

Dictamen nº: **172/21**
Consulta: **Alcalde de Buitrago de Lozoya**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **13.04.21**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, en su sesión de 13 de abril de 2021, aprobado por unanimidad, sobre la consulta formulada por el alcalde de Buitrago de Lozoya, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en relación con el expediente de resolución del contrato administrativo de obras titulado *“Recuperación, restauración, y puesta en valor del Castillo de Buitrago de Lozoya”*, adjudicado a la empresa Freyssinet. S.A.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 26 de febrero de 2021 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid una solicitud de dictamen preceptivo formulada por el Ayuntamiento de Buitrago de Lozoya en relación con la resolución del contrato citado en el encabezamiento. A dicho expediente se le asignó el número 93/21, 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 correspondió, por reparto de asuntos, a la letrada vocal Dña. Elena Hernández Salguero 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 13 de abril de 2021.

SEGUNDO.- De la documentación remitida se extraen, a continuación, los hechos que se consideran de interés para la emisión del presente dictamen.

1.- Mediante Acuerdo del Pleno extraordinario del Ayuntamiento de 4 de febrero de 2016 se aprobó el expediente de contratación, el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT), y el gasto, del contrato de servicios denominado *“Recuperación, restauración, y puesta en valor del Castillo de Buitrago de Lozoya”*, para su adjudicación, por el procedimiento abierto.

Según la cláusula 1 del PCAP el contrato tiene por objeto la realización de una serie de actuaciones en el castillo en ejecución del proyecto seleccionado mediante la convocatoria realizada por Resolución del Secretario de Estado de Infraestructuras Transporte y Vivienda de 24 de noviembre de 2014 (BOE de 27/11/2014), correspondiente al programa del 1,5% Cultural del Ministerio de Fomento. El contrato se financia mediante una aportación del 75% por el indicado Ministerio correspondiendo el 25% restante al Ayuntamiento de Buitrago de Lozoya.

En relación con la extinción del contrato por resolución, la cláusula 42 del PCAP remite a los artículos 223 a 225 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, (TRLCSP) y específicamente a los artículos 237 a 239 relativos a la resolución del contrato de obras.

2.- Tras la oportuna licitación, y previa la adjudicación del contrato mediante Decreto de la Alcaldía nº 107/2016, de fecha 15 de abril, el 28 de abril de 2016 se formalizó el contrato con la empresa adjudicataria Freyssinet, S.A. por un importe de 1.404.496,28 euros (IVA excluido) y un plazo de ejecución de quince meses. Consta en el contrato que la contratista constituyó garantía definitiva y garantía complementaria por importe del 10% del importe de adjudicación (140.449,63 euros) si bien la documentación justificativa del depósito no se incorpora al expediente remitido, (doc.2).

3.- Una vez efectuado el replanteo y levantada el acta correspondiente el 11 de mayo de 2016, y comenzados los trabajos, la contratista presentó ante el Ayuntamiento un escrito de solicitud temporal de suspensión del contrato con fecha 16 de marzo de 2017 fundamentada en que *“durante la ejecución de los trabajos se han observado determinados extremos que afectan al objeto de las obras que deben ser redefinidos y concretados por ese Excmo. Ayuntamiento como propietario de las obras y por la Dirección Facultativa de las mismas para lo que consideramos necesario efectuar la correspondiente suspensión temporal de las obras”*. Así mismo el director facultativo de las obras, DPPL, presenta escrito solicitando la suspensión de fecha 27 de marzo, (doc. 4 y 5).

En respuesta a dicha solicitud con fecha 6 de abril de 2017 el Pleno del Ayuntamiento acordó la suspensión de las obras, haciendo constar que son necesarias algunas modificaciones en el proyecto original como consecuencia de las conclusiones derivadas de las excavaciones arqueológicas en el sitio, (doc.7).

