

Dictamen nº: **522/20**
Consulta: **Alcaldesa de Torrelodones**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **17.11.20**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 17 de noviembre de 2020, emitido ante la consulta formulada por el alcalde de Torrelodones, cursada a través del consejero de Vivienda y Administración Local, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en relación con el expediente de resolución del contrato denominado *“Proyecto de reforma y nuevo pabellón gimnasio en el Colegio de Lourdes”*, al existir oposición por parte del contratista.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 27 de octubre de 2020 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen preceptivo procedente del Ayuntamiento de Torrelodones.

A dicho expediente se le asignó el número 501/20 y la ponencia ha correspondido, por reparto de asuntos, al letrado vocal D. Francisco Javier Izquierdo Fabre, 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 17 de noviembre de 2020.

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

1. La Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Torrelodones, en su sesión celebrada el día 17 de mayo de 2017, adoptó, entre otros, el siguiente acuerdo que se transcribe:

“Visto el expediente de contratación para la realización de las obras comprendidas en el proyecto de reforma y nuevo pabellón gimnasio en el Colegio de Lourdes, con un presupuesto base de licitación de 227.272,09 € IVA excluido. Constan en el expediente:

- Retención de Crédito emitido por la Intervención en fecha 15 de mayo de 2017.*
- Informe del Secretario del Ayuntamiento de fecha 15 de mayo de 2017.*
- Informe de la Intervención del Ayuntamiento de fecha 16 de mayo de 2017.*

Se acuerda:

1º.- Declarar de tramitación urgente, con reducción de plazos, conforme determina el artículo 112.1 del RDL 3/2011 de 14 de noviembre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, el expediente de contratación de las obras comprendidas en el proyecto de reforma y nuevo pabellón gimnasio en el Colegio de Lourdes, con un presupuesto de licitación de 227.272,09 € IVA excluido.

2º.- Adjudicar el contrato por Procedimiento Abierto, mediante el criterio precio.

3º.- Aprobar el Pliego de Cláusulas Administrativas que habrán de regir el contrato.

4º.- Cumplir los demás trámites preceptivos de impulso hasta la formalización del oportuno contrato, sin cuyo trámite no podrá comenzarse la ejecución, incorporando copia de la adjudicación y del contrato que se otorgue”.

Por acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 17 de mayo de 2017, se aprobó el proyecto técnico del contrato determinando que:

“El objetivo de la actuación consiste en la construcción de un nuevo pabellón gimnasio, contiguo al actual. En el nuevo pabellón se distribuirán tres espacios: una sala principal diáfana para usos polivalentes, un pequeño almacén y un aseo de servicio con lavabo. También se mejorará el pavimento del acceso principal y pasillo central, aseos y ventanas, aire acondicionado en área infantil, revestimientos y cambio de ubicación de tabiques biblioteca / aula de música”, con un presupuesto base de licitación 227.272,09€ (sin IVA) y presupuesto base de licitación (con IVA): 274.999,23€.

El anuncio en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid se publica el 19 de mayo de 2017 y el 7 de junio de 2017, la mesa de contratación adjudica el contrato a PROFORMA EJECUCIÓN DE OBRAS Y RESTAURACIONES S.L. por un importe de 176.340 euros.

La firma del contrato tiene lugar el 19 de junio de 2017, con un plazo de duración de dos meses desde el acta de comprobación del replanteo, que tendrá lugar en un plazo máximo de 15 días desde la firma del contrato. Se señala que el incumplimiento de tal plazo dará lugar a la imposición de las penalidades recogidas en el apartado 19 del Anexo I del Pliego.

Con fecha 4 de julio se firma acta de replanteo e inicio de las obras, dando comienzo a las mismas con fecha 5 del mismo mes, iniciándose por tanto en esa fecha el plazo de ejecución de dos meses establecido en el contrato, que deberá finalizar el día 5 de septiembre de 2017.

2. El 28 de julio de 2017 el técnico municipal de Urbanismo emite informe del siguiente tenor:

“Con fecha 14 de junio de 2017 se solicita vía email al contratista la adscripción de medios personales y humanos a disposición de la obra, así como la redacción y entrega de una planificación detallada por “tajos” o unidades de obra, con los recursos que la empresa contratista prevé asignar a cada tarea o actividad.

Con fecha 21 de junio se reitera la solicitud anterior, con infructuosos resultados.

Con fecha 26 de julio se recibe email de la Dirección Facultativa transmitiendo la preocupación por el bajo ritmo de las obras y la escasa producción realizada, así como la falta de planificación y de subcontratación, entre otras cuestiones. En este escrito se pone de manifiesto que se ha exigido al contratista la entrega de un planning desde hace más de un mes.

Con fecha 27 de julio se reitera por parte de estos Servicios Técnicos, la necesidad de conocer tanto los medios humanos de la empresa adscritos a la obra (jefe de obra y encargado, con sus currículos correspondientes), así como la planificación de las obras....

Habida cuenta que se ha solicitado en varias ocasiones al contratista, tanto por parte de estos servicios técnicos como de la Dirección Facultativa, la entrega de una planificación detallada de actividades o tajos a realizar, que incluya un plan de suministros de materiales así como los recursos asignados a cada unidad de obra, y

entendiendo que una buena planificación es la base para la conclusión con éxito de las obras contratadas, más aún con el escaso plazo de ejecución de estos trabajos y con la complicación que supone ejecutar obras en agosto, se requiere al contratista para que en el plazo improrrogable de 48 horas presente de una planificación diaria, con indicación precisa de actividades a realizar, recursos y medios asignados a cada actividad y un plan de suministros, que justifique la fecha de finalización prevista en el contrato. Este plan deberá entregarse asimismo a la Dirección Facultativa que deberá dar su conformidad visto bueno. De no producirse se considerará incumplimiento reiterado de la cláusula 20 del contrato vigente”.

