19, 22, 24, 25, 27 y 28 del PCEAP y cláusula 6 del PCT, al no contar con los medios personales necesarios para la ejecución del contrato, en concreto por la ausencia de la figura del director de obra, así como la necesidad de subsanar y corregir los errores u omisiones del proyecto elaborado por TQC relativo a la ejecución de las obras de “*Terminación de Edificio “Ciudad del Deporte y la Salud”. Fase 2. Zona de Campos de Fútbol*”, habiéndose incumplido las prestaciones definidas en el contrato, lo que motiva que no se alcance el fin perseguido con el mismo.

Como señalamos, entre otros, en nuestro Dictamen nº 153/18, de 27 de marzo, la resolución es una de las prerrogativas de las que dispone la Administración en la fase de ejecución de los contratos administrativos ligada a la obligación de la Administración de velar por la satisfacción del interés público que motivó la celebración del contrato.

Por ello, la Administración puede, al igual que recoge el artículo 1124 del Código Civil, optar por exigir el cumplimiento del contrato (por ejemplo, mediante la imposición de penalidades) o bien proceder a su resolución, posibilidad por la que deberá optar tan solo en casos de incumplimientos graves, como ya declaró el Tribunal Supremo en las sentencias de 16 de mayo de 1997 (r. 12.105/1991) y 29 de mayo de 2000 (r. 5639/1994).

Esa opción depende de la Administración que, con ella, ha de buscar que el incumplimiento contractual origine el menor daño posible al interés público –sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 25 de septiembre de 2003 (r. 1892/1995)-.

Las sentencias de 8 de marzo de 2018 (r. 921/2015) y 30 de marzo de 2017 (r. 1053/2016) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid recuerdan la doctrina fijada en la del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2004 en cuanto a que:

*“(...) la resolución implica una extinción anticipada de un contrato perfeccionado, que constituye un modo anormal de terminación de la relación contractual por la concurrencia de alguna circunstancia en la vida del contrato que impide o hace inconveniente su prosecución hasta su extinción normal. De acuerdo con dicha naturaleza el incumplimiento que justifica la resolución ha de ser sustancial, no basta con cualquier apartamiento de las obligaciones asumidas en el contrato, sino que ha de afectar a la obligación esencial de una de las partes en el caso de obligaciones bilaterales o reciprocas. Esto es, de acuerdo con la jurisprudencia, tanto de la Sala Tercera como de la Primera del Tribunal Supremo, ha de tratarse de incumplimiento básico, grave, de la obligación, en el sentido de que no se realiza la conducta en qué consiste la prestación, quedando frustrado el fin objetivo del contrato o haciendo imposible la realización de la prestación por parte del contratista. O, dicho en otros términos, también en este ámbito de la resolución contractual ha de observarse el principio de proporcionalidad que exige para resolver el que el incumplimiento afecte a la esencia de lo pactado, no bastando aducir la no realización de prestaciones, que no impidan por su entidad alcanzar el fin del contrato”.*

El artículo 223 f) del TRLCSP permite la resolución del contrato cuando se incumplan obligaciones esenciales y, como hemos indicado, entre otros, en los dictámenes 191/16, de 9 de junio y 64/18, de 15 de febrero, por obligaciones contractuales esenciales habrá de entenderse aquellas que tienden a la determinación y concreción del objeto del contrato y que, por tanto, derivan del mismo, de forma que su

incumplimiento determina que no se alcance el fin perseguido por el contrato.

Además, el artículo 223 h) del TRLCSP establece la posibilidad de resolver el contrato por las causas “*establecidas expresamente en el contrato*”.

Para analizar si existe ese incumplimiento ha de partirse de los pliegos contractuales que, según reiterada jurisprudencia, constituyen la ley del contrato y que, tras su aprobación, vinculan tanto a los contratistas como a la propia Administración cuyas actuaciones en relación con el contrato pasan a ser regladas –sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 18 de diciembre de 2017 (r. 1069/2016)-.