4.- Consta en el expediente que el día 5 de abril de 2017 el Ministerio de Fomento había notificado a la Dirección Facultativa de las obras que debía recabar informe favorable de la Dirección General de Patrimonio Cultural de la Comunidad de Madrid ya que el informe

inicial de 9 de octubre de 2015 era favorable “con condiciones”. (doc.6) Ante esta circunstancia la Dirección General de Patrimonio Cultural una vez girada visita de inspección a las obras del Castillo, ordena la paralización inmediata de la obra de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 3/2013, de 18 de junio de Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid (en adelante LPHCM), mediante Acuerdo de 22 de mayo de 2017, en tanto no se redacte un proyecto modificado y se proceda la demolición de la obra ejecutada sin autorización. A la vista de lo anterior el Ministerio de Fomento prorrogó el periodo de justificación del gasto hasta el 11 de agosto de 2018, (doc. 8).

5.- Como resultado de la evaluación del proyecto examinado en la reunión de la Comisión Local de Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid, mantenida el día 3 de octubre de 2017, la Dirección General de Patrimonio Cultural dictó resolución el 7 de noviembre siguiente en la que acuerda no autorizar el proyecto de recuperación, restauración y puesta en valor del Castillo de Buitrago de Lozoya por ser una actuación contraria a la LPHC, se ordena la demolición de la obra nueva ejecutada que no cuenta con autorización y acometer los trabajos para consolidar y conservar los restos arqueológicos aparecidos. Se concluye además que “*el estudio arqueológico no aporta información suficiente para la reconstrucción del castillo, por lo que las actuaciones previstas en el proyecto implicarían falsedades históricas expresamente prohibidas por la Ley*”.

Presentada nueva documentación en sesión de 1 de agosto de 2018 la Comisión de Patrimonio Histórico informa favorablemente el proyecto indicando una serie de prescripciones que deberán incorporarse al proyecto de ejecución que se debería remitir para autorización definitiva a la Dirección General de Patrimonio Cultural, (doc. 13).

6.- El día 16 de octubre de 2017 la contratista presentó escrito de reclamación de responsabilidad económica (sic) ante el Ayuntamiento en el que pone de manifiesto que a pesar de haber transcurrido más de ocho meses desde la paralización de las obras “*a día de hoy*” no se han dado las pertinentes instrucciones ni reanudado los trabajos, por lo que solicita que se le reconozca el derecho a percibir por los perjuicios sufridos la cantidad de 217. 417,58 euros. No consta respuesta alguna a esta solicitud en el expediente.

7.- Mediante Decreto 87/2018, de 5 de marzo, se adjudica el contrato menor de servicios de redacción de proyecto modificado de obras de recuperación, restauración, y puesta en valor del Castillo de Buitrago de Lozoya por importe de 21.780 euros (IVA incluido). La Comisión de Patrimonio Histórico en su reunión de 28 de junio de 2018 acordó “*considerar no viable de acuerdo con la documentación presentada y de conformidad con el artículo 19 de la LPCHCM la consulta relativa al proyecto modificado de obras de Recuperación, restauración, y puesta en valor del Castillo de Buitrago de Lozoya*” con una serie de observaciones, en concreto y entre otras consideraciones “*no se considera adecuada la propuesta de sala de conciertos cubierta en el ala oeste y graderío en su espacio superior así como la colocación de una estructura metálica volada sobre el adarve este (muralla) y la conexión en el sureste (cota+ 3.75)*”.

La modificación propuesta de acuerdo con lo indicado por el Ministerio de Fomento se consideró financiable al suponer el 7,80 % del precio del contrato, (doc.17).

Finalmente, el 9 de octubre de 2018 se formaliza con la contratista el acta de precios contradictorios del modificado, (doc. 14).

Con fecha 17 de octubre de 2018 en nueva reunión, la Comisión Local de Patrimonio Histórico informa favorablemente el proyecto

modificado, si bien incide de nuevo en que debe darse cumplimiento a una serie de condiciones ya indicadas en el acuerdo de la Comisión celebrada el día 1 de agosto. A la vista de este informe y de los informes técnicos sobre el proyecto de demolición de obras ordenada y el proyecto modificado el 29 de octubre de 2018, la Dirección General de Patrimonio Cultural ordena el levantamiento de la paralización de la obra y autoriza ambos proyectos (el inicial y el modificado).