El 14 de agosto de 2017 se emite nuevo informe recordando que se está incumpliendo de forma continuada la cláusula 20 del contrato y que “*tras la visita a las obras con fecha 14 de agosto, y a falta de un planning que justifique el ritmo y plazos parciales previstos por el contratista para la finalización de las mismas, tenemos serias y fundadas dudas de que las obras puedan acabarse en el plazo contractual, establecido para el 5 de septiembre de 2017*”.

Con fecha 1 de septiembre de 2017, la adjudicataria presenta escrito manifestando que en la ejecución de la obra mencionada han surgido imprevistos de carácter geotécnico que han hecho necesario paralizar los trabajos de ejecución del gimnasio, provocando un alargamiento de los plazos de obra. Por ello, solicita le sea concedida una ampliación de plazo de las obras de 2 meses. Por escrito de 26 de septiembre de 2017, reitera tal solicitud.

El secretario municipal emite informe el 3 de octubre de 2017 en el que manifiesta que “*con fecha 28 de septiembre de 2017, tiene entrada en el Ayuntamiento un escrito de la Empresa PROFORMA Ejecución de Obras y Restauraciones, en el que, tras distintas consideraciones sobre el*

posible retraso en la ejecución de la obra, finaliza reiterando la solicitud de ampliación de plazo de dos meses.

Las manifestaciones efectuadas por la Empresa, no desvirtúan el informe técnico, en cuanto a la demora producida en la ejecución de las obras. En consecuencia procede continuar con el expediente, proponiendo a la Junta de Gobierno Local la autorización de una ampliación de plazo de dos meses para finalizar la obra, y la imposición de penalidades a razón de 0,20 € por cada 1.000 € de contrato y día de retraso, contado desde el día 25 de septiembre de 2017 hasta la total terminación y recepción de conformidad de las obras según lo establecido en el Pliego de Cláusulas Administrativas, cláusula 19 del Anexo I”.

La Junta de Gobierno Local, en su sesión celebrada el día 10 de octubre de 2017, adoptó, entre otros, el siguiente acuerdo que se transcribe:

“1º.- Desestimar las alegaciones formuladas por la Empresa PROFORMA Ejecución de Obras y Restauraciones, al no desvirtuar el informe técnico, en cuanto a la demora producida en la ejecución de las obras.

2º.- Autorizar una ampliación de plazo de dos meses para finalizar la obra.

3º.- Imponer a la Empresa PROFORMA Ejecución de Obras y Restauraciones, penalidades a razón de 0,20 € por cada 1.000,00 € de contrato y día de retraso, contado desde el 25 de septiembre de 2017 hasta la total terminación y recepción de conformidad de las obras, según lo establecido en el Pliego de Cláusulas Administrativas, cláusula 19 del Anexo I.

4º.- Imponer una primera penalidad, desde el 25 de septiembre hasta el 31 de octubre de 2017, por importe de 1.304,62 €.

5º.- Imponer penalidades sucesivas hasta la total finalización de la obra.”

La empresa adjudicataria presenta recurso de reposición el 10 de noviembre de 2017, haciendo constar que, tanto si se trata de unidades nuevas no previstas en el proyecto como si son incrementos de medición derivados también de modificación, la empresa tiene derecho a una ampliación de plazo por este motivo, como así lo prevé el artículo 162 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, por lo que solicita que se revoque el acuerdo recurrido y, en su lugar, se conceda la ampliación de plazo solicitada sin imposición de penalizaciones.

A propuesta del concejal delegado de Urbanismo de 4 de enero de 2018, la Junta de Gobierno Local, en su sesión celebrada el día 9 de enero de 2018, acuerda desestimar el recurso de reposición interpuesto por la empresa PROFORMA EJECUCIÓN DE OBRAS Y RESTAURACIONES, S.L. contra el acuerdo de imposición de penalidades adoptado por la Junta de Gobierno Local de fecha 10 de octubre de 2017, por los motivos indicados en el informe técnico de fecha 22 de noviembre de 2017. De igual modo, en la misma fecha acuerda “1º.- *Imponer a la Empresa PROFORMA EJECUCIÓN DE OBRAS Y RESTAURACIONES S.L. una segunda penalización desde el 1 de noviembre hasta el 31 de diciembre de 2017, por un importe de 2.151,35 €, a razón de 35,27 €/día.*

2º.- Imponer penalidades sucesivas hasta la total finalización de la obra, ampliando el plazo de ejecución hasta el 31 de marzo de 2018”.

El 1 de febrero de 2018 emite informe la Secretaría municipal, señalando que por los servicios técnicos municipales y por la dirección facultativa de las obras se han emitido informes relativos al estado actual de la obra, en el que indican el incumplimiento de los

requerimientos realizados a la empresa PROFORMA EJECUCIÓN DE OBRAS Y RESTAURACIONES S.L., la falta de programación y planificación, proponiendo la rescisión del contrato suscrito con la empresa adjudicataria, dado que se ha producido un retraso inadmisible y no se ve la posibilidad de terminar la obra.

Refiere el informe que “*se trata de una rescisión culpable por parte de la empresa que debe asumir las consecuencias perjudiciales para la administración. Se ha valorado la obra ejecutada en 115.190,09€, siendo la cantidad total de las certificaciones de obra presentadas por el contratista de 116.025,14€. Actualmente se han abonado las certificaciones nº 1, 2 y 3 por un importe total de 99.885,90€*”.

