

Dictamen nº: **59/17**
Consulta: **Alcalde de San Agustín de Guadalix**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **09.02.17**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 9 de febrero de 2017, emitido ante la consulta formulada por el alcalde de San Agustín de Guadalix cursada a través del consejero de Medio Ambiente Administración Local y Ordenación del Territorio, al amparo del artículo 5.3.f) d. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en relación con el expediente sobre resolución del contrato de concesión de obra pública “Redacción de proyecto, construcción y explotación de piscina cubierta y centro raqueta”, suscrito con la empresa “OCIO Y DEPORTE SAN AGUSTÍN DE GUADALIX, S.L.”, (en adelante, “la contratista”).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 13 de enero 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 San Agustín de Guadalix.

A dicho expediente se le asignó el número 15/17, comenzando el día señalado el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 23.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora, aprobado por Decreto

5/2016, de 19 de enero, del Consejo de Gobierno. La ponencia ha correspondido, por reparto de asuntos, a la letrada vocal D.^a Rocío Guerrero Ankersmit, 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 9 de febrero de 2017.

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

El Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de San Agustín de Guadalix de 22 de mayo de 2014 aprobó el estudio de viabilidad para la concesión de obra pública “Centro deportivo urbano-pistas de pádel/tenis (centro deportivo compuesto de pistas de pádel/tenis y centro de agua y fitness), presentado por la empresa AIRA WELLNES, S.L.”.

El día 18 de julio de 2014 el Pleno del Ayuntamiento de San Agustín de Guadalix aprobó el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) que habían de regir el contrato de concesión de obra pública denominado “*Redacción de proyecto de construcción de piscina cubierta y fitness, construcción de siete pistas de pádel, aparcamiento y usos complementarios y explotación de lo anterior más una pista de pádel, tres de tenis, piscina de verano, escuela deportiva de tenis, escuela deportiva de pádel y actividades deportivas de aeróbic, gimnasia articular, gimnasia de mantenimiento, yoga, predeporte, y psicomotricidad*” para su adjudicación por procedimiento abierto.

En el apartado 6 del Anexo I, relativo al plazo de ejecución y plazo de garantía se establecía un plazo de presentación del proyecto de 2 meses y un plazo de ejecución de las obras de 18 meses.

En la cláusula 34 del PCAP, relativa al cumplimiento del plazo y penalidades por demora se establecía

“(…)”

Cuando el concesionario, por causas imputables al mismo, hubiese incurrido en demora respecto al cumplimiento del plazo total o de los plazos parciales, si éstos se hubiesen previsto, según lo indicado en el apartado 6 del Anexo I al presente pliego, se estará a lo dispuesto en el régimen de penalidades establecido en el artículo 212 TRLCSP.

La aplicación y el pago de las penalidades no excluyen la indemnización a que la Administración pueda tener derecho por daños y perjuicios ocasionados con motivo del retraso imputable al contratista.

La Administración, en caso de incumplimiento de la ejecución parcial de las prestaciones definidas en el contrato por parte del contratista, podrá optar por la resolución del contrato.

(...)”.

El día 8 de enero de 2015 el Pleno del Ayuntamiento, tras el procedimiento de licitación, adjudicó el contrato a la empresa “OCIO Y DEPORTE SAN AGUSTÍN DE GUADALIX, S.L.”

Con fecha 29 de enero de 2015 se formalizó el contrato con un presupuesto de ejecución de las obras, IVA incluido de 5.836.543,53 €, un plazo de dos meses, desde la formalización del contrato, para la presentación de los proyectos, un plan de ejecución de las obras de quince meses desde la firma del acta de comprobación de replanteo y un plazo de concesión de 20 años y una aportación pública a la explotación de la obra de 25.000 euros/año.

Consta en el expediente la constitución de garantía definitiva por importe de 255.980 euros con fecha 23 de abril de 2015 (folio 2 del expediente administrativo).

El día 3 de marzo de 2015 la empresa contratista presenta escrito en el que pone de manifiesto que ha tenido conocimiento del recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el acuerdo de adjudicación del contrato de 8 de enero de 2015 y de la medida cautelar solicitada por el recurrente y solicita al Ayuntamiento *“la suspensión de la ejecución del contrato de concesión, hasta tanto sea resuelta la indicada medida cautelar de suspensión”*.