8.- El 16 de enero de 2019 la contratista presenta escrito solicitando la resolución del contrato por desistimiento al haber transcurrido más de ocho meses de paralización de las obras, e indemnización de daños que cifra en la cantidad de 217.417,58 euros más el beneficio industrial dejado de obtener del 6% del importe de adjudicación (39.248,01 euros sin IVA), así como la devolución de las garantías depositadas, (doc. 16).

Consta en el expediente un Acuerdo transaccional firmado el 22 de abril de 2019 (doc. 18) en el que el Ayuntamiento de Buitrago de Lozoya se compromete a abonar a la contratista la cantidad de 200.860 euros (IVA incluido) en concepto de daños y perjuicios por la paralización de la obra indicando que el pago se produciría el 16 de septiembre de 2019 y declara su conformidad con la obra ejecutada hasta el momento renunciando a cualquier reclamación por concepto alguno respecto a la parte de obra ya ejecutada. Por su parte Freyssinet renuncia a la reclamación ulterior de cantidades en concepto de daños y perjuicios, se compromete a la demolición de las partidas ejecutadas y no certificadas por importe de 19.321,21 euros y a firmar las partidas de precios contradictorios solicitadas para financiar el proyecto por el Ministerio de Fomento, (doc. 17).

9.- El 8 de mayo de 2019 se firma anexo al contrato de obras inicial en base al proyecto modificado de octubre de 2018 con un plazo de ejecución de 8 meses ascendiendo el nuevo importe del contrato a

1.514.047 euros (IVA excluido) (doc.19) levantándose acta de reinicio de las obras el 30 de septiembre de 2019 firmada en disconformidad por la contratista. (doc. 20), que presenta un escrito complementario el mismo día ante el Ayuntamiento en el que manifiesta que “*no ha recibido el pago de 200.860 euros recogido en el Acuerdo transaccional suscrito con el Excmo. Ayuntamiento de Buitrago de Lozoya en fecha 22 de abril de 2019. Dado el retraso en el pago y los numerosos avisos para que el mismo fuera realizado sin obtener respuesta alguna, consideramos INCUMPLIDO POR EL AYUNTAMIENTO DE BUITRAGO el referido Acuerdo Transaccional, careciendo el mismo de valor y efecto alguno y según lo recogido en su cláusula cuarta y “sensu contrario” FREYSSINET, S.A.U queda en libertad de reclamar lo que considere conveniente y en la jurisdicción que estime oportuna*”, reservándose acciones penales. Asimismo, manifiesta que están pendiente de formalizar respecto del proyecto constructivo las adecuaciones en precios y materiales, así como el cálculo de estructuras acordadas con el Ayuntamiento necesarios para la viabilidad de las obras. (doc. 20). No consta respuesta a esta solicitud

Una vez más con fecha 4 de octubre la contratista presenta solicitud de resolución contractual e indemnización de daños por importe de 326.615,97euros, solicita asimismo la devolución de las garantías y el abono del 6% del importe de adjudicación en concepto de beneficio industrial dejado de percibir. Tampoco consta respuesta a esta solicitud, (doc. 22), sin embargo, consta un ingreso a favor de la empresa por la cantidad de 200.860 euros efectuado el 9 de octubre de 2019, (doc. 12).

10.- De nuevo la contratista con fecha 17 de marzo de 2020 solicita la suspensión temporal de las obras por determinados “*extremos ya advertidos en el acta de reinicio de las obras que afecta al objeto de las mismas y que deberán ser redefinidas y concretadas por*

ese Excmo. Ayuntamiento como propietario y por la dirección facultativa de las referidas obras". Así mismo pone de manifiesto que han surgido determinados trabajos no contemplados en el proyecto constructivo y que no cuentan con partida presupuestaria para su ejecución, (doc. 23).