Por todo lo cual, el secretario propone los siguientes acuerdos:

“1º.- *La administración reconoce la obligación de abonar a la empresa PROFORMA EJECUCIÓN DE OBRAS Y RESTAURACIONES S.L., la cantidad de 15.304,19€, correspondiente a la obra realmente ejecutada.*

2º.- *La empresa PROFORMA EJECUCIÓN DE OBRAS Y RESTAURACIONES S.L. compensará a la administración con un importe de 27.036.04€, correspondientes a los gastos generales de administración y técnicos con el siguiente desglose:*

2.1. *Gastos generales de tramitación del expediente, que se han valorado en 3.000€.*

2.2. *Gastos técnicos por importe de 23.436,04€ correspondiente a la baja de licitación ofertada por la empresa adjudicataria, más la cantidad de 600.00€, correspondiente al coste del alquiler de un contenedor para guardar el material del gimnasio.*

3º.- Incautar la fianza depositada por la Empresa PROFORMA EJECUCIÓN DE OBRAS Y RESTAURACIONES S.L. por importe de 8.817,00€ por incumplimiento culpable imputable al contratista, cuya avalista es el BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A., por los daños y perjuicios ocasionados.

4º.- Liquidar la imposición de penalidades acordada por la Junta de Gobierno Local, desde el 1 de enero de 2018 hasta la fecha de rescisión del contrato.

5º.- Inhabilitar a la empresa PROFORMA EJECUCIÓN DE OBRAS Y RESTAURACIONES S.L. para contratar con esta Administración.

6º.- La Empresa PROFORMA EJECUCIÓN DE OBRAS Y RESTAURACIONES S.L. deberá ingresar en la Tesorería General del Ayuntamiento de Torrelodones la cantidad de 2.914,85€, por los gastos ocasionados por la rescisión del contrato, una vez descontadas las cantidades pendientes de abonar por este Ayuntamiento y la incautación de la fianza depositada para garantizar el cumplimiento del contrato suscrito el 19 de junio de 2017”.

El concejal delegado del área de Urbanismo y Medio Ambiente, en oficio de 2 de febrero de 2018, hace suya la propuesta de la Secretaría y concede a la entidad adjudicataria y al avalista un plazo de audiencia de 5 días hábiles.

Con fecha 6 de febrero de 2018, PROFORMA presenta recurso de reposición contra el acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 9 de enero de 2018 en el que se le impusieron determinadas penalizaciones, al considerar que las modificaciones operadas por la Administración son de especial importancia y justifican la demora en la ejecución

contractual. De igual modo, el 9 de febrero de 2018 presenta alegaciones al acuerdo de resolución contractual.

Tras propuesta firmada digitalmente el 1 de marzo de 2018 por el concejal delegado de Urbanismo, la Junta de Gobierno Local, en su reunión de 5 de marzo de 2018 acuerda:

“1º.- Desestimar las alegaciones formuladas por PROFORMA EJECUCIÓN DE OBRAS Y RESTAURACIONES S.L. en base a los informes técnicos, jurídicos y económicos emitidos.

2º.- Resolver el contrato en vigor con la Empresa PROFORMA EJECUCIÓN DE OBRAS Y RESTAURACIONES S.L. que permita la terminación de los trabajos pendientes de finalización, y así poder poner en marcha las instalaciones y recepcionar las obras.

3º. - Reconocer la obligación de este Ayuntamiento de abonar a la empresa PROFORMA EJECUCIÓN DE OBRAS Y RESTAURACIONES S.L., la cantidad de 15.304,19€, importe correspondiente a la obra realmente ejecutada.

4º.- Por la empresa PROFORMA EJECUCIÓN DE OBRAS Y RESTAURACIONES S.L. se compensará a la administración con un importe de 27.036,04€, correspondientes a los gastos generales de administración y técnicos con el siguiente desglose:

2.1. Gastos generales de tramitación del expediente, que se han valorado en 3.000€.

2.2. Gastos técnicos por importe de 23.436,04€ correspondiente a la baja de licitación ofertada por la empresa adjudicataria, más la cantidad de 600.00€, correspondiente al coste del alquiler de un contenedor para guardar el material del gimnasio.

5º.- Incautar la fianza depositada por la Empresa PROFORMA EJECUCIÓN DE OBRAS Y RESTAURACIONES S.L. por importe de 8.817,00€ por incumplimiento culpable imputable al contratista, cuya avalista es el BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A., por los daños y perjuicios ocasionados.

6º.- Aprobar la liquidación para imposición de penalidades por incumplimiento del contrato de la Empresa PROFORMA EJECUCIÓN DE OBRAS Y RESTAURACIONES S.L. por razón de demora en la ejecución, por causas imputables exclusivamente al contratista, a razón de 35,27€ por cada día natural de retraso, desde el 1 de enero de 2018 hasta la fecha de paralización de la obra que fue el 30 de enero de 2018, lo que supone un importe de 1.058.10€

7º.- Inhabilitar a la empresa PROFORMA EJECUCIÓN DE OBRAS Y RESTAURACIONES S.L. para contratar con esta Administración.

8º.- Notificar el acuerdo a la empresa contratista y a la entidad avalista”.

El 9 de abril de 2018, la entidad adjudicataria presenta recurso de reposición contra el referido acuerdo, invocando su nulidad de pleno derecho por omisión del dictamen del órgano consultivo de la Comunidad de Madrid, su disconformidad con la liquidación del contrato efectuada por el órgano contratante y la ausencia de pronunciamiento de la Administración sobre su pretensión de resolución por modificación sustancial del contrato. De igual modo, considera que no cabe incautación de garantía pues los daños no están acreditados.