En respuesta al anterior escrito, con fecha 4 de marzo de 2015, el alcalde de San Agustín de Guadalix contesta a la anterior solicitud y considera que *“el contrato adjudicado no puede paralizarse, siendo plenamente vigente y siguiendo contándose los plazos que en el mismo están establecidos. La suspensión, en su caso, deberá ser decidida por el Juzgado Contencioso-Administrativo nº 13 de Madrid, cuyo procedimiento ordinario 37/2015, está instruyendo. Y será a partir del momento de esa decisión, y no antes, cuando, de ser el caso, se suspendería la ejecución del contrato de concesión adjudicado”*.

Por escrito presentado el día 27 de marzo de 2015 en el registro general del Ayuntamiento de San Agustín de Guadalix, la empresa contratista pone de manifiesto que la interposición del recurso contencioso-administrativo contra el Acuerdo de adjudicación del contrato *“está dificultando que a mi representada le sea concedida financiación, en particular, debido a que constituye una carga en el contrato de concesión, siendo ésta una circunstancia ajena y sobrevenida no imputable a esta parte”*.

Con esa misma fecha, 27 de marzo de 2015, la empresa contratista presenta el proyecto básico y de ejecución correspondiente al edificio para centro de agua: piscina cubierta, spa y fitness y el proyecto básico y de ejecución del edificio para centro de raqueta y usos complementarios en el polideportivo municipal de San Agustín de Guadalix. Los citados proyectos fueron, tras diversos requerimientos de subsanación,

informados favorablemente por el jefe de los Servicios Urbanísticos e ingeniero industrial municipal y sometidos a información pública mediante su publicación en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid nº 239 de 8 de octubre de 2015.

El Pleno del Ayuntamiento de San Agustín de Guadalix el día 26 de noviembre de 2015 acordó la aprobación de los citados proyectos, comenzando el plazo para la comprobación del replanteo.

Con fecha 25 de enero de 2016 se levantaron sendas actas de comprobación de replanteo, la correspondiente al edificio para centro de agua: piscina cubierta, spa y fitness y la correspondiente al edificio para centro de raqueta y usos complementarios en el polideportivo municipal, las dos con un plazo de ejecución de quince meses, por lo que las obras debían finalizar *“el día 28 de marzo de 2017”*.

La empresa concesionaria el día 6 de mayo de 2016 presentó un escrito en el que ponía de manifiesto el error material observado en las actas en relación con la fecha de finalización de las obras que debía ser el 26 de abril de 2017, volvía a poner de manifiesto las dificultades de financiación que encontraba como consecuencia del procedimiento judicial existente, comprometiéndose, a pesar de las dificultades existentes, a *“dar inicio a las obras, tanto pronto le sea posible, así como que éstas estarán totalmente finalizadas dentro del plazo total establecido al efecto”* y, en cualquier caso, a iniciar las obras en el mes de junio para del *“Centro de Raqueta”* y septiembre de 2016 para dar comienzo a las obras del *“Centro de Agua”* y solicitaba, al considerar que no había incumplimiento contractual alguno que *“no se inicie expediente administrativo para la resolución del contrato de concesión, ni para la imposición de penalidad o sanción a esta entidad”* y *“que se tenga por manifestado el compromiso expreso de esta parte para la finalización de las obras objeto del contrato de concesión en el plazo total establecido”*.

Se han incorporado al expediente los informes mensuales de seguimiento de la obra firmados por el jefe de los Servicios Técnicos Municipales, como representante de la Administración, desde febrero de 2016 hasta octubre de 2016.

El día 11 de octubre de 2016 el representante de la empresa contratista presenta escrito en el que solicita *“la revisión de la planificación de la obra a ejecutar que se adjunta al presente documento, en la que se han ajustado los plazos de ejecución para poder entregar la obra en el plazo más próximo posible a la fecha de entrega señalada en el pliego”*. Justifica su solicitud en que *“debido a la particular situación jurídica en la que se encontraba el solar sobre el que la adjudicataria de las obras, (...) se le han retrasado y perdido opciones de financiación y partners por el retraso en la sentencia ya sabida y está en proceso de situar de nuevo el proyecto para acometer las obras y la explotación del proyecto”*.

En el documento adjunto se fija la planificación que propone *“acta de replanteo e inicio de obras”* el día 5 de diciembre de 2016 y finalización de las obras el día 5 de noviembre de 2017.