Frente a este escrito el Ayuntamiento requiere a la contratista para que acredite los extremos que cita en su escrito en el plazo de 10 días, lo que cumplimentó mediante escrito de fecha 1 de abril, (doc. 24) exponiendo:

- Que se han detectado contradicciones entre las cotas de suelo del proyecto modificado y la realidad y la toma de datos *in situ*, que ha sido confirmada mediante el plano de "Galerías y niveles +0,77 y 0,88" de la Dirección Facultativa, no estando presupuestadas las soluciones constructivas pertinentes (bien el relleno de terreno o el montaje de un forjado sanitario Soliglu).

- Se ponen de manifiesto determinadas inconsistencias respecto de la estructura metálica que, según se afirma, quedaron expuestas a la firma del acta de replanteo y se han ido notificando desde el inicio de la obra. Así tras describir diversas vicisitudes en relación con esta cuestión, señala que la dirección de obra envió el 23 de marzo de 2020 a todas las partes los planes y medición definitiva de la estructura metálica que incluyen novedades importantes, que expone, y que difieren en gran medida de los planos de la estructura del proyecto.

- Que se ha modificado el saneamiento inicial propuesto en acta de 7 de febrero de 2020 suscrita por la Dirección de obra.

- Falta de definición en el proyecto modificado de la instalación eléctrica que se ha puesto de manifiesto a la Dirección de obra, tal y como se hace constar en la misma acta de 7 de febrero de 2020.

- Modificación no prevista del pavimento consistente en la colocación de banda táctil para discapacitados sin que exista partida certificable para ello en el proyecto modificado, cuya necesidad también se comunica por la Dirección de obra a la contratista en el acta de 7 de febrero de 2020.

- Que la protección de restos arqueológicos con vidrios transitables propuesta en visita de la Dirección General de Patrimonio el 11 de marzo de 2020, no está contemplada en el proyecto para su certificación.

11.- Ante estas discrepancias la Dirección Facultativa del proyecto modificado redacta a petición del Ayuntamiento un informe fechado el 29 de abril de 2020 (doc. 27) en el que, reconociendo la existencia de las indefiniciones puestas de manifiesto por la contratista, concluye que las mismas no justifican la suspensión temporal total de la obra puesto que las mismas han sido atendidas en tiempo y forma lo que no ha impedido en paralelo la ejecución de partidas seguras y *“ello sin dejar de instar a la empresa adjudicataria en la necesidad de analizar la repercusión presupuestaria de las adaptaciones propuestas”*.

De acuerdo con dicho informe el ayuntamiento requiere a la contratista mediante Decreto 212/2020, de 14 de mayo, para que continúe con las obras del proyecto modificado, declarando que no procede la suspensión solicitada el día 17 de marzo de 2020.

El 19 de mayo el contratista presenta nuevo escrito de contestación al informe en el que pone de manifiesto, entre otras cosas que nada se dice en el mismo sobre las partidas presupuestarias y que lo respondido no es congruente con lo planteado, solicitando de nuevo la suspensión de las obras y la asignación de partida presupuestaria suficiente y definición de las unidades de obras no definidas.

Este escrito se contesta nuevamente mediante informe de la nueva Dirección de Obras de 13 de junio, en cuyo cuerpo sí se exponen algunas cuestiones que quedan pendientes de definición, como por ejemplo en relación con la instalación eléctrica, la falta de medición del pavimento táctil o la protección de restos, si bien la conclusión del informe es que “*las indefiniciones expuestas por la empresa Freyssinet S.A., no son tales, habiendo quedado contestadas en el presente informe y en la visita de obra girada el pasado 11 de junio de 2020*”, por lo que indica que las obras deben continuarse según órdenes de la referida visita, (doc. 30).

12.- El 15 de junio de 2020 la empresa contratista vuelve a solicitar la resolución contractual y la reclamación de daños al ayuntamiento calificando la relación con el ayuntamiento y sus direcciones de obras de “abuso contractual” y pone de relieve las que considera importantes desavenencias e incoherencias entre los cuatro directores facultativos que se han sucedido en el proyecto. Dicho escrito es ampliado el 29 de junio con documentación acreditativa de los daños invocados, (doc. 32).