El día 15 de mayo de 2018, la Junta de Gobierno Local acuerda, de conformidad con el informe del secretario de 19 de abril de 2018, estimar parcialmente el recurso interpuesto por la empresa PROFORMA EJECUCIÓN DE OBRAS Y SERVICIOS S.L contra el acuerdo adoptado

por la Junta de Gobierno Local de fecha 5 de marzo de 2018, en lo relativo a la inhabilitación para contratar con esa Administración y desestimar el resto de alegaciones formuladas por la entidad.

Con fecha 24 de mayo de 2018, la entidad formula recurso de reposición contra el acuerdo del alcalde de fecha 2 de abril de 2018, por el que se aprueba el expediente de compensación entre el Ayuntamiento de Torrelodones y la empresa, por un importe de 1.058,10 euros, declarando extinguidos los créditos y deudas en la cantidad concurrente, alegando su nulidad por omisión completa del procedimiento legalmente establecido. Por Resolución de la Alcaldía de 8 de junio de 2018, se desestima el recurso.

3. Por sentencia de 26 de septiembre de 2019, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 27 de Madrid se desestima el recurso interpuesto por la entidad contra la resolución de la Junta de Gobierno Local, adoptada en la sesión de 9 de enero de 2018 por la que se desestima el recurso de reposición interpuesta por la empresa recurrente contra la imposición de penalidades por el retraso en la ejecución de la obra adoptado por la Junta de Gobierno Local de 10 de octubre de 2017.

4.- La entidad interpone recurso contencioso administrativo, que da origen al procedimiento ordinario 305/18, ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 17 de Madrid, contra:

A) El acuerdo de fecha 15 de mayo de 2018 adoptado por la Junta de Gobierno Local por el que se estima parcialmente el recurso de reposición interpuesto contra el acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno local de fecha 5 de marzo de 2018 relativo a la resolución del contrato suscrito entre el Ayuntamiento y la entidad recurrente para la realización de las obras comprendidas en el proyecto de reforma y nuevo pabellón en el Colegio de Lourdes, en lo relativo a la inhabilitación para contratar confirmando en el resto de sus pronunciamientos la

resolución impugnada relativa a resolver el contrato, reconocer el pago de una cuantía de 15.304,19 euros a la contratista por el trabajo efectivamente realizado, compensar con las cantidades adeudadas al Ayuntamiento por importe de 27.036,04 euros e incautar la fianza constituida mediante aval por importe de 8.817 euros, aprobar la liquidación por imposición de penalidades por incumplimiento por importe de 1.058,10 euros.

B) La resolución de 8 de junio de 2018 por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto contra la resolución de alcaldía de fecha 2 de abril de 2018 que acuerda la compensación de oficio de débitos y créditos recíprocos.

Frente al argumento del Ayuntamiento de Torrelodones que negaba que el dictamen de la Comisión Jurídica Asesora fuera esencial en el procedimiento, pues no había habido oposición propiamente dicha a la causa de extinción de la concesión, la sentencia de 4 de marzo de 2020 del citado Juzgado manifiesta que *“el dictamen del Consejo Consultivo (sic), como señala el Tribunal Supremo en sentencia de fecha de 6 de abril de 2006, constituye un trámite esencial del procedimiento del que no se puede prescindir y que ha de llevar a la anulación del decreto de resolución impugnado, sin entrar a enjuiciar el fondo de la misma, exclusivamente por la omisión de dicho informe o dictamen, que deberá recabarse en su caso.”*

Como hemos expuesto en el fundamento jurídico anterior, el artículo 109 del RGLCAP señala como trámite en los expedientes de resolución de los contratos el previo dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, cuando se formule oposición por parte del contratista.

Por parte del Secretario del Ayuntamiento en su informe de fecha 19 de abril de 2018 se consideró que no era necesario el informe del órgano

consultivo de la Comunidad de Madrid pues la parte actora en el escrito de alegaciones no se opone a la resolución del contrato sino que se propone que se adopte un acuerdo acordando en su lugar la resolución del contrato al amparo de lo establecido en el artículo 170 TRLCSP, por modificación esencial del contrato al superar las modificaciones más de 10% del precio del contrato (f.495 y ss).

De la lectura del escrito de alegaciones presentado por el recurrente (f.442 y ss), llegamos a una conclusión distinta... De lo que se deduce que la resolución recurrida, primer lugar, no se ajusta a Derecho, por lo que procede en consecuencia la estimación del presente recurso, como indica el art. 70.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, si bien la estimación ha de ser necesariamente parcial ordenando que se retrotraigan las actuaciones a fin de que se cumplimente el trámite omitido. Ello conduce igualmente a la nulidad de la segunda de las resoluciones impugnadas, pues la misma trae causa de la anterior”.

5. Consta en el expediente escrito de alegaciones de la empresa de 11 de marzo de 2020, acompañado de dictamen pericial y copia de la sentencia de instancia. La entidad alega que “*deben retrotraerse las actuaciones para solicitar el referido informe de la Comisión Jurídica Asesora y ratifican que no existe causa de resolución imputable a la empresa contratista, tal y como consta debidamente acreditado en el expediente administrativo, recordándoles que deberán dar trámite de audiencia a esta empresa contratista de conformidad con lo previsto en la legislación vigente a efectos de poder realizar cuantas alegaciones estime convenientes u oportunas*”.

Además, señala que las obras tuvieron que paralizarse por la existencia de un problema en la cimentación por la aparición de un terreno distinto al previsto en el proyecto, hechos no imputables a la contratista, máxime dada la inexistencia de un estudio geotécnico y, además, por aparecer acreditado en el expediente administrativo que la

dirección facultativa de las obras reconoció la existencia del problema de la cimentación, no entregando la nueva solución a dicha cimentación hasta el día 10 de agosto de 2017.