Del contrato celebrado, se encuentra en ejecución, según los informes que figuran en el expediente, la dirección de obra y coordinación de seguridad y salud de la obra de “*Terminación del Edificio de la Ciudad del Deporte y la Salud Fase 2, Zona Campos de Fútbol*” y queda pendiente, al no haberse licitado las obras, la parte de dirección de obra y coordinación de seguridad y salud de la obra de la zona de Raquetas.

La cláusula 25<sup>a</sup> PCEAP se remite a los supuestos señalados en el pliego para la resolución del contrato. Analizado este, podemos observar que la cláusula 24<sup>a</sup> permite a la Administración optar por la resolución del contrato cuando el contratista, por causas imputables al mismo, incurra en demora respecto al cumplimiento del plazo del contrato o cuando hubiera incumplido la ejecución parcial de las prestaciones definidas en el contrato.

En este supuesto, la Administración considera incumplidas las prestaciones definidas en el contrato, lo que motiva que no se alcance el fin perseguido con el mismo. Entre estas prestaciones incumplidas

destaca la necesidad de subsanar y corregir los errores u omisiones del proyecto, así como también, menciona el no haber comunicado la renuncia del director de obra de forma inmediata y no haber adoptado medidas de seguridad y salud; la ausencia y cambios del libro de incidencias, así como la paralización de la obra realizada por el director de seguridad y salud el 11 de julio y la tardanza en atender los requerimientos municipales sobre dichas cuestiones; el incumplimiento de expedición de certificaciones de obra en plazo, así como la exigencia a la contratista de las obras de una instrucción de protocolo de comunicación no aprobada por el Ayuntamiento, además de ausencia de respuesta inmediata y fluida a las incidencias y requerimientos surgidos durante la ejecución de las obras.

Ahora bien, hemos de considerar que el incumplimiento de la obligación de proponer un nuevo director de obra es esencial.

En este sentido, el compromiso de adscripción de medios personales y su carácter de obligación contractual esencial resulta amparado en el artículo 64.2 del TRLCSP, relativo a la concreción de las condiciones de solvencia, que dispone:

*“Los órganos de contratación podrán exigir a los candidatos o licitadores, haciéndolo constar en los pliegos, que además de acreditar su solvencia o, en su caso, clasificación, se comprometan a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios personales o materiales suficientes para ello. Estos compromisos se integrarán en el contrato, pudiendo los pliegos o el documento contractual, atribuirles el carácter de obligaciones esenciales a los efectos previstos en el artículo 223.f), o establecer penalidades, conforme a lo señalado en el artículo 212.1, para el caso de que se incumplan por el adjudicatario”.*

En el presente caso, la obligación de adscribir medios personales se considera como “*obligación específica*” en la cláusula 19<sup>a</sup> del PCEAP, y en la cláusula 24<sup>a</sup> del PCEAP, se establece la posibilidad de establecer “*penalizaciones*” ante el incumplimiento de dicha obligación.

Aunque en el pliego no se anude la resolución del contrato al incumplimiento de adscribir medios personales, la figura del director de obra es esencial.

En este sentido, la LOE define, en su artículo 8, los agentes de la edificación como “*todas las personas, físicas o jurídicas, que intervienen en el proceso de la edificación. Sus obligaciones vendrán determinadas por lo dispuesto en esta Ley y demás disposiciones que sean de aplicación y por el contrato que origina su intervención*” y en el artículo 12.1 al director de obra que “*es el agente que, formando parte de la dirección facultativa, dirige el desarrollo de la obra en los aspectos técnicos, estéticos, urbanísticos y medioambientales, de conformidad con el proyecto que la define, la licencia de edificación y demás autorizaciones preceptivas y las condiciones del contrato, con el objeto de asegurar su adecuación al fin propuesto*”.