A la vista del anterior escrito, el jefe de los Servicios Técnicos de la Ayuntamiento de San Agustín de Guadalix emite informe el día 23 de noviembre de 2016 en el que considera no justificada técnicamente la prórroga solicitada, pone de manifiesto que *“transcurridas más de dos terceras partes del plazo total de obra el importe ejecutado de la misma debería alcanzar el 72%, sin embargo se sitúa en un 0% lo que, hace imposible la finalización de la obra en el plazo previsto, pudiendo estimarse en 168 días de retraso a la fecha del presente informe”*, y concluye:

“De conformidad con lo establecido en la cláusula 34 del Pliego de Cláusulas Administrativas aprobado para el Concurso de Concesión de Obra Pública de Construcción y Explotación de Instalaciones

Deportivas de Piscina Cubierta y Centro de Raqueta (Expte. COP 1/2014), el Ayuntamiento podrá optar por la imposición de penalidades establecidas en el artículo 212 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, estando en todo caso a lo que señala la cláusula 54 del referido Pliego, o por la resolución del contrato.

Por lo expuesto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 252.3 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, por tratarse de incumplimientos graves, se propone que se inicien los trámites para la resolución del contrato, en tanto se agota el plazo de ejecución para aplicar las penalidades.

En caso de que se opte por la imposición de penalidades por demora, en las cuantías previstas en la cláusula 54 del Pliego de Cláusulas Administrativas, se aplicarán sobre los 168 días de retraso estimados, debiendo concederse la prórroga solicitada de conformidad con lo establecido en el artículo 213 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”.

TERCERO.- Con fecha 7 de diciembre de 2016 el alcalde de San Agustín de Guadalix solicita informe al secretario sobre la legislación aplicable al caso y del procedimiento a seguir «*para llevar a cabo, si resulta oportuno, la resolución del contrato*» (folio 175).

El informe del secretario, de fecha 9 de diciembre de 2016, efectúa un estudio del incumplimiento del plazo de ejecución del contrato y la posible imposición de penalidades y señala la imposibilidad de aplicar las mismas, al haber sido el plazo de ejecución un criterio de adjudicación del contrato. Así, manifiesta:

«En el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del presente contrato de “concesión de obra pública 1/2014”, Anexo I. 23, entre los criterios valorables en cifras o porcentajes, a los que se aplica una puntuación máxima de 51 puntos, se atribuye un total de 6 puntos por “reducción de plazos de ejecución de las obras”. Y por este criterio de valoración, a la empresa adjudicataria, (...), se le otorgó un total de 6 puntos, la máxima puntuación posible por este criterio, al ofertar un plazo de ejecución de las obras de 15 meses, 3 meses inferior al máximo de 18 meses previsto en el Pliego, que prevé una valoración de 2 puntos por cada mes de reducción del plazo máximo. En definitiva, siguiendo este criterio de la JCCP es necesario acudir a la resolución del contrato porque el plazo ha sido un elemento que se ha tenido en cuenta para su adjudicación».

En relación con las causas alegadas por la empresa contratista para justificar la demora, el informe del secretario dice:

“Frente a las alegaciones del concesionario de que no puede ejecutar la obra por causas ajenas a su voluntad y que concreta en una supuesta imposibilidad de obtener la financiación que la ejecución de los trabajos demanda, es de señalar que la documentación obrante en el expediente evidencia una demora en el cumplimiento de todos los plazos previos y posteriores al inicio de las obras que no puede achacarse sino al propio contratista. A la luz de los antecedentes que resultan de los documentos obrantes en el expediente que analizamos, resulta palmario que las razones esgrimidas por la concesionaria en su descargo no pueden dispensarla de las responsabilidades derivadas del compromiso contractual. Las dificultades financieras del concesionario constituyen un supuesto incluido en la órbita del riesgo y ventura del contratista.

Este principio general en materia contractual, que recoge el artículo 242 del TRLCSP de 2011 respecto del contrato de concesión de obras

públicas, evoca el riesgo que el contratista asume en relación con las contingencias comunes, esto es, no comprendidas en los supuestos de fuerza mayor taxativamente enumerados en el artículo 231 TRLCSP, entre los que no se cuenta la coyuntura del mercado financiero. Por ello, cualquier licitador diligente sabe que, incluso antes de presentar su proposición, debe tener resuelta la financiación del proyecto, pues de resultar adjudicatario tendrá que ejecutarlo en el tiempo y forma comprometidos en su oferta.