Reitera el escrito que la empresa comunicó el día 14 de julio de 2017 a la dirección facultativa de las obras la existencia de un problema con la cimentación prevista por ser distinto el terreno donde debía ser ejecutada las obras y la nueva solución no se dio por aquella hasta el día 10 de agosto de 2017, por lo que la paralización de las obras y su reanudación no pueden materialmente ceñirse a tan solo veinte (20) días naturales como se estableció por ese Ayuntamiento.

De otra parte, refiere que existe una clara falta de motivación de los daños y perjuicios exigidos y que la entidad se vio obligada a parar las obras por el error del proyecto de ejecución y la ausencia de un estudio geotécnico, es decir, por causas ajenas a la contratista, además de la existencia de otros problemas técnicos acaecidos durante la ejecución de las obras

Por último, la empresa señala que solicitó en escrito de fecha 22 de diciembre de 2017 la tramitación de varias órdenes de cambio o precios contradictorios.

6.- Mediante Resolución de la Alcaldía de 17 de marzo de 2020, se acordó: 1º) Acatar la sentencia nº 56/2020 de fecha 4 de marzo de 2020, dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 17 de Madrid, en el Procedimiento Ordinario nº 305/2018C, en todos sus términos. 2º) Anular los acuerdos adoptados por la Junta de Gobierno Local en sesiones celebradas los días 1 de marzo y 15 de mayo de 2018, relativos a la resolución del contrato y a la desestimación parcial del recurso de reposición respectivamente. 3º) Retrotraer las actuaciones de este expediente para cumplimentar el trámite omitido y en consecuencia solicitar informe al órgano consultivo de la Comunidad de Madrid, al

existir oposición por parte del contratista. 4º) Notificar la presente resolución al demandante y dar cuenta de la misma al Juzgado de lo Contencioso – Administrativo nº 17 de Madrid.

El 7 de mayo de 2020 se registró de entrada en la Comunidad de Madrid el escrito de solicitud de dictamen de la Comisión Jurídica Asesora, que fue recibido en este órgano consultivo el 8 de mayo de 2020.

Con fecha 16 de junio de 2020 se emite por esta Comisión Jurídica Asesora el Dictamen 223/20, en el que se estima necesaria la retroacción del procedimiento pues *«no consta que el Ayuntamiento haya dictado una nueva propuesta de resolución que sustituya a la anterior que el propio Ayuntamiento declara “anulada”, recogiendo en su contenido y haciendo efectivo el derecho de oposición que el contratista ostenta. Por el contrario, lo que si consta en el expediente es un escrito de alegaciones, presentado por el adjudicatario en debida forma el 11 de marzo de 2020, acompañado de un dictamen pericial, y que no ha sido rebatido, contestado o tomado en consideración por la Administración municipal en la citada resolución de 17 de marzo de 2020. La propia entidad adjudicataria recuerda expresamente en dicho escrito que “deberán dar trámite de audiencia a esta empresa contratista de conformidad con lo previsto en la legislación vigente a efectos de poder realizar cuantas alegaciones estime convenientes u oportunas”... En definitiva, razones de seguridad jurídica exigen la retroacción del presente procedimiento para que, en cumplimiento de la sentencia del Juzgado de los Contencioso Administrativo nº 17 de Madrid de 4 de marzo de 2020, y para la adecuada emisión del dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora, se dicte por el Ayuntamiento de Torrelodones nueva propuesta de resolución del contrato, teniendo en cuenta el escrito de oposición del contratista de 11 de marzo de 2020».*

Posteriormente, la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Torrelodones, en su sesión de 20 de julio de 2020, adopta el siguiente Acuerdo:

«... Por el Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, en sesión de fecha 16 de junio de 2020, se ha emitido dictamen en el que se indica la procedencia de retrotraer el procedimiento para que la Junta de Gobierno Local de este Ayuntamiento, realice una nueva propuesta de resolución, teniendo en cuenta el escrito de oposición del contratista de fecha 11 de marzo de 2020 y advierte de la perentoriedad del plazo para la caducidad del procedimiento.

La Junta de Gobierno Local, previa votación ordinaria, y por unanimidad de los señores asistentes, acuerda:

1º.- Declarar caducado el procedimiento de resolución del contrato suscrito entre este Ayuntamiento y la Empresa PROFORMA EJECUCION DE OBRAS Y RESTAURACIONES, S. L., por las obras comprendidas en el “Proyecto de reforma y nuevo pabellón gimnasio en el Colegio de Lourdes”.

2º.- Ordenar el inicio de un nuevo expediente con la conservación de los informes practicados.

3º.- Dar cuenta del presente acuerdo a la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, de conformidad a lo establecido en el artículo 22.5 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid».

El Acuerdo es notificado a la entidad PROFORMA, Ejecución de Obras y Restauraciones S.L. el 22 de julio de 2020 y a la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid el 28 de julio de 2020.

Con fecha 31 de julio de 2020, el secretario del Ayuntamiento de Torrelodones emite informe en el que manifiesta que “*el funcionario que suscribe se ratifica del contenido de los informes realizados en el expediente de contratación tramitado para la realización de las obras comprendidas en el Proyecto de reforma y nuevo pabellón gimnasio en el Colegio de Lourdes, a adjudicar por procedimiento abierto, mediante el criterio precio y tramitación urgente, con reducción de plazos y que son los que se enumeran a continuación...*”.

Consta en el expediente informe de 3 de agosto de 2020, realizado por el técnico de Urbanismo del ayuntamiento, en el que también ratifica el contenido de los informes por él emitidos en el curso del procedimiento de resolución contractual.

En el mismo sentido se manifiestan el director de obra y el director de la ejecución de la obra en informe de 6 de agosto de 2020, y la interventora municipal, en su informe de 19 de agosto de 2020.

