

Dictamen nº: **53/21**  
Consulta: **Alcaldesa de Getafe**  
Asunto: **Contratación Administrativa**  
Aprobación: **02.02.21**

**DICTAMEN** del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad en su sesión de 2 de febrero de 2021, sobre la consulta formulada por la alcaldesa de Getafe 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 de ejecución de las obras de construcción del nuevo centro acuático e instalaciones deportivas complementarias en la parcela del antiguo polideportivo de San Isidro.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El día 21 de diciembre de 2020 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen preceptivo, trasladando el correspondiente oficio de la alcaldesa de Getafe, sobre la resolución del contrato de ejecución de las obras de construcción del nuevo centro acuático e instalaciones deportivas complementarias en la parcela del antiguo polideportivo de San Isidro. (Exp. N° 71/18) (en adelante, “*el contrato*”).

A dicho expediente se le asignó el número 616/20, 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).

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

En el ámbito de la acción programada del Gobierno Municipal sobre la mejora de las instalaciones deportivas, la Concejalía de Deportes del Ayuntamiento de Getafe promovió la construcción de las instalaciones que conformarían el nuevo polideportivo de San Isidro.

De ese modo, con fecha de 29 de mayo de 2018 se concedió al Ayuntamiento de Getafe, mediante resolución del director general de Administración Local, el alta en el Programa de Inversión Regional de la Comunidad de Madrid para el periodo 2016-2019, con referencia a la actuación denominada “Obras de construcción del nuevo centro acuático e instalaciones deportivas complementarias en la parcela del antiguo polideportivo "San Isidro", por un importe de 5.499.792,48 euros con la siguiente financiación compartida( 80% a cargo de la administración autonómica y 20% de la administración local).

El proyecto del complejo polideportivo para la subsiguiente licitación, fue redactado por “Architecture Meets Engineering, S.L.”, adjudicatario del procedimiento abierto para su contratación (expte. 43/17), siendo aprobado por la Junta de Gobierno municipal de fecha 28 de septiembre de 2018, remitiéndose copia a la Dirección General de Administración Local, al objeto de facilitar su supervisión.

Tras el desarrollo de las fases de la licitación del posterior procedimiento abierto para la contratación de las obras, la Junta de Gobierno en sesión celebrada el 13 de mayo de 2019, acordó la adjudicación del contrato de ejecución de las obras a favor de las mercantiles “Obras, Caminos y Asfaltos S. A.” y “Obras, Pavimentos e

Instalaciones Industriales S.L.”, constituidas en Unión temporal de empresarios (UTE “Centro Acuático San Isidro 71/18”), por un precio de adjudicación de 4.360.184,58 € (IVA incluido), lo que supuso una baja de un 15, 51%. Se estableció un plazo de ejecución del contrato de once meses, contados a partir de la firma del acta de comprobación del replanteo.

Se formalizó el contrato mediante documento administrativo, suscrito por las partes con fecha 19 de junio de 2019. El contrato hace referencia a los documentos presentados, relativos a la memoria técnica presentada en la fase de licitación, cuyos contenidos y propuestas de mejoras quedaron incluidos en el mismo: memoria de la ejecución de las obras, planificación de los trabajos, Plan de Control de Calidad Específico, mejora del Plan de Gestión de Residuos y mejora del Estudio. Todos ellos tienen, por tanto, carácter contractual.

La Junta de Gobierno del Ayuntamiento, en sesión celebrada el 7 de julio de 2019, acordó la adjudicación del procedimiento abierto para llevar a cabo la contratación del servicio correspondiente a la Dirección Facultativa y Coordinación en materia de seguridad y salud de las obras, a favor de “TPF Getinsa Euroestudios, S.L.”. El 12 de julio de 2019 la indicada empresa suscribe el correspondiente contrato administrativo.