El concesionario no puede pretender seriamente eludir los gravísimos perjuicios que para el interés público ocasiona la resolución contractual y que el objeto del contrato pueda realizarse sin sujeción a plazo alguno. Los contratos administrativos son negocios jurídicos de los llamados fijos, en los que el tiempo tiene carácter esencial, por lo que su ejecución ha de realizarse con sujeción al plazo convenido, produciendo la demora del contratista los efectos establecidos en el artículo 212 del TRLCSP de 2011”.

El informe también se pronuncia sobre el procedimiento que debe seguir la Administración para declarar la resolución del contrato por causa imputable al contratista.

De acuerdo con el anterior informe, el alcalde formula propuesta al Pleno de la Corporación como órgano competente para la incoación del procedimiento para acordar la resolución del contrato de concesión de obra pública, por la causa establecida en el artículo 212.6 TRLCSP y reflejada en la cláusula 34 del PCAP puesto que, además, como señala el director de obras en su informe, *“la demora en el cumplimiento de dichos plazos hace presumir razonablemente la imposibilidad de cumplir el plazo total”* (folios 185 y 186 del expediente). Del citado acuerdo se dio traslado a la Comisión Informativa de Hacienda que emite dictamen el día 20 de octubre de 2016.

El día 15 de diciembre de 2016, el Pleno del Ayuntamiento de San Agustín de Guadalix acordó:

«Primero. Incoar el procedimiento para acordar, si procede, la resolución del contrato de concesión de obra pública por la causa establecida en el artículo 212.6 del TRLCSP. Esto es, por incumplimiento por parte del contratista de los plazos parciales de ejecución de las obras, previsto en la cláusula 34 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y, puesto que, además, como señala el Director de Obras en su informe, la demora en el cumplimiento de dichos plazos hace presumir razonablemente la imposibilidad de cumplir el plazo total.

Segundo. Siendo causa de la resolución del contrato el incumplimiento culpable imputable al contratista. Incumplimiento sustancial en la medida en que no han sido ejecutadas las prestaciones de ejecución de las obras que constituyen su objeto, sin que las supuestas dificultades financieras aducidas por el concesionario en su descargo puedan legitimar la exoneración de las obligaciones contractualmente asumidas.

Tercero. En consecuencia con la causa de resolución por incumplimiento culpable del concesionario, en aplicación de lo establecido en la cláusula 16 del PCAP, le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada que responderá por los conceptos que establece el artículo 100 TRLCSP. La determinación de los daños y perjuicios que deba indemnizar el concesionario se llevará a cabo por el órgano de contratación en decisión motivada previa audiencia del mismo, atendiendo lo señalado en el PCAP y, entre otros factores, al retraso que implique para la inversión proyectada y a los mayores gastos que ocasione a la Administración.

Cuarto. Solicitar informe de los Servicios Municipales sobre la valoración de los daños, perjuicios ocasionados y aspectos económicos a liquidar, en su caso.

Quinto. Comunicar al concesionario, OCIO Y DEPORTE SAN AGUSTÍN DE GUADALIX, S.L., el inicio del expediente de resolución del "contrato de concesión de obra pública 1/2014" y otorgarle, de conformidad con lo establecido en el artículo 109 RGLCAP de 2001, audiencia por un plazo de diez días naturales para alegar y presentar los documentos y justificaciones que estime convenientes.

Igualmente y por el mismo plazo, dar audiencia al avalista, BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A.

Sexto. En caso de que el contratista formule oposición a la resolución del contrato, requerir Dictamen del Órgano Consultivo de la Comunidad Madrid.»

Este acuerdo fue notificado a la empresa contratista, el día 20 de diciembre de 2016 (folios 286 a 288 del expediente). Consta, igualmente la notificación realizada, ese mismo día, a la entidad avalista (folios 299 a 301).

El mismo día en que el Pleno del Ayuntamiento de San Agustín de Guadalix acordó iniciar el procedimiento de resolución del contrato, 15 de diciembre de 2016, la empresa concesionaria presenta escrito en el que afirma la imposibilidad de ejecutar el proyecto otorgado mediante concesión administrativa al no haber encontrado financiación suficiente para realizarlo y solicita que “se ejecute aval bancario a primer requerimiento a favor por parte del Ayuntamiento otorgado por OCIO Y DEPORTE SAN AGUSTÍN DE GUADALIX, S.L. (...) por importe de doscientos cincuenta y cinco mil novecientos ochenta euros (255.989 €) por los

siguientes importes según desglose de gastos que se han originado por parte de la sociedad desde dicha concesión hasta la actualidad: (...)”.

