

Dictamen nº: **93/20**
Consulta: **Alcalde de Cobeña**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **05.03.20**

DICTAMEN de la Sección de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad en su sesión 5 de marzo de 2020, emitido ante la consulta formulada por el alcalde de Cobeña, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, respecto a la resolución del contrato de obras “*Construcción de pista de SKATE PARK y PUMP TRACK en C/Olivo c/v Avda. Río Duero, de Cobeña. Expte.28/2019*”, adjudicado a la empresa BECSA S.A.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 15 de enero de 2020, tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, solicitud de dictamen formulada por el consejero de Vivienda y Administración Local, sobre la resolución del contrato mencionado *ut supra* a instancias del Ayuntamiento de Cobeña.

A dicho expediente se le asignó el nº 21/20, comenzando el día señalado el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 23.1 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora

aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero, del Consejo de Gobierno (en adelante, ROFCJA).

La ponencia ha correspondido por reparto de asuntos, a la letrada vocal Dña. Silvia Pérez Blanco que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen deliberada y aprobada por la Sección de esta Comisión en la sesión referida en el encabezamiento.

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

1.- En el expediente nº 28/2019 del Ayuntamiento de Cobeña, la Junta de Gobierno Local aprobó con fecha 31 de enero de 2019 los pliegos de cláusulas administrativas y prescripciones técnicas del contrato para la ejecución de la obra denominada “*Construcción de pista de SKATE PARK y PUMP TRACK*”, a adjudicar por procedimiento abierto simplificado y tramitación ordinaria.

El presupuesto base de licitación era de 119.611,45 euros IVA excluido y el plazo de ejecución de las obras de tres meses desde el día siguiente a la fecha del acta de comprobación del replanteo.

Tras la oportuna tramitación, se acordó por la Junta de Gobierno Local con fecha 14 de marzo de 2019, adjudicar dicho contrato a la empresa BECSA S.A (en adelante, la contratista).

Con fecha de 27 de marzo de 2019 se formaliza el contrato de obras (documento 1 del expediente), adjudicado por importe de 105.683,97 euros (IVA excluido) y un plazo de ejecución de dos meses contados desde el día siguiente al de la firma del acta de comprobación del replanteo; ésta se llevará a cabo en el plazo máximo de un mes a contar desde la firma del contrato (cláusula tercera del contrato).

2.- Por informe de la Dirección Facultativa (documento 2) se indica que es necesario realizar una modificación del proyecto técnico, ya que “*hay un exceso de mediciones superior al 10% alcanzando en este caso un 75% aproximadamente*” y que hay que incorporar nuevas partidas de obra superiores al 3% del presupuesto original del contrato. Es de advertir que, aunque dicho informe lleva fecha de 17 de mayo, la fecha fehaciente es la de las firmas digitales de los arquitectos redactores, es decir, de 20 de mayo de 2019.

El día 17 de mayo de 2019 se suscribió en Cobeña, el acta de comprobación de replanteo previo de las obras con carácter negativo, acordándose quedar “*suspendido el inicio de las mismas a consecuencia de la necesidad de modificar el proyecto aprobado*” (documento 3), si bien en la misma figuran dos errores: un número de expediente distinto del que es y una denominación del contrato que no se corresponde con el que nos ocupa. Estos errores fueron advertidos con posterioridad, por la Intervención.

3.- El 5 de junio de 2019 se presenta escrito por la Dirección Facultativa en el que indica que “*el acta de replanteo debía haber sido firmada el 28 de abril, pero no fue posible hasta que se dispuso de la aprobación del Plan de Seguridad y Salud*”. Igualmente, manifiesta que, en dos ocasiones, el 31 de mayo y el 5 de junio de 2019, por parte de esa Dirección Facultativa se había indicado al contratista que se podían iniciar las obras, “*haciendo este último caso omiso de estas indicaciones*” (Documento 4). No constan en el expediente remitido, ni estos requerimientos ni su notificación al contratista.

Por la Dirección Facultativa se emite informe de supervisión de fecha 19 de junio de 2019, sobre las mediciones del proyecto básico y de ejecución para la pista de SKATE PARK y PUMP TRACK, indicando las partidas donde existen mayores discrepancias y que faltarían en el proyecto, (documento 5 del expediente).

4.- El 22 de julio de 2019 se emite nuevo informe por la Dirección Facultativa para el inicio de los trabajos de ejecución de la obra, indicando que éstos pueden empezar, y se “*da traslado a BECSA S.A sin que proceda la modificación del contrato, emplazándola para la firma del acta de replanteo el 24 de julio de 2019 a las 12 h*”. No hay constancia en el expediente de dicho emplazamiento ni de su notificación. El citado informe (documento 6) refleja en síntesis que:

- Por la contratista se considera que no se pueden comenzar las obras porque existen disconformidades con las mediciones recogidas en el proyecto.
- Por parte de la Dirección Facultativa se considera que la obra se puede empezar, ya que las diferencias de medición, se pueden asumir en la certificación final de las obras según se recoge en el artículo 242.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP/17).