Mediante sendos oficios de 21 de septiembre de 2020 se concede audiencia al contratista, PROFORMA, Ejecución de Obras y Restauraciones S.L. y al avalista, BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A.

Con fecha 2 de octubre de 2020, la entidad contratista presenta escrito de alegaciones manifestando su disconformidad y oposición al acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno Local de 20 de julio de 2020 pues “*el acuerdo adoptado por ese Ayuntamiento es el de rescisión, y no el de resolución con arreglo al procedimiento legalmente previsto, no existiendo base jurídica alguna para acordar la rescisión del contrato ni, en su caso, para acordar la resolución, habida cuenta que la carga de la prueba corresponde a esa Ayuntamiento, sin que se haya dado traslado a esta parte de los informes técnicos en los que supuestamente motiva la Junta de Gobierno Local el meritado acuerdo de rescisión (sic)*”.

Además, refiere la entidad que «*el acuerdo que se nos comunica, una vez adoptada la decisión de declarar la caducidad del procedimiento, acuerda nuevamente abrir un nuevo procedimiento de resolución, pero se limita a renglón seguido a declarar (...) la conservación de los informes practicados*», sin especificar cuáles actos administrativos e informes practicados son objeto de conservación y, en su caso, qué nuevas actuaciones se practicaron en este expediente. De hecho, parece que el único acto administrativo practicado es de la declaración de la apertura del nuevo expediente de rescisión (sic) de contrato... El referido acuerdo es nulo de pleno derecho. En efecto, no es conforme a Derecho tener por reproducido el expediente anterior, sin posterior tramitación, obviando así los efectos derivados de la caducidad del procedimiento anterior».

Por último, en cuanto al fondo del asunto, la concurrencia de la causa de resolución del contrato que alega el ayuntamiento, afirma la entidad que “*en resumen, con la prueba practicada en juicio quedó claro que los retrasos en la ejecución no se debieron a la falta de diligencia de PROFORMA, sino a los problemas que surgieron por la ausencia de un estudio geotécnico que el ayuntamiento no ordenó elaborar. La inexistencia de este informe conllevó que el Proyecto de Ejecución no estuviera correctamente proyectada la cimentación, lo cual retrasó todas las obras. Esto, unido con la inexistencia de la red de tierras y a las incorrecciones en el sistema de saneamientos, entre otros muchos ejemplos, corroborados por el informe pericial, provocaron que se retrasara la ejecución de las obras por causas no imputables a la voluntad de mi mandante*”.

Con fecha 16 de octubre de 2020 emite nuevo informe el secretario del Ayuntamiento de Torrelodones, refiriendo sucintamente, frente a la alegación de la contratista relativa a la no procedencia de la conservación de los informes en el expediente, que “*no obstante, no existe inconveniente jurídico a dicha conservación teniendo en cuenta que*

no se han producido hechos nuevos que alteren el supuesto de base alegado...En cuanto al fondo del asunto se mantiene el criterio expuesto por los técnicos municipales de que las obras no se ejecutaron en tiempo y forma, quedando acreditado el incumplimiento”.

Posteriormente, mediante oficio de 21 de octubre de 2020, el alcalde del Ayuntamiento de Torrelodones remite el expediente para la emisión del dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora, que ha tenido entrada en el registro de este órgano consultivo, a través del consejero de Vivienda y Administración Local, el 27 de octubre de 2020.

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).e. 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: (...) e. Interpretación, nulidad y extinción de concesiones administrativas cuando se formule oposición por parte del concesionario”.*

La solicitud de dictamen del alcalde de Torrelodones se ha hecho llegar a la Comisión Jurídica Asesora a través del consejero de Vivienda y Administración Local 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.- El contrato cuya resolución se pretende se adjudicó el 7 de junio de 2017 por lo que, en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria primera. 2 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), según el cual *“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”*, resulta de aplicación el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real decreto legislativo de 14 de noviembre de 2011 (en adelante TRLCSP), por ser la normativa vigente en dicho momento.

Sin embargo, la normativa que ha de regir el procedimiento de resolución contractual es la vigente en el momento de su iniciación. En este punto, conviene advertir que el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Torrelodones de 20 de julio de 2020 declara la caducidad del procedimiento anterior, iniciado por acuerdo de 2 de febrero de 2018 dictado por el concejal delegado del Área de Urbanismo y Medio Ambiente y que, en consecuencia, se regía en su tramitación por el citado TRLCSP. Simultáneamente, en el mismo instrumento, la Junta de Gobierno Local acuerda el inicio de un nuevo procedimiento de resolución contractual que, por tanto, habrá de regirse por lo dispuesto en la normativa vigente en el momento de su inicio, lo que supone la aplicación ahora de la LCSP/17, cuyo artículo 191 exige que se otorgue trámite de audiencia al contratista, informe del Servicio Jurídico salvo en los supuestos contemplados en los artículos 109 y 195 de la Ley, e informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la

Comunidad Autónoma respectiva cuando se formule oposición por el contratista. El artículo 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de la Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), referido específicamente al “*procedimiento para la resolución de los contratos*” precisa: “1. *La resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, previa autorización, en el caso previsto en el último párrafo del artículo 12.2 de la Ley, del Consejo de Ministros, y cumplimiento de los requisitos siguientes: a) Audiencia del contratista por plazo de diez días naturales, en el caso de propuesta de oficio. b) Audiencia, en el mismo plazo anterior, del avalista o asegurador si se propone la incautación de la garantía. c) Informe del Servicio Jurídico, salvo en los casos previstos en los artículos 41 y 96 de la Ley. d) Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, cuando se formule oposición por parte del contratista. 2. Todos los trámites e informes preceptivos de los expedientes de resolución de los contratos se considerarán de urgencia y gozarán de preferencia para su despacho por el órgano correspondiente*”.