TERCERO.- El Pleno del Ayuntamiento en sesión del día 7 de julio de 2020 adoptó el Acuerdo de aprobación de inicio del expediente de resolución del contrato con Freyssinet, S.A.

En la tramitación del expediente constan:

- Informe de la Dirección Facultativa (junio 2020) de 13 de octubre de 2020 firmado por F.C.J y M.E.A. arquitecto técnico y arquitecto de las obras respectivamente, que concluye que procede la resolución por incumplimiento culpable del contratista, consistente este en no haber acometido las obras del proyecto modificado en el plazo de 8 meses, en no haber acometido los trabajos necesarios para consolidar y conservar los restos arqueológicos aparecidos y por no realizar la prestación definida en el contrato, (doc.34).

- Informe de la redactora del proyecto modificado (en octubre de 2018) M.J.F.R, arquitecto, que concluye que procede la resolución por incumplimiento culpable del contratista que recoge las mismas conclusiones y añade: el incumplimiento culpable consistente en haber ejecutado las obras fuera del proyecto original, (doc. 35).

- Dictamen pericial de valoración de daños de 29 de octubre de 2020, que afirma que existe una *“corresponsabilidad por parte de las dos direcciones facultativas y por parte de la constructora, debido a que las obras podían y debían haberse ejecutado con más celeridad...”*, y que concluye que la constructora debe al ayuntamiento 320.935 euros que extrae de la diferencia entre lo que el ayuntamiento debería abonar a la constructora (135.528 euros) y los perjuicios sufridos por aquél.

- Informe técnico de arquitecto colegiado del ayuntamiento que realiza una enumeración de los hechos y las conclusiones recogidas en los informes anteriores y afirma *“como conclusión de todo el proceso puedo extraer que la obra ha resultado un desastre por los tiempos empleados, por los costes de todas las partes implicadas, no resultando que en cuatro años no se ha podido terminar la obra de restauración del Castillo”*, (sic) (doc. 37).

- Informe-propuesta de resolución de la secretaría del ayuntamiento de 1 de diciembre de 2020 en el que se expone entre otras circunstancias respecto del pago del acuerdo transaccional, que si bien es cierto que no se produjo el 16 de septiembre se verificó el 9 de octubre siguiente, sin que se haya devuelto cantidad alguna y sin que las obras se reanudaran, (circunstancia que no consta documentada en el expediente). Concluye proponiendo la resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista de acuerdo con el artículo 223.f) del TRLCSP que concreta en la no realización de las obras en el plazo indicado, que supone un daño cuantificable para la Administración de 320.935 euros.

- Se traslada en esta ocasión como documento 44 el trámite de audiencia concedido a la contratista y su avalista con fecha 8 de julio de 2020.

Debe señalarse que el día 29 de diciembre de 2020 la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, emitió Dictamen 591/2020 sobre este mismo expediente, en el que se concluyó que procedía la retroacción del procedimiento para que se concediera nuevo trámite de audiencia al contratista al haberse incorporado nuevos informes al expediente y al avalista al proponerse la incautación de la garantía, así como para que se emitiera informe por la Intervención municipal.

Asimismo, se requería al Ayuntamiento de Buitrago de Lozoya para que remitiera determinada documentación que se consideró necesaria para emitir dictamen y que no estaba incorporada al expediente administrativo. A saber: el anexo al PCAP en el que se contienen las obligaciones del contratista, el PPT, las actas de las visitas a las obras a las que se hace referencia en los distintos informes de Dirección Facultativa en las que se hagan constar las órdenes dadas por los directores facultativos a la contratista y el documento que acredite que se ha procedido al pago de la cantidad comprometida en el Acuerdo transaccional firmado el 22 de abril de 2019.