5.- El 2 de septiembre de 2019, la Dirección Facultativa firma el proyecto modificado del contrato, en el que se indica que las modificaciones “*no son sustanciales pero que son necesarias para la correcta ejecución de las obras*” y que se trata de prestaciones adicionales debidas a circunstancias imprevisibles, que no superan el 15 % del precio inicial del contrato, IVA excluido (documento 7). El proyecto de modificado consta de Memoria informativa y justificativa, Memoria descriptiva, Mediciones y Presupuesto, y Planos. Del mismo destacamos:

- La constatación de que “*antes de que comiencen los trabajos, se comprueba que faltan mediciones en algunas de las partidas, faltan algunas partidas para poder realizar las obras, o no están completamente especificadas para su ejecución*” y justifica su retraso desde la firma del acta de replanteo negativa hasta la redacción de este

proyecto modificado, “*debido al estudio y modelado en programas de 3D de la planta de las pistas de skate y pump*”.

- La valoración de la modificación “*se estima en aproximadamente 29.604,86 €*” (13,11% del total del presupuesto de licitación excluido el IVA).

- Que la modificación propuesta debe encuadrarse dentro de las previstas en el artículo 205 de la LCSP/17, es decir, de las no previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares: “*prestaciones adicionales, circunstancias imprevisibles*” y que son modificaciones no sustanciales.

- Que, una vez realizadas las mediciones de la modificación propuesta, tal y como se muestra en el apartado correspondiente, el presupuesto sería de 135.288,83 € (IVA excluido).

6.- Por la Secretaría municipal se emite informe el 4 de septiembre, acerca de la legalidad y procedimiento a seguir en la modificación propuesta (documento 9), y el 5 de septiembre de 2019, por la Junta de Gobierno Local, se acordó iniciar expediente de modificación del contrato y dar audiencia por tres días al contratista, adjuntándole copia del informe y del proyecto de modificado elaborados por la DF.

BECSA SA, presenta escrito de alegaciones el 11 de septiembre (documento 14) oponiéndose a la modificación del contrato, por considerar que hay partidas no contempladas en el proyecto que especifica detalladamente y que en su conjunto supondrían un incremento del 41,77% del presupuesto; además, señala que no se cumplen los requisitos de los apartados a), b) o c) del artículo 205.2 de la LCSP/17 para que se justifique la modificación propuesta y en consecuencia, solicita a la alcaldía “*que no apruebe la modificación del contrato*”.

Con fechas de firma de 27 de septiembre y 15 de octubre de 2019, se elaboran sendos informes por la Dirección Facultativa y el arquitecto municipal, sobre las alegaciones presentadas. En el primero de ellos, la Dirección Facultativa se ratifica en lo manifestado en el proyecto modificado y además, adjunta un cuadro comparativo de las partidas del presupuesto original y del proyecto modificado (Documento 16). En el segundo, el arquitecto municipal considera que el proyecto modificado no varía sustancialmente el proyecto inicial, que las nuevas partidas no suponen una alteración de la naturaleza del contrato, y que se trata de modificaciones no sustanciales justificadas adecuadamente por la DF (documento 17).

7.- Por la Secretaría municipal y la Intervención se emiten los pertinentes informes previos (documentos 18 y 19); el primero de ellos propone desestimar las alegaciones del contratista y el segundo, fiscaliza de conformidad el expediente; no obstante, formula la siguiente observación “*en el acta de replanteo de 17 de mayo de 2019 se observa la existencia de errores de transcripción referidos al número de expediente y a la denominación del proyecto*”.

Con fecha 17 de octubre de 2019, la Junta de Gobierno Local, acuerda desestimar las alegaciones presentadas por BECSA SA, aprobar el proyecto modificado y el inicio de las obras, autorizando el comienzo de las mismas a partir del día siguiente al de la notificación de dicho acuerdo al contratista (documento 20). El anterior acuerdo se registró de salida para su notificación a la empresa contratista y a la Dirección Facultativa el día 18 de octubre.

8.-Con fecha 21 de octubre de 2019 la contratista interpone recurso de reposición contra el acuerdo por el que se aprueba la modificación del contrato, alegando falta de motivación e indefensión, por no haberse adjuntado a la notificación practicada, los informes de la Dirección Facultativa y del Arquitecto Municipal en los que se basa

la resolución que desestima sus alegaciones; porque entiende que la modificación propuesta infringe la LCSP/17 ya que no se justifica adecuadamente el cumplimiento de los requisitos de su artículo 205; y solicita además, la suspensión de la ejecución del acuerdo recurrido (documento 23).