El “Plan de Seguridad y Salud” fue aprobado por resolución del concejal delegado de Urbanismo, Modernización, Participación y Atención Ciudadana, de fecha 17 de julio de 2019 y el 8 de agosto de 2019 se suscribe el acta de comprobación de replanteo, que ante las reservas manifestadas por parte de la UTE contratista se firmó como “*no favorable*”, quedando suspendido el inicio de las obras hasta que el órgano de contratación no adoptase la correspondiente decisión al respecto, con apoyo en el análisis y los informes correspondientes.

La Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Getafe, en sesión celebrada el 21 de agosto de 2019, acordó el levantamiento de la suspensión del inicio de las obras, desestimando las reservas formuladas de conformidad con el informe emitido al efecto por la Dirección Facultativa de las obras, de 14 de agosto de 2019. Se autorizó así el comienzo de las obras y, computándose el plazo de ejecución desde el día siguiente al de la notificación, se determinó como fecha de finalización de las obras el día 22 de julio de 2020.

Se iniciaron las obras y con el avance de los trabajos se puso de manifiesto la necesidad de la aprobación de nuevas unidades no incluidas en proyecto. Los nuevos precios se correspondían con unidades relativas al talado especial de árboles, debido a su ubicación en relación a la excavación del edificio, a la ejecución de una entrada provisional de aparcamiento temporal de residentes que se solicitó que se mantuviera en uso durante la obra, a la demolición del vallado, las zapatas y soleras existentes en la parcela, así como a perfilar el talud del vaciado, según se detalla en la documentación que obra en el expediente.

Tras el correspondiente análisis y, de acuerdo con el contratista, se elaboró una propuesta al efecto por la Dirección Facultativa denominada “Órdenes de cambio OC1-OC7”, iniciándose la tramitación para su aprobación en noviembre del 2019.

Adicionalmente, finalizada la excavación y en fase de replanteo de la cimentación, el 9 de noviembre de 2019 se produjo una rotura fortuita en la red de abastecimiento de agua, ubicada en la acera de la misma calle a la altura de la obra y, como consecuencia de la inundación, el terreno se vio afectado y precisó de actuaciones para recuperarlo a un estado válido para desarrollar los trabajos de cimentación, determinando mayores costes al contratista e iniciándose

los trámites para su indemnización, una vez determinadas las actuaciones precisas por la Dirección Facultativa.

La Junta de Gobierno celebrada el 11 de marzo de 2020, acordó la aprobación de la correspondiente modificación no sustancial del contrato, correspondiente a las órdenes de cambio OC1 a OC7, lo que supuso un incremento del contrato de 258.021,60 € -un 5,92 % sobre el precio de adjudicación de la obra-. La modificación del contrato se suscribió el 30 de abril de 2020.

Con el desarrollo de la ejecución, se planteó nuevamente la necesidad de aprobar unidades no incluidas en el proyecto. La Dirección Facultativa presentó la correspondiente propuesta definitiva en marzo de 2020, correspondiente a la “Orden de Cambio OC8” relativa a los trabajos de ejecución de cimentaciones y soleras -el tipo de hormigón especificado en el Proyecto no era adecuado para los elementos de cimentación en contacto con el terreno- y drenaje perimetral, justificando la necesidad de aprobar esta relación de precios nuevos para la ejecución de las obras, tras haberse puesto de manifiesto la inexistencia de unidades en el proyecto para la ejecución de estos trabajos, y ser absolutamente necesarias por los motivos que constan en el expediente. Esta modificación, sin embargo, no conllevó aumento de presupuesto.

Debido a la imposibilidad de continuar con la ejecución como consecuencia de la situación de hecho creada por el COVID-19, por solicitud de la UTE contratista, la Junta de Gobierno del Ayuntamiento celebrada el 3 de junio de 2020 acordó la suspensión temporal de la ejecución del contrato, con efectos desde el 16 de marzo de 2020, además de disponer las oportunas previsiones para articular la indemnización correspondiente a los conceptos indemnizables recogidos el art. 34 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y

social del COVID-19. Con fecha 5 de junio de 2020 se formalizó el acta de suspensión, en cumplimiento del art. 103 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.