En este sentido, a la hora de abordar la tramitación del nuevo procedimiento llevada a cabo por el Ayuntamiento de Torrelodones, y tal y como ya ha sido indicado en los antecedentes, el citado acuerdo de 20 de julio de 2020 de declaración de caducidad del procedimiento anterior y de inicio de un nuevo procedimiento de resolución contractual determina la conservación de actos del procedimiento anterior, pero limitándose a señalar de forma genérica “*la conservación de todos los informes practicados*”, sin especificar siquiera la fecha en que se produjeron y el órgano o servicio que los emitió. En consecuencia, la única actuación llevada a cabo tras el inicio del procedimiento que nos ocupa ha sido la audiencia de la contratista, pues el resto de órganos intervenientes, tanto la Secretaría como la Intervención municipal o los servicios técnicos, se han limitado a ratificar el contenido de aquellos informes ya emitidos. Es más, continuando con esta irregular forma de

tramitación del procedimiento, sólo el secretario municipal emite un nuevo y sucinto informe final de 16 de octubre de 2020, rebatiendo las alegaciones de la empresa contratista, cuando en los expedientes como el actual, de resolución contractual por demora del contratista (artículo 195 LCSP/17 en relación con el artículo 109 del RGLCAP), no es preceptivo el informe del Servicio Jurídico, secretario de la Corporación municipal o titular de la Asesoría Jurídica, (así el Dictamen 31/14, de 22 de enero, del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid y el Dictamen 310/17, de 27 de julio y 294/19, de 11 de julio de esta Comisión Jurídica Asesora, entre otros).

Siguiendo en este punto el criterio sustentado por esta Comisión Jurídica Asesora en su Dictamen 95/19, de 14 de marzo, cabe reseñar que en relación a la conservación de los actos en los procedimientos caducados, la nueva LPAC en su artículo 95.3, segundo párrafo, dispone lo siguiente:

“En los casos en los que sea posible la iniciación de un nuevo procedimiento por no haberse producido la prescripción, podrán incorporarse a éste los actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse producido la caducidad. En todo caso, en el nuevo procedimiento deberán cumplimentarse los trámites de alegaciones, proposición de prueba y audiencia al interesado”.

Sobre el alcance que ha de darse a la conservación de los actos y trámites se ha pronunciado el Tribunal Supremo en varias sentencias.

En la sentencia de 21 de noviembre de 2012 (rec. núm. 5618/2009), con cita de la sentencia del mismo tribunal de 24 de febrero de 2004 (recurso de casación 3754/2001), se pronunció en los siguientes términos:

«La declaración de caducidad, prevista en el apartado 5º del art. 102 de la Ley 30/1992, determina la aplicabilidad de lo establecido en el artículo 44.2 de la misma Ley, a cuyo tenor la declaración de caducidad de los procedimientos iniciados de oficio conlleva “el archivo de las actuaciones”. Respecto al significado de esta expresión, “archivo de las actuaciones”, está Sala y Sección ya ha tenido ocasión de pronunciarse en la sentencia 24 de febrero de 2004 (recurso de casación 3754/2001), citada por la recurrente y uno de los recurridos, bien que en sentido divergente y en apoyo de sus tesis enfrentadas. En esta sentencia (referida a un procedimiento sancionador) abordamos la aplicación del principio de conservación de actos y trámites (artículo 66) a los procedimientos administrativos caducados, señalando (con unos razonamientos que resultan extensibles al caso que ahora nos ocupa) lo siguiente (fundamento jurídico octavo): “Sabemos que la declaración de caducidad no impide la apertura de un nuevo procedimiento sancionador en tanto en cuanto la hipotética infracción que originó la incoación del procedimiento caducado no haya prescrito. Así se desprende, con nitidez, del mandato legal que se contiene en el artículo 92.3 de la Ley 30/1992 (...). Ahora bien, al declarar la caducidad la Administración ha de ordenar el archivo de las actuaciones (artículo 43.4 de la Ley 30/1992 (en su redacción originaria; y artículo 44.2 de la misma Ley en la redacción ahora vigente), lo cual, rectamente entendido, comporta:

a) Que el acuerdo de iniciar el nuevo expediente sancionador (si llega a producirse) puede y debe fundarse en los mismos documentos que, con el valor de denuncia, determinaron la iniciación del expediente caducado. De lo contrario carecería de sentido aquel mandato legal. Afirmación, esta primera, que cabe ver, entre otras, en las sentencias de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo de fechas 1 de octubre de 2001 (dos), 15 de octubre de 2001, 22 de octubre de 2001 y 5 de noviembre de 2001.

- b) Que en ese nuevo expediente pueden surtir efectos, si se decide su incorporación a él con observancia de las normas que regulan su tramitación, actos independientes del expediente caducado, no surgidos dentro de él, aunque a él se hubieran también incorporado. Concepto, éste, de actos independientes, que también cabe ver en las sentencias que acaban de ser citadas.*
- c) Que no cabe, en cambio, que en el nuevo procedimiento surtan efecto las actuaciones propias del primero, esto es, las surgidas y documentadas en éste a raíz de su incoación para constatar la realidad de lo acontecido, la persona o personas responsables de ello, el cargo o cargos imputables, o el contenido, alcance o efectos de la responsabilidad, pues entonces no se daría cumplimiento al mandato legal de archivo de las actuaciones del procedimiento caducado.*
- d) Que cabe, ciertamente, que en el nuevo procedimiento se practiquen otra vez las mismas actuaciones que se practicaron en el primero para la constatación de todos esos datos, circunstancias y efectos. Pero habrán de practicarse con sujeción, ahora y de nuevo, a los trámites y garantías propios del procedimiento sancionador y habrán de valorarse por su resultado o contenido actual y no por el que entonces hubiera podido obtenerse.*
- e) Que por excepción, pueden surtir efecto en el nuevo procedimiento todas las actuaciones del caducado cuya incorporación solicite la persona contra la que se dirige aquél, pues la caducidad "sanciona" el retraso de la Administración no imputable al administrado y no puede, por ello, desenvolver sus efectos en perjuicio de éste».*