Con esa misma fecha, 21 de octubre de 2019, la Secretaría municipal da traslado a la contratista, de los citados informes alegando que “*por error no se adjuntaron a la notificación anterior*”, concediéndole un nuevo plazo para la interposición de los recursos procedentes.

El 22 de octubre, BECSA SA presenta escrito acusando recibo de los informes y reiterando su recurso de reposición.

9.- El 28 de octubre de 2019, la contratista presenta escrito en el que solicita se inicie procedimiento de resolución del contrato por considerar que concurren las causas de resolución de los apartados a) y b) del artículo 245 de la LCSP/17. (Documento 26).

Por la Secretaría del Ayuntamiento se emite informe el 31 de octubre de 2019 (documento 27) en el que se manifiesta: i) respecto del recurso de reposición, que la falta de motivación de un acto no es causa de nulidad sino la anulabilidad de acuerdo con el art. 48.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC); que aquélla ha sido subsanada acordándose entregar a la contratista los informes de la Dirección Facultativa y del arquitecto municipal, a los cuales se remitía como motivación el referido acuerdo. Consta que se le notificaron los citados informes, “*por lo que el acto queda convalidado, de conformidad con el art. 52 de la LPAC*”; ii) respecto de la alegación de que “*las modificaciones introducidas no se ajustan a lo dispuesto en el apartado c) de número 2 del art. 205 de la LCSP, ya que las mismas son*

sustanciales", la secretaría se remite al informe de la Dirección Facultativa en el que se hace constar expresamente que las modificaciones introducidas no son sustanciales, ya que no se dan ninguno de los supuestos de los números 1º, 2º y 3º del apartado c) del art. 205 de la LCSP, haciendo mención expresa a que "son necesarias y esenciales para la correcta ejecución de la obra, ya que se trata de unidades y/o partidas que no están previstas o completas en el proyecto original, pero sin las cuales no es posible llevar a cabo correctamente la misma (...)" e iii) respecto de la solicitud de "suspensión del contrato" (sic) señala que teniendo en cuenta que por el propio contratista en escrito de 28 de octubre se ha pedido la resolución del contrato, "procede incoar el correspondiente procedimiento de resolución del contrato conforme a lo establecido en el art. 106 del RDL (sic) 1098/2001 de 5 de julio".

En consecuencia, el 7 de noviembre de 2019 la Junta de Gobierno Local acordó desestimar el recurso de reposición interpuesto e iniciar el procedimiento para la resolución del contrato administrativo que nos ocupa. (Documento 28). Notificándose dicho acuerdo al contratista con fecha de registro de salida de 8 de noviembre (Documento 29).

TERCERA.- En relación con el procedimiento de resolución del contrato iniciado por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 7 de noviembre de 2018:

1.- Con fecha de 21 de noviembre de 2019 emite informe la Dirección Facultativa (documento 31) sobre las dos causas de resolución alegadas por el contratista.

En relación con la primera alegada, sobre la demora injustificada en la comprobación del replanteo, el informe señala que no se pudo firmar esta por causa imputable al contratista, al no presentar el plan de seguridad dentro del plazo, ya que el primer plan de seguridad y salud mandado al coordinador de seguridad y salud fue el día 29 de

abril. Que el coordinador indicó que se modificaran aspectos del plan de seguridad, siendo registrada en el Ayuntamiento la nueva versión del plan de seguridad, el día 30 de abril de 2019.

En relación con la segunda causa de resolución invocada: “*Suspensión de la iniciación de las obras por plazo superior a cuatro meses*”, la Dirección Facultativa informa que la firma del acta de replanteo, indica que ésta fue con resultado negativo, suspendiendo el comienzo de los trabajos por considerar que era necesario modificar el contrato, motivado por las discrepancias en las mediciones del proyecto. Informa que por parte de la Dirección Facultativa se puso de manifiesto al contratista que -aunque era necesario modificar las mediciones de algunas partidas del proyecto original- se podría de manera simultánea, comenzar las obras y redactar el modificado del proyecto. El informe afirma que “*en varias ocasiones se ha indicado que comiencen las obras desde la dirección facultativa, haciendo caso omiso a estas indicaciones por parte de BECSA SAU. Estas peticiones de comienzo de obras, se acreditan en varios informes emitidos por la dirección facultativa*”.

Por esta razón, la Dirección Facultativa considera que se podría “*resolver el contrato por el incumplimiento de la obligación del contrato, tal como se expone en el artículo 211 apartado f)*” de la LCSP/17. Además, considera que según su artículo 213.3, procedería la incautación de la garantía y la indemnización de daños y perjuicios. Y concluye afirmando que “*no procede la comprobación, medición y liquidación de contrato porque no se han iniciado las obras*”.