En cumplimiento de lo señalado en el indicado dictamen de esta comisión se procedió a retrotraer el procedimiento dando audiencia al contratista y al avalista el 12 de enero de 2021. Freyssinet presentó escrito de alegaciones fechado el 20 de enero en el que afirma que la propuesta de resolución “*es totalmente parcial y sustentada en determinados informes emitidos por quienes pudieron ser responsables de la lamentable situación en que se ha colocado a la constructora ajena y desconocedora de las graves diatribas y diferencias preexistentes*”, fijando el importe de la indemnización que considera le corresponde en

249.124,12 euros, aportando la documentación que considera necesaria para su acreditación. No consta escrito alguno por parte de la avalista.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La Comisión Jurídica Asesora emite su dictamen preceptivo, al amparo del artículo 5.3.f) d. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, por tratarse de un expediente de resolución de un contrato administrativo tramitado por el Ayuntamiento de Buitrago de Lozoya, a solicitud de su alcalde, remitido a través del consejero de Vivienda y Administración Local, en virtud de lo dispuesto en el artículo 18.3.c) del ROFCJA.

El dictamen ha sido evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 23.1 de dicho Reglamento.

SEGUNDA.- Según hemos hecho constar en los antecedentes de este dictamen tanto la aprobación de los pliegos como la posterior adjudicación del contrato se realizaron antes de la entrada en vigor 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, (LCSP/17), por lo que la normativa aplicable a la resolución contractual desde el punto de vista sustantivo es el TRLCSP de acuerdo con lo dispuesto en la Disposición transitoria primera apartado 2 de la LCSP/17, “*Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se*

regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su modificación, duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”.

Sin embargo, no sucede lo mismo en relación con la normativa aplicable al procedimiento de resolución de contratos, que deberá instruirse de acuerdo a las normas vigentes en el momento en que se inicia el expediente en aplicación de las disposiciones transitorias del Código Civil, cuestión respecto de la que esta Comisión Jurídica Asesora se ha pronunciado en numerosos dictámenes (256/17 de 22 de junio, 270/18 de 21 de junio, 299/18 de 28 de junio y 646/18 de 24 de octubre, entre otros) siguiendo la doctrina sentada por el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, entre otros en dictámenes 403/09, de 15 de diciembre y 380/2010, de 10 de noviembre. En este caso el procedimiento se inició mediante Resolución de 7 de julio de 2020, lo que supone la aplicación de la LCSP/17, ya en vigor en dicha fecha.

De esta forma, el artículo 212.1 de la LCSP/17 establece que “1. *La resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, en su caso, siguiendo el procedimiento que en las normas de desarrollo de esta Ley se establezca*”. En concreto el artículo 191 de la LCSP/17, contiene los hitos que deben seguirse en los procedimientos que se instruyan para la adopción de acuerdos relativos a las prerrogativas establecidas en el artículo 190 del mismo texto legal, entre las que se encuentra la resolución contractual.

Debe considerarse, asimismo, lo dispuesto en el artículo 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante, RGLCAP), referido específicamente al procedimiento para la resolución de los contratos, en lo que no se oponga a la Ley.

En el ámbito de la Administración local, el artículo 114.3 del texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local (en adelante, TRRL) aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, establece en su apartado 3 como necesarios los informes de la Secretaría y de la Intervención de la Corporación (vid. dictámenes de esta Comisión Jurídica Asesora 59/17, de 9 de febrero, 71/17, de 16 de febrero y 162/17, de 20 de abril, entre otros). Además, el artículo 109.1.a) del RGLCAP exige que se dé audiencia al avalista o asegurador si se propone la incautación de la garantía. Aunque este último trámite no aparece en el artículo 191 de la LCSP, el artículo 112.2 del mismo texto legal, establece que *“El avalista o asegurador será considerado parte interesada en los procedimientos que afecten a la garantía prestada, en los términos previstos en la legislación vigente en materia de procedimiento administrativo común”*, por lo que en combinación con el artículo 109 del RGLACP antes citado debe concederse tal trámite, so pena de nulidad del procedimiento tal y como entre otras ha señalado el Tribunal Supremo en su Sentencia de 4 de abril de 2006 (Rec. 5880/2003). Además, el apartado 3 del artículo 114 reitera que *“Las facultades establecidas en el número anterior se entienden sin perjuicio de la obligada audiencia del contratista (...)”*.