La Junta de Gobierno celebrada el 22 de julio de 2020 acordó el levantamiento de la suspensión de la ejecución del contrato, tras la finalización del primer estado de alarma ocasionado por la crisis sanitaria, acordando igualmente las medidas de seguridad e higiene aplicables al desarrollo del contrato, para prevenir contagios.

La Junta de Gobierno municipal del 5 de agosto de 2020, acordó la aprobación de la segunda modificación no sustancial del contrato, consistente en la aprobación de precios nuevos no incluidos en proyecto y correspondientes a la orden de cambio nº OC8. Con la aprobación de los precios nuevos, la Dirección Facultativa entregó la medición final de la obra, acompañada del acta de suspensión del contrato (art.103.2 del RGLCSP).

El 11 de agosto de 2020, la UTE contratista presentó escrito dirigido al órgano de contratación, en el que solicitaba el inicio de un expediente de resolución del contrato de obras, por el motivo previsto en el artículo 211.1, letra e) 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: *“demora en el pago por parte de la Administración por plazo superior al establecido en el apartado 6 del artículo 198 o el inferior que se hubiese fijado al amparo de su apartado 8”*. Se invocaba un supuesto retraso en el pago de determinadas certificaciones de pago que, además, la UTE tenía endosadas. En el mismo escrito requería, subsidiariamente, la resolución del contrato por mutuo acuerdo, así como otras solicitudes accesorias a la resolución: la suspensión del cumplimiento del contrato

y el inicio de los trámites de comprobación y valoración de las obras ejecutadas, a través del procedimiento de urgencia.

Con fecha 4 de septiembre de 2020, se emitió e incorporó al procedimiento informe de los servicios técnicos del consistorio: TSAE, Arquitecto de la Unidad de Proyectos y Obras de Edificación, en adelante TSAE, en relación con las certificaciones de obras correspondientes al contrato. Dicho informe señala que *“...han sido emitidas y tramitadas las nueve certificaciones ordinarias de obra mensuales, correspondientes al periodo desde agosto de 2019 a abril de 2020, por un importe total de 462.313, 67€”*. Se recoge igualmente un cuadro de datos y fechas de su tramitación, resultando que a fecha 1 de septiembre de 2020, se habría ordenado el pago de todas las facturas reclamadas.

Se incorpora igualmente al expediente el informe de la Asesoría Jurídica municipal, de 8 de septiembre de 2020, que analiza cumplidamente las diferentes solicitudes del contratista. En cuanto a los retrasos en el pago de las certificaciones mensuales de obra, recuerda que únicamente serían susceptibles de habilitar la resolución contractual a instancia del contratista, si se vieran afectadas por una demora superior a seis meses, contados a partir de los treinta días siguientes a su aprobación ex artículo 198.4º y 6º de la LCSP. El informe explica que descontado el tiempo de paralización de los procedimientos administrativos, de conformidad con las previsiones de la disposición adicional 3ª del RD 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaró el primer estado de alarma, ninguna de las facturas se encontraría en ese caso, ya que hasta el día 30 de noviembre no se cumpliría el límite temporal indicado.

En cuanto a la subsidiaria petición de resolución por mutuo acuerdo, el informe la rechaza ante la evidencia del interés público que subyace en la efectiva ejecución del contrato, a la vista del contenido de

la Memoria justificativa de la necesidad contractual. Esa circunstancia impediría aplicar la causa de resolución fundada en el mutuo disenso, como establece el artículo 212.4 de la LCSP (*“La resolución por mutuo acuerdo solo podrá tener lugar cuando no concurra otra causa de resolución que sea imputable al contratista, y siempre que razones de interés público hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato”*). Las peticiones accesorias a las dos primeras, quedan sin contenido, ante la improcedencia de las principales.

A la vista de las precedentes comprobaciones y análisis, la Junta de Gobierno del consistorio celebrada el 9 de septiembre de 2020 acordó la desestimación de la solicitud presentada por la empresa contratista, por los motivos reflejados.