Por el arquitecto municipal (documento 32) en informe de 5 de diciembre de 2019, se indica: que la contratista ha hecho caso omiso de los requerimientos practicados para que iniciase las obras y que en consecuencia “*procede la resolución del contrato, por causa imputable al contratista al amparo de lo dispuesto en el art. 211.1 f) de la Ley*

9/2017 de Contratos del Sector Público, la incautación de la garantía e indemnización de daños y perjuicios en su caso, conforme a lo establecido en el art. 213.3 de la referida ley, así como la imposición de penalizaciones conforme a lo establecido en la cláusula 26.2 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rige la presente contratación”.

2.- Emitidos ambos informes, consta el trámite de audiencia al avalista, con registro de salida del ayuntamiento de 19 de diciembre de 2019, al que se le da traslado de los informes emitidos por la Dirección Facultativa y el arquitecto para que alegue lo que en su derecho convenga, dado que se propone la incautación de la garantía. Se le advierte que la no presentación de alegación alguna en el plazo concedido se interpretará como no oposición a la resolución del contrato. (Documento 34 del expediente).

Asimismo, con fecha 19 de diciembre de 2019 se concede el trámite de audiencia a la empresa contratista, a la que se le da traslado de los informes de la Dirección Facultativa y el Servicio Técnico relativos a la concurrencia de causa de resolución del contrato imputable al contratista.

Con fecha 30 de diciembre de 2019 la empresa contratista formula alegaciones (documento 35) en las que indica:

- Que respecto de la causa del artículo 245 a) de la LCSP/17, señala que el plan de seguridad es un documento innecesario para la comprobación del replanteo, pero no obstante, “*el 25 de abril de 2019, mi representada remitió el plan de seguridad y salud a D. de lo que tiene constancia documental la compañía que represento*”; por tanto, fue remitido antes de la firma del acta de comprobación del replanteo que se debería haber realizado, a más tardar, el día 27 de abril de 2019.

- Que respecto de la otra causa invocada del artículo 245 b) de la LCSP/17 que es la suspensión en la iniciación de las obras por plazo

superior a cuatro meses, “simplemente hay que contar un plazo que comienza el 17 de mayo de 2019 (comprobación del replanteo, en el que además se suspendió el inicio de las obras) y acaba el 17 de septiembre de 2019, de modo que es obvio que el plazo resultó excedido cuando, el 17 de octubre de 2019, se aprobó el proyecto de modificado y se ordenó el inicio de las obras”.

• Que el Ayuntamiento trata de desmentir este plazo objetivo, “sin dato ni soporte documental ninguno” relativo a que podían iniciarse las obras “habiéndose efectuado requerimientos para ello -que no identifican ni por su autor, fecha de emisión y de recepción por BECSA S.A- presuntamente desatendidos por esta compañía”.

3.- Por la Secretaría del ayuntamiento se evacúa informe el día 8 de enero de 2020, documento 36 del expediente, en el que se manifiesta, en síntesis, respecto de la primera causa de resolución alegada por el contratista al amparo del artículo 245.a) de la LCSP/17, “que si bien es cierto que en un principio se produjo una demora en la comprobación de replanteo, finalmente ésta fue realizada el 17 de mayo de 2019 y suscrita tanto por la dirección facultativa como por parte del contratista, sin ningún tipo de reserva y observación”, por lo que dicha causa no es aplicable. Cita, además, “el artículo 139 del RGLCAP” que indica que cuando la dirección facultativa considera necesaria la modificación de las obras proyectadas quedará suspendida la iniciación de las obras hasta que el órgano de contratación adopte la resolución procedente. Y que ambos extremos están recogidos en el acta de comprobación de replanteo.

Respecto de la segunda causa, suspensión del inicio de las obras por plazo superior a cuatro meses según lo establecido en el art 245.b) de la LCSP/17, la secretaría municipal señala que es cierto que dicho plazo finalizaba el 18 de septiembre de 2019, “pero que antes de transcurrir el mismo, con fecha de 5 de septiembre de 2019 se acordó

por el órgano de contratación iniciar el expediente de modificación del contrato”.

Concluye su informe indicando que, a su criterio, es de aplicación el artículo 211.2 de la LCSP/17: “*En los casos en que concurran diversas causas de resolución del contrato con diferentes efectos en cuanto a las consecuencias económicas de la extinción, deberá atenderse al que haya aparecido con prioridad en el tiempo*“. Por ello, entiende que dado que la solicitud de resolución del contrato presentada por la contratista es de 25 de octubre de 2019, ésta se hizo con posterioridad a la fecha en que presentaron alegaciones oponiéndose a la modificación del contrato (11 de septiembre de 2019), y con posterioridad, a la fecha en que por el órgano de contratación se acordó desestimar las mismas (17 de octubre de 2019), por lo que debe considerarse que la causa primera que se produce para la resolución del contrato, “*es el incumplimiento por el contratista que no acepta el proyecto modificado*”.