Debe examinarse a la luz de las anteriores consideraciones si se han cumplido los trámites establecidos para el procedimiento de resolución contractual y el plazo para la emisión de la correspondiente resolución.

Respecto de los trámites del procedimiento, una vez retrotraído el mismo como consecuencia de lo dispuesto en el Dictamen 591/2020, se ha aportado trámite de audiencia a la contratista a la vista de los informes emitidos en el seno del procedimiento, habiendo presentado Freyssinet escrito de alegaciones fechado el 20 de enero de 2021 con el

resultado más arriba expuesto, sin que conste haberse presentado escrito por parte de la avalista.

Sin embargo, no se ha incorporado el informe de la intervención municipal previsto en el artículo 114.3 del TRRL “*3. Los acuerdos que, previo informe de la Secretaría y de la Intervención de la Corporación, dicte el órgano competente, en cuanto a la interpretación, modificación y resolución de los contratos serán inmediatamente ejecutivos. En los casos de interpretación y resolución, cuando el precio del contrato exceda de la cantidad fijada por la legislación estatal sobre contratación administrativa, y en los de modificación de estos últimos, cuando la cuantía de aquélla exceda del 20 por 100 del precio del contrato, será, además, preceptivo el dictamen del órgano consultivo superior de la Comunidad Autónoma, si existiere o, en su defecto, del Consejo de Estado*”, cuya falta también se puso de manifiesto en el Dictamen 591/2020.

A este respecto es de señalar que los efectos de la existencia de vicios formales en el procedimiento han de ponderarse porque una automática declaración de nulidad no se compadece bien con la consideración de la nulidad del procedimiento como consecuencia extrema derivada de los defectos padecidos en el mismo, de forma acorde con la doctrina que aconseja administrar con moderación las nulidades de pleno derecho estimando su existencia en aquellos casos límite en que exista ausencia total del procedimiento. El Tribunal Supremo ha considerado en su doctrina sobre la causa de nulidad derivada de la falta de informes preceptivos que la misma lleva aparejada la anulabilidad,-que no la nulidad- del procedimiento en que se ha omitido, entre otras en Sentencia de 7 de febrero de 2000 (rec.3170/1994) puesto que tal omisión no implica haber prescindido total y absolutamente del procedimiento administrativo como establece el artículo 47.c) de la LPAC, para la declaración de nulidad de pleno derecho de un acto administrativo.

Sin embargo, en el caso de la omisión del informe del interventor, la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (LGP) previene sus propias consecuencias *“En los supuestos en los que, con arreglo a lo establecido en las disposiciones aplicables, la función interventora fuera preceptiva y se hubiese omitido, no se podrá reconocer la obligación, ni tramitar el pago, ni intervenir favorablemente estas actuaciones hasta que se subsane dicha omisión en los términos previstos en este artículo”*.

En el concreto ámbito local la falta de emisión del informe dará lugar a un repero conforme al artículo 216.2.c) del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, que se sustanciará de forma semejante a lo dispuesto en la LGP, en los términos de los artículos 217 y 218 de dicho texto legal y el Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el régimen jurídico del control interno en las entidades del Sector Público Local.

Por lo tanto, cabe recordar que la falta de emisión del indicado informe que ya fue advertida en el Dictamen 591/2020, produciría los efectos antes indicados en el nuevo expediente que deberá tramitarse al haber caducado el actual, como seguidamente veremos.