Y por ello el Tribunal Supremo, en la sentencia de 6 de noviembre de 2012 declaraba que “*lo que no podía la Administración actuante es limitarse a dar por reproducido lo actuado en aquel expediente caducado y dictar una nueva resolución de nulidad del estudio de detalle contemplado*” y ordenaba la “*retroacción del procedimiento a fin de que por la Administración demandada se sustancie el mismo conforme a Derecho; debiéndose remitir el expediente de revisión de oficio (completo, debidamente sustanciado, y con recta observancia del trámite de audiencia de los interesados)*”.

Además, la STS de 25 de enero de 2012 (recurso 2512/2010), en un expediente de declaración de jubilación por incapacidad, declaró que no podía admitirse que, en virtud del principio de conservación de los actos, el nuevo expediente se fundara en los informes emitidos dentro del expediente caducado porque ello nos situaría al margen de la Ley e iría en contra del mismo sentido de la caducidad como causa de terminación del procedimiento administrativo.

En este caso consta que en el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 20 de julio de 2020 se ha procedido a declarar la caducidad del expediente de resolución del contrato iniciado mediante Acuerdo de 2 de febrero de 2018, y se ha procedido a incorporar en bloque los informes en él emitidos, lo que podría suponer un fraude procedural, pues la ratificación en el contenido de sus respectivos informes que han realizado los diferentes órganos no supone una nueva tramitación, máxime tomando en consideración que existe una modificación en la normativa reguladora del procedimiento, regido ahora por la LCSP/17, que no resulta mencionada en ninguno de aquellos informes.

En consecuencia, el cumplimiento de los requisitos formales del procedimiento administrativo no es un mero formalismo sino que asegura y garantiza el respeto de los derechos de los ciudadanos especialmente cuando puedan resultar afectados por la resolución

administrativa que se dicte, tal y como fue destacado por el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid en el Dictamen 561/09, y por esta Comisión Jurídica Asesora en sus Dictámenes 559/16, de 15 de diciembre, 528/18, de 4 de diciembre y 86/19, de 7 de marzo, entre otros, en los que se ha señalado también que la Administración no puede adoptar sin más una resolución contractual, sino que ha de hacerlo observando de un modo riguroso las exigencias de índole procedural que resulten aplicables, máxime en un supuesto como el presente, en que existe una resolución judicial, la sentencia nº 56/2020 de fecha 4 de marzo de 2020, dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 17 de Madrid, en el Procedimiento Ordinario nº 305/2018C, que reconoce ya la existencia de una previa infracción procedural por parte del Ayuntamiento de Torrelodones al no remitir el expediente para el preceptivo Dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora.

Según la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2016 (rec. núm. 1380/2015):

“El procedimiento administrativo encauza y ordena el ejercicio de las potestades administrativas propiciando que la decisión, plasmada en el acto o resolución que pone fin al mismo, se dirija correctamente al interesado que está sujeto a la potestad de que se trate, y se adopte siguiendo los trámites y requisitos establecidos en garantía del administrado cuyos derechos resultan afectados por la decisión”.

Atendiendo a la jurisprudencia anteriormente citada, cabría incorporar al nuevo expediente de resolución los actos y trámites independientes anteriores al primer procedimiento de resolución, no los surgidos o producidos dentro del expediente caducado (por ejemplo, el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y el Pliego de Prescripciones Técnicas, el contrato, la oferta del contratista, los informes y escritos de alegaciones producidos con anterioridad a su

incoación). Es decir, la conservación de actos no alcanza a los informes de los servicios técnicos y de la Intervención (no al informe de la Secretaría, según lo dicho) que habrán de emitirse en este procedimiento. Una vez emitidos, deberá darse nuevamente audiencia a la contratista para alegaciones, que en su caso, deberán ser informadas y, con posterioridad, habrá de dictarse nueva propuesta de resolución. En efecto, en este punto cabe señalar que, de nuevo, el Ayuntamiento de Torrelodones, ignorando la conclusión del Dictamen 223/20, ha remitido el expediente sin formular una propuesta de resolución tras tomar en consideración las alegaciones formuladas por la entidad adjudicataria del contrato.

Por último, cabe señalar, en relación con el plazo para resolver, que el artículo 212.8 de la LCSP/17 establece que los procedimientos de resolución contractual deberán ser instruidos y resueltos en el plazo máximo de ocho meses. Por otro lado, tal rigor temporal puede verse atemperado por la suspensión del procedimiento para la solicitud de informes preceptivos, tal y como establece el artículo 22.1.d) de la LPAC, que exige la comunicación a los interesados en el procedimiento, tanto de la suspensión para recabar los informes preceptivos, como lo es el dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora, como de la recepción de los mismos.

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

CONCLUSIÓN

Procede la retroacción del procedimiento para emitir los informes legalmente requeridos, con audiencia al interesado y propuesta de

resolución antes de ser enviado nuevamente a esta Comisión Jurídica Asesora.

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 17 de noviembre de 2020

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 522/20

Sra. Alcaldesa de Torrelodones

Pza. de la Constitución, 1 – 28250 Torrelodones