4.-Finalmente, el 9 de enero de 2020 (documento 37) se efectuó la propuesta de resolución del contrato de obras por incumplimiento imputable al contratista, firmada por el alcalde, cuya notificación al contratista no lleva registro de salida (documento 39) y que resumimos:

“Primero. Resolver el contrato administrativo de obra adjudicado a ... para la ejecución de las obras de (...) por el incumplimiento de la obligación principal del contrato, todo ello al amparo del artículo 211.1 f) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (...) Segundo. Elevar esta propuesta de resolución contractual por incumplimiento por parte del contratista a la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid. (...)"

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, de 28 de diciembre, a cuyo tenor la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid deberá ser consultada en los expedientes tramitados por las entidades locales en los supuestos de “*resolución de los contratos administrativos y modificaciones de los mismos en los supuestos establecidos por la legislación de contratos del sector público*”. La solicitud ha sido formulada por órgano competente para ello en virtud de lo dispuesto en el artículo 18.3.c) del ROFCJA.

En el presente caso, frente a la solicitud de resolución del contrato instada por la contratista en la que invoca como causas de resolución los apartados a) y b) del artículo 245, la Administración, considera que no concurren las causas de resolución invocadas por el contratista y que sea producido el incumplimiento previsto en el artículo 211.1.f) LCSP/17.

Al formularse oposición a la resolución del contrato por la causa invocada por la Administración por parte de la contratista, resulta preceptivo el dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora.

SEGUNDA. -El contrato se adjudicó el 14 de marzo de 2019, por la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento, por lo que es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP/17), ya que la misma entró en vigor el 9 de marzo de 2018, conforme a su disposición final decimosexta.

Además, ante la falta de desarrollo reglamentario, debe considerarse lo dispuesto en el artículo 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de la Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP) y lo referido específicamente al “*procedimiento para la resolución de los contratos*”.

Precisamente en materia de procedimiento, la resolución de los contratos administrativos exige atenerse al artículo 190 LCSP/17, 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 191.1 LCSP/17 requiere que en el correspondiente expediente se dé audiencia al contratista. Además, debe tenerse en cuenta el artículo 109 del RGLCAP, que exige la audiencia al avalista o asegurador “*si se propone la incautación de la garantía*”.

Respecto a ello, en el expediente consta la audiencia a la aseguradora efectuada con la Compañía Española de Seguros de crédito a la exportación S.A., que no ha efectuado alegaciones.

Asimismo, consta en el expediente el trámite de audiencia al contratista y sus alegaciones presentadas en tiempo y forma. Por ello y como primera apreciación jurídica, se ha manifestado la oposición del contratista en cuanto a la causa de resolución invocada por el Ayuntamiento, ya que a criterio del contratista no habría incumplimiento de la obligación principal del contrato imputable a ella, sino las dos causas por ella invocadas en su escrito de 28 de octubre de 2019, muy especialmente, la de suspensión de las obras por el transcurso de cuatro meses.

Además, de acuerdo con lo previsto en 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 (TRRL), son necesarios los informes de Secretaría e Intervención municipales. Consta en el expediente que, después del trámite de audiencia, se ha emitido informe por el secretario del Ayuntamiento de Cobeña.

No consta, en cambio, el informe de la Intervención Municipal pues el emitido el día 16 de octubre de 2019 es de fiscalización de la modificación del contrato aprobada por la Junta de Gobierno Local el día 17 de octubre de 2019. Por ello, y puesto que esta Comisión viene entendido que se trata de un defecto subsanable, deberá recabarse con anterioridad a la resolución que ponga fin al procedimiento.

En relación con la incorporación de informes después del trámite de audiencia, es doctrina reiterada de esta Comisión Jurídica Asesora (así el Dictamen 61/16, de 5 de mayo, el Dictamen 397/16, de 8 de septiembre y el Dictamen 516/16, de 17 de noviembre, entre otros) que la audiencia a los interesados debe practicarse inmediatamente antes de dictar la propuesta de resolución sin que puedan incorporarse con posterioridad informes que introduzcan hechos nuevos, de manera que si los informes citados añaden hechos nuevos o argumentan cuestiones nuevas para la resolución, generan indefensión al contratista y lo procedente es la retroacción del procedimiento. Sin embargo, cuando los informes no introducen cuestiones o hechos nuevos, aunque se hayan emitido con posterioridad al trámite de audiencia, no generan indefensión al contratista y, en consecuencia, no procede la retroacción del procedimiento. Este era el criterio del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid que ha hecho suyo esta Comisión Jurídica Asesora en los citados dictámenes y que resulta corroborado por el artículo 82 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC) que solo admite como informes

posteriores al trámite de audiencia, el informe del órgano competente para el asesoramiento jurídico y el Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, en el caso que éstos formaran parte del procedimiento, en cuanto que estos informes y dictámenes se limitan al análisis de los aspectos jurídicos sin que puedan introducir hechos o cuestiones nuevas.