Tampoco se ha emitido propuesta de resolución que recoja o de respuesta a los anteriores trámites y, especialmente, a las alegaciones formuladas por la contratista. No cabría la consideración de la propuesta de resolución inicialmente emitida como ha señalado esta Comisión en los dictámenes 95/21, de 23 de febrero, y 71/19, de 28 de febrero, y más recientemente el 121/21, de 9 de marzo, puesto que la misma deberá contener un pronunciamiento pormenorizado en relación a las alegaciones efectuadas por los interesados en el seno del procedimiento. En relación con esto último cabe recordar la doctrina del Tribunal Supremo, expresada entre otras en sus Sentencias de 15

de marzo de 2012 (rec. 6335/2008) y 23 de octubre de 2013 (rec. 3125/2012), en la que se lee lo siguiente: “*Es verdad que el trámite de audiencia es propio de una Administración dialogante, participativa y respetuosa con los ciudadanos (sentencia impugnada). Pero esas cualidades sólo se producen cuando se cumplen los aspectos formales y materiales que dicho trámite exige. De este modo, el mero hecho de poner en conocimiento de los afectados el expediente no es cumplimiento del trámite de audiencia. Para que este trámite se entienda cumplido se requiere que se produzca “diálogo”, “participación” y “respeto”. Pero nada de esto hay cuando la Administración no realiza acto alguno, ni siquiera en trámite de recurso, que demuestre que lo alegado ha sido tomado en consideración de alguna manera en la decisión final*”.

Por otro lado, en relación con el plazo para resolver, el incumplimiento del plazo máximo de ocho meses para resolver el procedimiento determina la caducidad del procedimiento conforme a lo establecido en el artículo 212.8 de la LCSP/17. En el caso que nos ocupa el Pleno del Ayuntamiento en sesión del día 7 de julio de 2020 adoptó el Acuerdo de aprobación del inicio del expediente de resolución del contrato con Freyssinet, S.A, por lo tanto el 7 de marzo de 2021 ha caducado el procedimiento instruido para declarar la resolución del contrato, al no constar en el expediente que se hubiera suspendido durante la solicitud de dictamen a esta Comisión, y comunicado al contratista, tal y como permite el 22.1.d) de la LPAC “*el transcurso del plazo máximo legal para resolver un procedimiento y notificar la resolución se podrá suspender en los siguientes casos: d) Cuando se soliciten informes preceptivos a un órgano de la misma o distinta Administración, por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos. Este plazo de suspensión no podrá exceder en ningún caso de tres meses. En caso de no recibirse el informe en el plazo indicado, proseguirá el procedimiento*”.

De la lectura de dicho precepto se colige que, para que sea efectiva la suspensión del plazo, es preciso que se comunique a los interesados tanto la petición como la emisión de los informes cuya solicitud justifica la suspensión, requisito a cuyo efectivo cumplimiento queda condicionada la efectividad de la pretendida suspensión de plazo.

Ello, no obstante, no impide al Ayuntamiento consultante iniciar un nuevo expediente de resolución del contrato de obras en cuya tramitación habrán de observarse las formalidades señaladas en nuestras consideraciones jurídicas.

Se advierte en relación con la posibilidad de conservar algunos de los trámites efectuados que como señalamos en los dictámenes 36/17 de 26 de enero y 367/18, de 2 de agosto, y 121/21 de 9 de marzo que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que se ha pronunciado al respecto 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), 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. Y

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».

En aplicación de la anterior doctrina, solo cabría conservar los documentos relativos al expediente de adjudicación y ejecución del contrato, así como los informes en los que ponen de manifiesto los incumplimientos de la empresa contratista en su obligación de ejecutar el contrato dentro del plazo fijado para la realización del mismo y que dieron inicio al procedimiento de resolución declarado caducado, al tratarse de actos independientes del expediente caducado, no surgidos dentro de él, aunque a él se hubieran incorporado, como sucede en el presente caso.

CONCLUSIÓN

El procedimiento para la extinción del contrato de obras *“Recuperación, restauración, y puesta en valor del Castillo de Buitrago de Lozoya”* ha caducado.

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

Madrid, a 13 de abril de 2021

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 172/21

Sr. Alcalde de Buitrago de Lozoya

Pza. de Picasso nº 1 – 28300 - Buitrago de Lozoya