La empresa contratista presenta una relación de facturas y presupuestos por un importe total de 256.646,95 € y solicita la ejecución del aval por la totalidad de las deudas relacionadas *“para poder satisfacer todos los acreedores relacionados en el futuro procedimiento concursal”*, así como la *“suspensión de cualquier procedimiento sancionador toda vez que se ha puesto de manifiesto, con anterioridad al comienzo de la fecha de imposición de sanciones, tanto verbal como por escrito, la imposibilidad de llevar a cabo el proyecto encomendado mediante la concesión administrativa”*.

Asimismo, por escrito presentado en el registro del Ayuntamiento de San Agustín de Guadalix el día 30 de diciembre, la empresa contratista presenta alegaciones en el procedimiento de resolución del contrato. En su escrito manifiesta la imposibilidad de ejecutar el proyecto otorgado mediante concesión administrativa al no haber encontrado financiación suficiente para su realización, dada la inviabilidad de la concesión y los problemas de financiación encontrados *“por la demanda interpuesta por un concejal de su propio ayuntamiento que ha paralizado todos los plazos y ha hecho que todo se retrase y no se consiga la financiación ni los partners que llevaba aparejado el proyecto”* y se opone a la resolución por incumplimiento culpable imputable al contratista ya que la empresa *“no ha realizado ningún daño ni perjuicio público”*. Informa que ha procedido a solicitar la declaración de concurso de acreedores, *“incluyendo como activo el citado aval bancario”*.

En este estado del procedimiento, el alcalde de San Agustín de Guadalix firma el día 2 de enero de 2017 solicitud de dictamen a la Comisión Jurídica Asesora y acuerda suspender el procedimiento de resolución contractual por el tiempo que medie entre la petición del dictamen y la emisión del mismo.

No consta en el expediente remitido que se haya dictado propuesta de resolución ni que se haya emitido informe por la Intervención ni por los Servicios Técnicos Municipales, este último solicitado por el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de 15 de diciembre 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: “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*”.

La solicitud de dictamen del alcalde de San Agustín de Guadalix 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 d) del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora, aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero (en adelante, ROFCJA).

El presente Dictamen ha sido emitido en plazo.

SEGUNDA.- El contrato se adjudicó por Acuerdo del Pleno de la Corporación de 8 de enero de 2015, por lo que resulta de aplicación, de

conformidad con lo dispuesto en la disposición transitoria primera 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 citada normativa, tanto desde el punto de vista sustantivo como procedimental.

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”*.

De conformidad con el apartado tercero artículo 211 TRLCSP, será preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de interpretación, nulidad y resolución, cuando se formule oposición por parte del contratista, como es el caso.

En el ámbito de la Administración local, el artículo 114.3 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de Régimen Local (TRRL), establece como necesarios los informes de la Secretaría y de la Intervención de la Corporación (cfr. artículo 114.3 del TRRL) (dictámenes 106/09, de 18 de febrero, 239/09, de 6 de mayo, 403/09, de 15 de julio, 14/10, de 20 de enero, 110/10, de 21 de abril, 692/11, de 7 de diciembre y 221/12, de 18 de abril).

En el expediente remitido a esta Comisión Jurídica Asesora, inmediatamente después del Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de San

Agustín de Guadalix 15 de diciembre de 2016, se ha procedido a dar audiencia a la empresa contratista y a la entidad avalista y se ha dado traslado del expediente, en el que figuran el informe del secretario de la corporación municipal de 9 de diciembre de 2016, emitido con anterioridad al acuerdo de inicio del procedimiento y el informe del arquitecto-jefe de los Servicios Técnico Urbanísticos de 23 de noviembre de 2016.

Como ha quedado expuesto, tras el acuerdo de inicio del procedimiento de resolución del contrato son preceptivos los informes de la Secretaría y de la Intervención de la Corporación (ex. artículo 114.3 TRRL).