En este caso no podemos considerar que el informe formulado con posterioridad al trámite de audiencia conferido a la contratista cause indefensión a la interesada, pues no incorpora hechos nuevos que pudieran resultar relevantes para la resolución y la contratista ha podido alegar y probar lo que ha estimado oportuno en defensa de sus intereses.

En cuanto al órgano al que compete la resolución, el artículo 212.1 de la LCSP/17 establece que “*se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista*”, que en el caso que nos ocupa es la Junta de Gobierno Local.

En relación con el plazo para resolver, 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. En el caso que nos ocupa, atendida la fecha de inicio del procedimiento de resolución del contrato de obras referido, que tuvo lugar por acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 7 de noviembre de 2019, el procedimiento no está caducado al emitir esta Comisión Jurídica Asesora su dictamen.

Finalmente, el último trámite del procedimiento, es el señalado en el apartado tercero del artículo 191 LCSP/17 que dispone que será preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, es decir, en la Comunidad de Madrid el de esta Comisión Jurídica Asesora. Precisamente, se ha hecho uso por la alcaldía, de la posibilidad de

suspender el plazo de ocho meses antes referido, durante el tiempo de emisión de este dictamen, de conformidad con lo previsto en el artículo 22.1 d) de la LPAC.

TERCERA.- Sentado todo lo anterior en materia de procedimiento, procede analizar si concurre la causa de resolución del contrato prevista en el artículo 211.1.f) LCSP/17, invocada por la Administración consultante.

Previamente al análisis de la causa de resolución invocada por el Ayuntamiento debe hacerse una referencia a la solicitud de resolución presentada por la contratista el día 28 de octubre de 2019 que existió una demora injustificada en la comprobación del replanteo y haber estado suspendida la iniciación de las obras por un plazo superior a cuatro meses.

Como es sabido, ante la concurrencia de diversas causas de resolución existe una consolidada doctrina de los distintos órganos consultivos de la Administración que ha sido recogida por la jurisprudencia. Ahora bien, como ya señaló el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid en su Dictamen 373/12, de 20 de junio, y ha reiterado esta Comisión Jurídica Asesora en sus dictámenes 365/17, de 14 de septiembre y 254/19, de 13 de junio, entre otros, de existir un incumplimiento por parte de la Administración, no estaríamos ante un supuesto de concurrencia de causas de resolución –que daría lugar a su resolución por la primera causa de resolución que se hubiese producido, como se mantuvo en nuestros dictámenes 332/16, 290/17, 297/17 y 310/17-, sino que se trataría de un supuesto de concurrencia de incumplimientos de la Administración y del contratista o de los llamados incumplimientos recíprocos, distintos de los casos de concurrencias de varias causas de resolución imputables al contratista. Por ello procede entrar a analizar la causa de resolución invocada por la Administración.

El Ayuntamiento de Cobeña considera que, de acuerdo con lo informado por la Dirección Facultativa y el Servicio Técnico en sus respectivos informes ha habido un incumplimiento por parte de la empresa contratista previsto en el artículo 211.1.f) LCSP/17, consistente en el incumplimiento de la obligación principal del contrato. Así, según el informe de la Dirección Facultativa, “*en varias ocasiones se ha indicado que comiencen las obras desde la dirección facultativa, haciendo caso omiso a estas indicaciones por parte de BECSA, SAU. Estas peticiones de comienzo de obras, se acreditan en varios informes emitidos por la dirección facultativa*”.

El informe del Servicio Técnico emitido el 5 de diciembre de 2019 rechaza la concurrencia de la causa alegada por la empresa contratista relativa a la demora injustificada en la comprobación del replanteo y declara que, respecto “*a la causa resolución amparada en el art. 211.1 c) de la Ley de contratos del sector público, si bien es cierto que el acta de comprobación de replanteo fue negativa y se hace constar que queda suspendido el inicio de las mismas a consecuencia de la necesidad de modificar el proyecto aprobado, conta (sic) en los informes emitido por la Dirección Facultativa de 5 de junio de 2019, 22 de julio de 2019 y acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 17 de octubre de 2019, que la empresa BECSA SA ha hecho caso omiso de los requerimientos practicados para que iniciase las obras*”.

La Administración sostiene, por tanto, que la empresa contratista estaba obligada a comenzar la ejecución del contrato a pesar de haberse levantada acta de comprobación de replanteo negativa que suspendía el inicio de las obras “*a consecuencia de la necesidad de modificar el proyecto aprobado*” el día 17 de mayo de 2019.

Esta Comisión Jurídica Asesora no comparte la anterior argumentación. Acordada en el acta de comprobación de replanteo la suspensión total del inicio de las obras al ser necesaria la modificación

del contrato, no es posible exigir a la empresa contratista el inicio de las obras hasta que no se cumpla la condición consistente en la aprobación de la modificación del contrato.