Además, en el artículo 12.3 de la LOE se describen las funciones del director de obra, entre las que destacan: a) estar en posesión de la titulación académica y profesional habilitante; c) resolver las contingencias que se produzcan en la obra y consignar en el Libro de Órdenes y Asistencias las instrucciones precisas para la correcta interpretación del proyecto; d) elaborar, a requerimiento del promotor o con su conformidad, eventuales modificaciones del proyecto, que vengan exigidas por la marcha de la obra siempre que las mismas se adapten a las disposiciones normativas contempladas y observadas en la redacción del proyecto; e) suscribir el acta de replanteo o de comienzo de obra y el certificado final de obra, así como conformar las certificaciones parciales y la liquidación final de las unidades de obra

ejecutadas, con los visados que en su caso fueran preceptivos; f) elaborar y suscribir la documentación de la obra ejecutada para entregarla al promotor, con los visados que en su caso fueran preceptivos.

Ha quedado acreditada en el expediente la renuncia del director de obra y la falta de propuesta de un nuevo director de obra por parte de la contratista TQC, obligada a la selección del personal con los requisitos exigidos por los pliegos (cláusula 27<sup>a</sup> del PCEAP), que aduce una interpretación “*subjetiva, inflexible y estricta de los requisitos establecidos en el pliego de prescripciones técnicas de la licitación por parte del Ayuntamiento, en lo relativo a la experiencia que debe poseer el Director de Obra, hace prácticamente imposible proponer un nuevo Director de Obra idóneo sin recurrir a profesionales cuyas pretensiones económicas resulten desorbitadas en comparación a los honorarios establecidos en el contrato*”. Frente a ello, los servicios técnicos han manifestado que se basan en criterios objetivos.

Lo cierto es que la empresa licitó libre y voluntariamente a un contrato cuyo objeto era claro, preciso e inequívoco y que la dirección de obra exige la presencia del director de obra con los requisitos exigidos en los pliegos, que hemos de considerar, pues, como obligación esencial pues, su ausencia, determina la imposibilidad de ejecutar el contrato.

En definitiva, la decisión de la Administración de resolver el contrato está amparada en el pliego. Si partimos de la base de que el objeto del presente contrato es, entre otros, la prestación del servicio de dirección de obra (cláusula 1<sup>a</sup> del PCEAP), el no disponer de un director de obra impide, claramente, la prestación del servicio por parte de la contratista y, por tanto, la ejecución del contrato.

**CUARTA.-** En cuanto a la incautación de la garantía, el artículo 225.4 del TRLCSP dispone que 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.

Respecto de los contratos celebrados bajo la vigencia del TRLCSP esta Comisión ha entendido que solo procedía la incautación de la garantía para indemnizar los daños y perjuicios lo cual exigía que estos estuvieran determinados y, de lo contrario, procedería la retención de la garantía a la espera de su determinación en un posterior expediente contradictorio, salvo que los pliegos establecieran la incautación automática.

En el presente caso, la propuesta considera que la resolución está motivada en un incumplimiento culpable del contratista por lo que prevé, de conformidad con la cláusula 25<sup>a</sup> del PCEAP, la incautación de la garantía definitiva, sin perjuicio de la indemnización por los daños y perjuicios originados a la Administración para cuya determinación incoará un expediente contradictorio.

En consecuencia, en virtud de lo dispuesto en la cláusula 25<sup>a</sup> del PCEAP, el incumplimiento culpable de la contratista da lugar a la incautación de la garantía de forma automática.

En mérito a cuanto antecede, la Comisión Jurídica Asesora formula la siguiente

## **CONCLUSIÓN**

Procede resolver el contrato de servicios de “*Redacción de Proyectos e Instrumentos de Planeamiento, Direcciones de Obras, Coordinación de Seguridad y Salud y Plan de Gestión y Viabilidad del complejo deportivo,*

*situado en la parcela DE-3 del Polígono UR-5, Sector B, en Boadilla del Monte*" (EC 36/13) adjudicado a TOTAL QUALITY & CONTROL, S.L. por la causa prevista en el artículo 211 f) del TRLCSP, con incautación de la garantía.

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

Madrid, a 7 de febrero de 2019

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 46/19

Sr. Alcalde de Boadilla del Monte

C/ José Antonio, 42 – 28660 Boadilla del Monte