Recibido por la contratista el traslado del acuerdo de desestimación, el gerente de la UTE presenta un escrito, con fecha 10 de septiembre de 2020, en el que pone de manifiesto la imposibilidad de continuar con la ejecución de las obras, solicitando el inicio del expediente de resolución del contrato de obras.

Entre otras consideraciones el escrito recoge que: *“(...)debemos manifestar que por circunstancias sobrevenidas ajenas a la responsabilidad del contratista de las obras y, como consecuencia de las extraordinarias circunstancias que estamos padeciendo por la crisis sanitaria desencadenada por el COVID-19, uno de los socios integrantes de la UTE, concretamente ‘Obras Caminos y Asfaltos S.A.’ ha entrado en fase de liquidación y disolución, tramitándose este proceso en el Juzgado de Primera Instancia n° 4 de Ourense, en la Pieza de Propuesta Anticipada de Convenio 0000189/2013 0001.*

*Que estas circunstancias imprevisibles, extraordinarias y excepcionales podrían implicar una incapacidad sobrevenida en la ejecución de las obras ajenas a la responsabilidad del contratista, puesto que entre los dos integrantes de la UTE se reunían las clasificaciones*

*necesarias para la ejecución de las obras, tal y como están concebidas, y al encontrarse una de las sociedades integrantes en proceso de liquidación y disolución, previsiblemente no se va a poder finalizar la ejecución de los trabajos antes de su extinción definitiva.*

*Haciendo gala de la debida transparencia y buena fe, debemos poner de manifiesto que este hecho futuro que conllevar a la extinción de ‘Obras Caminos y Asfaltos S.A.’ presumiblemente provocará que la UTE adjudicataria no disponga de todas las clasificaciones antes de que se produzca la completa finalización de las obras, lo que podría conllevar una incapacidad sobrevenida del Contratista. (...)*

*Todas estas circunstancias, nos obligan moralmente a poner en conocimiento del órgano de contratación, que se podrían llegar a dar alguna de las condiciones previstas en el art. 211 de la LCSP vigente y de aplicación al proyecto en cuestión, lo que provocaría la resolución anticipada del contrato. (...)*

*Solicitamos al Excmo. Ayuntamiento que (...), y tras los preceptivos trámites, el órgano de contratación determine las actuaciones a realizar..."*

De los certificados de inscripción en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público aportados por las dos sociedades que concurrían en UTE y que resultaron adjudicatarias del contrato de obras de referencia, resulta la evidencia de que era la sociedad “Obras, Caminos y Asfaltos S.A.” la que reunía los requisitos de solvencia exigidos legalmente a través del PCAP, aportándola por tanto a la UTE.

Se comprueba también que, con fecha 4 de mayo de 2020 se publicó en el BOE nº 124 por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de lo Mercantil de Ourense, anuncio respecto a que en el PAC 189-13-1,

referente al concursado “Obras, Caminos y Asfaltos S.A.”, por Auto de fecha 24 de marzo de 2020 se acordaba rescindir el convenio y abrir la fase de liquidación del concurso, así como la disolución de la sociedad “Obras, Caminos y Asfaltos S.A”.