En este sentido, como indica la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su informe 13/04, de 7 de junio, “*es evidente que en tanto el órgano de contratación no haya aprobado no solamente el proyecto modificado sino el expediente de modificación del contrato (artículo 146 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas), tal modificación no existe formalmente, por lo que no podrán ser ejecutadas las obras correspondientes ni expedirse certificaciones de obra, con los posibles efectos que al respecto establecen los artículos 62 y 63 de la citada Ley*”.

El artículo 242.5 LCSP/17 prevé que “*cuando la tramitación de una modificación exija la suspensión temporal de la ejecución de las obras y ello ocasiona perjuicios para el interés público*” se pueda acordar por el ministro si se trata de la Administración General del Estado, sus Organismos Autónomos, Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social y demás entidades públicas integrantes del sector público estatal “*que continúen provisionalmente las mismas tal y como esté previsto en la propuesta técnica que elabore la dirección facultativa (...)*”.

No parece que, en el presente caso, la suspensión temporal de las obras ocasionara perjuicios para el interés público y, en cualquier caso, si así lo hubiera sido, la resolución de ejecución provisional no puede ser acordada por la Dirección Facultativa.

Por tanto, los requerimientos a los que hace mención la Dirección Facultativa en su informe, efectuados los días 5 de junio de 2019 y 22 de julio de 2019 que, además no constan en el expediente que fueran

notificados a la contratista, no pueden ser tenidos en cuenta para justificar el incumplimiento culpable de esta.

Resulta necesario examinar si, una vez aprobada por la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Cobeña la modificación del contrato el día 17 de octubre de 2019, transcurridos cinco meses desde la fecha del acta de comprobación de replanteo negativa, la empresa contratista estaba obligada al inicio de las obras y, especialmente, si se ha producido un incumplimiento del contrato por causa imputable a la empresa contratista.

Según resulta del expediente, el Acuerdo de 17 de octubre de 2019 de la Junta de Gobierno Local sobre la modificación del contrato establecía:

“(…)

QUINTO. Notificar a BECSA SA, adjudicataria del contrato, el presente acuerdo de modificación para proceder a su formalización en la fecha y hora que designe la Alcaldía, y requerirle para que proceda a la ampliación de la garantía por importe de 783,87 euros.

SEXTO. Acordar el inicio de las obras, autorizando el comienzo de las mismas, notificándolo al contratista, BECSA SA, y computándose el plazo de ejecución desde el día siguiente al de la notificación”.

Contra la anterior resolución la empresa contratista formuló un recurso de reposición en el que solicitaba la suspensión de la ejecución del acto impugnado, que ha sido desestimado por la Administración por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 7 de noviembre de 2019, desconociéndose por este órgano consultivo si contra la citada resolución la empresa contratista ha interpuesto recurso contencioso-

administrativo y ha vuelto a pedir la suspensión de la ejecución del acto impugnado.

No consta, sin embargo, en el expediente que se haya formalizado la modificación del contrato y se haya procedido a la ampliación de la garantía.

Por otro lado, tras la aprobación de la modificación del contrato, la empresa contratista debería haber sido requerida para el otorgamiento de la nueva acta de comprobación del replanteo. Si bien es cierto que, de conformidad con el artículo 139.4 RGCAP establece que, “*si fueren superadas las causas que impidieron la iniciación de las obras, se dicte acuerdo autorizando el comienzo de las mismas, notificándolo al contratista y computándose el plazo de ejecución desde el día siguiente al de la notificación*”, este precepto resulta de aplicación para aquellos supuestos de suspensión que no exigen modificación del contrato, como es la falta de disponibilidad de los terrenos. Sin embargo, en un caso en el que la comprobación del replanteo es negativa por no resultar viable el proyecto y ser necesaria la modificación del contrato, una vez aprobada esta, resulta necesario levantar una nueva acta de comprobación del replanteo que compruebe la viabilidad del nuevo proyecto modificado.

En este sentido hay que tener en cuenta la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 1981 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4^a recurso de apelación nº 46.315) al señalar que “*en todo caso el acuerdo de autorizar el comienzo de las obras, una vez superadas las causas que lo impidieron requiere un acto formal; acto formal que del examen del expediente administrativo quedó plasmado en el acta levantada en 21 de julio de 1972 en la que una vez resuelta la cimentación se ordena la iniciación de las obras en su totalidad, iniciándose en dicho día el cómputo del plazo de ejecución estipulado*”.

En idéntico sentido, el Dictamen del Consejo de Estado nº 45.343, de 21 de julio de 1983 que declara que el cómputo del plazo de suspensión de la iniciación de las obras como resultado de la comprobación fallida de su replanteo “*debe entenderse comprendida entre las dos comprobaciones del replanteo o, más exactamente, entre las dos fechas que les fueron inmediatamente sucesivas*”.