En el presente caso, no consta en el expediente remitido a esta Comisión Jurídica Asesora el informe preceptivo Interventor Municipal, a pesar de haber sido relacionado por el informe del secretario del Ayuntamiento de San Agustín de Guadalix como uno de los trámites del procedimiento que debía seguirse. Del mismo modo, tampoco figura en la documentación remitida a esta Comisión Jurídica Asesora el informe de los servicios municipales sobre la valoración de los daños, perjuicios ocasionados y aspectos económicos a liquidar, en su caso solicitado por el Pleno de 15 de diciembre de 2016.

Sobre la ausencia del informe de la Intervención, esta Comisión Jurídica Asesora en su Dictamen 62/16, de 5 de mayo, declaró 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.

En relación con el informe de valoración de daños y perjuicios, el Consejo Consultivo en sus dictámenes 656/12, de 12 de diciembre, 14/13, de 16 de enero y 24/13 de 23 de enero, señaló la posibilidad de existencia de un procedimiento contradictorio para la determinación de los daños y perjuicios existentes en la liquidación del contrato separado del procedimiento de resolución contractual y sobre el cual no era necesario un pronunciamiento del dicho órgano consultivo.

Dada audiencia al contratista y a la entidad avalista, consta la presentación de alegaciones únicamente por el primero.

En relación con el plazo máximo para tramitar el procedimiento de resolución, iniciado éste el día 15 de diciembre de 2016, expiraría el 15 de marzo de 2017. Consta, además, la suspensión del procedimiento para la solicitud de Dictamen a esta Comisión Jurídica Asesora. Suspensión que se ha intentado notificar a la empresa contratista y a la entidad avalista mediante correo electrónico, pues queda constancia en el expediente que *“se ha realizado la entrega a estos destinatarios o listas de distribución, pero el destino no envió notificación de entrega”*.

TERCERA.- La Administración consultante fundamenta la resolución del contrato de concesión de obra pública en la demora en la ejecución del contrato, de conformidad con lo establecido en el artículo 212.6 TRLCSP, esto es, por incumplimiento por parte del contratista de los plazos parciales de ejecución de las obras, cuando se hubiese previsto en el PCAP, o cuando la demora en el cumplimiento de aquéllos haga presumir razonablemente la imposibilidad de cumplir el plazo total.

En el presente caso, habiéndose ofertado por el contratista una reducción del plazo de ejecución de tres meses, de manera que se comprometía a la ejecución de las obras en quince meses, consta en el expediente un informe del jefe de los Servicios Técnicos del Ayuntamiento en el que se afirma que se han incumplido todos los plazos parciales establecidos en el plan de obra de manera que ésta no podrá acabarse el

3 de marzo de 2017, como preveía el contratista. En concreto consta el incumplimiento en el centro de agua, en los apartados de demolición, movimiento de tierras, cimentación y muros, estructura y aislamientos. Igualmente, en el centro de raqueta consta el incumplimiento de los plazos de demolición, movimiento de tierras, cimentación y muros, estructura y aislamientos. En el citado informe se afirma que *“transcurridas más de dos terceras partes del plazo total de obra el importe ejecutado de la misma debería alcanzar el 72%, sin embargo se sitúa en un 0% lo que, hace imposible la finalización de la obra en el plazo previsto, pudiendo estimar en 168 días de retraso a la fecha del presente informe”*.

Además, el propio contratista ha reconocido la imposibilidad de ejecutar el proyecto por la falta de financiación, el mismo día en el que se acordó el inicio del expediente de resolución del contrato. Esta manifestación no impide el inicio del procedimiento de resolución del contrato, pues se trata de una prerrogativa que ostenta la Administración pública en el ámbito de la contratación administrativa, manifestación de la potestad general de autotutela de que goza en aras de una mejor protección del interés público.

La ejecución de la obra en el plazo convenido es una obligación capital del contrato. El Consejo Consultivo ya destacó en sus dictámenes 532/09, de 9 de diciembre y 14/13, de 16 de enero, la importancia que tiene el plazo de ejecución en los contratos administrativos, debido al interés público que revisten los plazos. Así, el Tribunal Supremo califica el plazo como trascendental, en su Sentencia de 26 de marzo de 1987 (recurso 1334/1985) al señalar:

“Para resolver con acierto este problema hay que empezar por conceder al plazo, en el presente supuesto, la importancia que tiene en él, necesaria para evitar dilaciones retardatorias en la ejecución de la obra, que a su vez condicionan la puesta en marcha del servicio,

que con la misma se trata de atender, pero sin llegar al extremo de considerar el plazo esencial para la validez del contrato, sino tan sólo como un término calculado con prudencia, bajo el presupuesto de un desarrollo normal de los trabajos, sin interferencias entorpecedoras.