A la vista de las indicadas circunstancias, a propuesta del concejal delegado de Urbanismo, Modernización, Participación y Atención Ciudadana de fecha 29 de septiembre de 2020 y constando el informe de TSAE, de 25 de septiembre de 2020, sobre la valoración de los perjuicios económicos derivados de la resolución del presente contrato, así como el informe del director de la Asesoría Jurídica de 28 de septiembre de 2020 y el de la Intervención General Municipal; mediante resolución del Pleno de la Corporación municipal, de fecha 1 de octubre de 2020, se acuerda: *“iniciar expediente para la resolución del contrato administrativo de obras de construcción del nuevo Centro Acuático e Instalaciones Deportivas complementarias en la parcela del antiguo Polideportivo de San Isidro de Getafe, por concurrir la causa del art. 211.1a) LCSP, ante la incapacidad sobrevenida de la empresa ‘Obras, Pavimentos e Instalaciones Industriales, SL’, al ser ésta la empresa superviviente de la UTE denominada ‘Centro Acuático San Isidro 71/18’ a consecuencia de la liquidación, disolución (Auto de fecha 24 de marzo de 2020 del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de lo Mercantil de Ourense -BOE nº 124 de 4 mayo de 2020) y consiguiente pérdida de la personalidad jurídica de la mercantil ‘Obras, Caminos y Asfaltos, SA’, que aportaba la solvencia en dicha contratación”*.

Esta resolución igualmente acordaba la declaración de la tramitación urgente del procedimiento, ex artículo 213.6 de la LCSP (: *“Al tiempo de incoarse el expediente administrativo de resolución del contrato por las causas establecidas en las letras b), d), f) y g) del apartado 1 del artículo 211, podrá iniciarse el procedimiento para la adjudicación del nuevo contrato, si bien la adjudicación de este quedará condicionada a la terminación del expediente de resolución. Se aplicará la*

*tramitación de urgencia a ambos procedimientos.”) y fijar como indemnización total la cuantía de 211.794, 35€, que se haría efectiva en primer lugar mediante la incautación de la garantía definitiva constituida -180.172, 92€, según contrato suscrito el 19 de junio de 2019 y 10.662, 05€ de reajuste de garantía, a consecuencia de la modificación aprobada por la Junta de Gobierno de 11 de marzo de 2020-, reclamándose el resto al propio contratista.*

Además, se acuerda en la misma resolución dar trámite de audiencia al contratista y a su avalista, por plazo de diez días naturales.

Esta resolución se notificó a la UTE contratista, a través de su representación y a su avalista “Generali España S.A.”.

**TERCERO.-** Iniciado el procedimiento de resolución contractual que se analiza, forman parte de su desarrollo las siguientes actuaciones:

1. Consta resolución del Pleno municipal, igualmente de fecha 1 de octubre de 2020, acordando la incoación de una nueva licitación -a tramitar por vía de urgencia, también con cita del artículo 213.6 de la LCSP/17-, con el mismo objeto que el contrato de obras cuya resolución se analiza, cuya adjudicación queda condicionada a la efectiva resolución que nos ocupa.

2. El día 14 de octubre de 2020, se presentaron sendos escritos de la contratista, requiriendo la vista telemática del expediente y la ampliación del plazo para alegaciones.

Mediante diligencia de 15 de octubre se le contesta, indicando que podría tomar vista del expediente en la sede municipal, en el horario que se le indica. Constan las correspondientes comparencias al efecto

y sin reservas- la de la avalista, del día 15 de octubre y la de la propia contratista, del día 16 de octubre-.

Consta informe de fecha 16 de octubre de 2020, del director de la Asesoría Jurídica municipal, en referencia a la ampliación del plazo de alegaciones solicitado. El informe se muestra contrario a la estimación de la solicitud, por imposibilidad material, dado que el plazo de alegaciones concedido expiraría el día 19 de octubre y habiéndose efectuado la solicitud de ampliación el día 13, la posible notificación de una hipotética contestación favorable, se estima que ya se efectuaría fuera de plazo.

Se formula propuesta del concejal delegado de Urbanismo, Modernización, Participación y Atención Ciudadana al Pleno del Ayuntamiento, para dar respuesta a la indicada solicitud, en sentido desestimatorio y con remisión a la argumentación de la Asesoría Jurídica, así como la correspondiente la notificación de la resolución a la avalista. No se acompaña la subsiguiente resolución, ni su notificación.