En cualquier caso, aun cuando se considerara que debiera tomarse como *dies a quo* del plazo de dos meses para ejecutar el contrato, la fecha de la notificación del Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 7 de noviembre de 2019, por el que se desestimó el recurso de reposición contra el Acuerdo de 17 de octubre de 2019 de modificación del contrato de obras, a la fecha del acuerdo de inicio del procedimiento de resolución del contrato, adoptado ese mismo día, 7 de noviembre de 2019, no existe incumplimiento de la empresa contratista, al no haber transcurrido todavía el plazo de dos meses fijado en la cláusula tercera del contrato para la ejecución de las obras que permita justificar que ha habido un incumplimiento de la obligación principal del contrato.

CUARTA. - En relación con la concurrencia de las causas de resolución invocadas por la empresa contratista, es preciso tener en cuenta la doctrina de esta Comisión Jurídica Asesora sobre la intervención de los órganos consultivos en los procedimientos de resolución de contratos recogida, entre otros, en los acuerdos 5/17, de 20 de julio y 11/19, de 28 de noviembre que sigue una línea jurisprudencial plasmada en las sentencias del Tribunal Supremo, de 9 de enero de 2012, Recurso de Casación 1523/2009, y de 26 de marzo de 2012, Recurso de Casación 57/2010, donde se abordó explícitamente esta singular problemática significando al efecto:

“*Debemos indicar que efectivamente la Sentencia de instancia [que declaraba la nulidad de un acuerdo resolutorio, por falta de*

dictamen del órgano consultivo competente], ha confundido, al no distinguirlos correctamente, la resolución del contrato administrativo, con los efectos que derivan de la resolución como es la liquidación. [] La Administración declara la resolución del contrato si concurre alguna de las causas previstas en el artículo 111 y en el artículo 149 del TRLCAP. El expediente para la resolución del contrato, según dispone el artículo 109 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en la redacción vigente al tiempo de dictarse la resolución recurrida, puede iniciarse: de oficio por la Administración, y en tal caso se deberá dar audiencia por plazo de 10 días naturales al contratista, para que muestre su conformidad o disconformidad con la resolución del contrato; o a instancia del propio contratista, como fue el caso. Es en esta fase donde puede operar la oposición a la resolución del contrato por parte del contratista, y en tal supuesto será necesario ex artículo 59.3º a) del citado texto el preceptivo informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva. En el caso de autos la resolución fue a instancia del propio contratista; por lo que no había oposición a la resolución del contrato. [] En resolución aparte, resolución que puede ser sucesiva o simultánea (si las obras deben ser continuadas por otro contratista o por la Administración), se determinan los efectos que derivan de su resolución según dispone el artículo 151 de la TRLCAP. La oposición del recurrente en la instancia venía referida a los efectos de la resolución del contrato [...] Procede por tanto estimar el recurso de casación, al haber interpretado y aplicado incorrectamente la Sentencia de instancia los artículos 59.3º,a) y 149 y 151 de TRLCAP”.

En este sentido se pronuncia también la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 4 de abril de 2014, Recurso de

Apelación 356/2013, que tiene en cuenta los artículos 59 del TRLCAP y 109 del RGCAP e indica: “*Pues bien, del examen de los artículos precedentes resulta en primer término que el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente en los casos de resolución de un contrato administrativo sólo es preceptivo en el caso de que el contratista se oponga a la resolución del contrato, lo que no ha sucedido en el caso enjuiciado, toda vez que es la propia contratista la que solicita al Ayuntamiento la resolución del contrato una vez que la Corporación suspendió las obras por más de ocho meses y solicitada por aquella su reanudación, aquel no respondió, por lo que se solicitó, como ya se ha dicho, la resolución del contrato que el Ayuntamiento denegó*”.

Así, al quedar circunscrita la intervención necesaria de este órgano consultivo a aquellos expedientes de resolución contractual en los que los motivos de oposición planteados por el adjudicatario cuestionen la procedencia de la resolución del contrato, lógicamente vinculada a la concurrencia y operatividad de una o varias causas de resolución que pudieran haber sido invocadas, resulta procedente devolver el expediente para que, a la vista de los informes y el resto de documentación obrante en el mismo, la Administración resuelva sobre la solicitud efectuada por el contratista.

Como la solicitud de resolución del contrato se presentó por la empresa contratista el día 28 de octubre de 2019 y, de conformidad con el artículo 212.8 LCSP/17, los expedientes de resolución contractual deberán ser instruidos y resueltos en el plazo máximo de ocho meses, todavía la Administración consultante, que está obligada a resolver la solicitud planteada, puede hacerlo en plazo.

En mérito a cuanto antecede este Comisión Jurídica Asesora emite la siguiente

CONCLUSIÓN

No procede la resolución del contrato de obras por incumplimiento culpable del contratista, sin perjuicio de recordar a la Administración la obligación de resolver sobre la solicitud de resolución del contrato instada por la 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 5 de marzo de 2020

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 93/20

Sr. Alcalde de Cobeña

Plaza de la Villa, 1 – 28863 Cobeña - Madrid