Que esto es así lo demuestra el que el propio Ordenamiento tenga previsto la concesión de prórrogas a los contratistas ante eventos imprevistos, sin que ello constituya una distorsión en la ejecución de la contrata, ni motivo para penalidades o resoluciones contractuales, ya que existen razones suficientes para que estas medidas sólo se adopten cuando están plenamente justificadas puesto que la prudencia aconseja, salvo en casos extremos, no romper la atmósfera de concordia y colaboración que debe reinar en las relaciones contractuales administrativas, teniendo siempre presente la proporcionalidad entre el plazo pactado para la ejecución de la obra y el de la prórroga o prórrogas interesadas por los contratistas”.

Por tanto, el mero transcurso del plazo contractual sin que la obra haya sido realizada no determina por sí misma la resolución del contrato, sino que es preciso que concurra culpa del contratista. Así se desprende del artículo 212.2 TRLCSP, que dispone que *“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”*. En este sentido, el Tribunal Supremo en Sentencia sentencias como la de 21 de diciembre de 2007 (recurso de casación 10262/2004), que afirma que:

“Por ello si hay retraso en el cumplimiento del plazo debe examinarse si la demora deriva de causa imputable al contratista o no es atribuible al mismo. [] La conclusión acerca de la culpa se obtiene contraponiendo el comportamiento del contratista con un patrón de diligencia común al estándar ordinario de las obligaciones impuestas

en el contrato. Son, por tanto, esenciales las condiciones que han concurrido en el desarrollo del contrato a fin de valorar si hubo ausencia de previsión de acuerdo con la naturaleza de las obligaciones y las circunstancias concretas de tiempo y lugar. [] Por ello, la Administración que acuerda resolver un contrato debe probar la existencia de una situación objetiva de incumplimiento por parte del contratista. Por su parte el contratista deberá acreditar la existencia de una causa exoneradora de su responsabilidad”.

Igualmente, para que proceda la resolución debe añadirse un último requisito que viene siendo exigido por la doctrina jurisprudencial STS 14 de junio de 2002 (recurso nº 3898/1997), 14 de diciembre de 2001 (recurso nº 8177/1997), lo determinante debe ser que afecte a la prestación principal del contrato y que se exteriorice a través de una inobservancia total o esencial de dicha prestación.

En el presente caso, resulta acreditado en el procedimiento, y así se refleja en el expediente, que la obra no ha sido concluida en plazo, sin que quepa derivar dicha responsabilidad a la Administración o a la dirección de la obra. Alega el contratista que el retraso es consecuencia de la falta de financiación del proyecto de concesión administrativa, *“dada la inviabilidad de la concesión y, por ende, la realización del proyecto conforme valoran las entidades bancarias”.*

Alegación ésta que debe ser rechazada porque como bien señala el informe del Secretario del Ayuntamiento, las dificultades financieras del concesionario constituyen un supuesto incluido en la órbita del riesgo y ventura del contratista, principio consagrado en el artículo 242 TRLCSP para el contrato de concesión de obra pública. En este sentido el informe señala que *“cualquier licitador diligente sabe que incluso antes de presentar su proposición, debe tener resuelta la financiación del proyecto, pues de resultar adjudicatario tendrá que ejecutarlo en el tiempo y forma comprometidos en su oferta”.*

No es posible alegar la falta de viabilidad del proyecto cuando se realizó un estudio previo del mismo que se tuvo en cuenta en el PCAP y que fue asumido por la empresa contratista al presentar su oferta.

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

En cuanto 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, éste deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados. La indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada”*.

En la cláusula 16 del PCAP está previsto que *“en los casos de resolución por incumplimiento culpable del concesionario, le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada”*.

A la vista de la anterior estipulación prevista en el PCAP, apreciándose la existencia de incumplimiento del contrato imputable al contratista, procede la incautación automática de la garantía constituida.

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

CONCLUSIÓN

Procede la resolución del contrato de concesión de obra pública “Redacción de proyecto, construcción y explotación de piscina cubierta y centro raqueta” por demora en la ejecución de las obras imputable al contratista.

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 9 de febrero de 2017

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 59/17

Sr. Alcalde de San Agustín de Guadalix

Pza. Constitución, 1 – 28750 San Agustín de Guadalix