3. Mediante escrito de fecha 16 de octubre de 2020, la avalista presenta su escrito de alegaciones, en el que se opone a la resolución contractual incoada, por considerar que en el desarrollo del contrato medió un previo incumplimiento de la administración municipal, por el retraso en los pagos y, considera- además- que no concurre la causa de resolución del 211.1a) LCSP, invocando lo dispuesto en el artículo 212.3 de la misma norma( “ *Cuando la causa de resolución sea la muerte o incapacidad sobrevenida del contratista individual la Administración podrá acordar la continuación del contrato con sus herederos o sucesores*”).

Además, aduce indefensión, al no habersele proporcionado una copia completa del expediente –que señala que requirió-, y dice que en el trámite presencial de audiencia en la sede municipal el expediente se

le exhibió parcialmente. También reclama contestación a su solicitud de ampliación del plazo de alegaciones.

4. La UTE contratista efectuó sus alegaciones, también con fecha 16 de octubre. En términos similares a las efectuadas por su avalista, considera que no concurriría la causa de resolución consistente en la pérdida de su capacidad contractual y, por el contrario, que sí se daría la que se funda en los hipotéticos y previos incumplimientos de la administración que, según su criterio, se habrían rechazado indebidamente. Habiendo acudido a la vía judicial para impugnar la resolución finalizadora de la vía administrativa desestimatoria de su anterior solicitud de resolución, solicita la suspensión de las actuaciones del presente procedimiento, en espera de la correspondiente resolución judicial.

Se opone igualmente a la incautación de las garantías, señalando que tal medida sólo podría adoptarse con la efectiva finalización del procedimiento.

5. Se requirió también el informe de la Tesorería del Ayuntamiento, sobre el estado de las diferentes certificaciones de pago correspondientes a las obras y otros pagos imputables al contrato de cuya resolución se trata.

Según el cuadro que se adjunta y las correspondientes certificaciones sobre el reconocimiento y liquidación de cada una de las deudas, emitidos por la Intervención General municipal, todos los pagos se realizaron durante el 2020, antes del mes de noviembre (las certificaciones 1ª y 2ª se pagaron el 20 de abril, la 3ª y la 4ª el día 28 de abril, la 5ª, 6ª, 8ª y 9ª fueron pagadas el 9 de setiembre y la certificación 7ª se abonó el día 2 de octubre).

6. Se incorporó también al procedimiento el informe de TSAE, de fecha 13 de noviembre de 2020, que analizó las alegaciones efectuadas por los interesados y en sentido muy similar, el informe-propuesta de resolución del contrato, suscrito por el director de la Asesoría Jurídica municipal, de fecha 17 de noviembre.

En ambos informes se contesta a las distintas alegaciones efectuadas por la contratista y por su avalista. Así, en los correspondientes informes se reitera la evidencia de la realidad del efectivo pago de las certificaciones de obra por la administración municipal, en las fechas certificadas por la Tesorería, en todos casos anteriores al momento que habilitaría a la resolución contractual, ex 198. 4 y 6 de la LCSP. Además, plantean que ese asunto resulta ajeno al procedimiento de cuya resolución contractual se trata ahora.

Señalan que el artículo 110 de la LCSP habilita para incautar la garantía del contratista, desde la iniciación del procedimiento de resolución culpable y que, no obstante esa cautela, en este procedimiento, lógicamente no se ha ejecutado la indicada garantía. Se añade que la cuantía de los perjuicios a garantizar se encuentra suficientemente acreditada y documentada en el correspondiente informe de valoración de perjuicios, de 25 de septiembre de 2020.

En cuanto a la prelación de una causa de resolución anterior, que planteaba los retrasos en los pagos, los informes señalan que la Junta de Gobierno local de 9 de septiembre de 2020 ya desestimó de modo muy argumentado la correspondiente solicitud formulada por la UTE contratista, el 11 de agosto, remitiéndose a lo allí indicado y que ello no se vería afectado por la impugnación judicial de la resolución administrativa, considerando independientes ambas actuaciones.

Sobre la suspensión procedimental solicitada, se recuerda que esa no es una medida cautelar prevista a estos efectos en la LPAC y que el presente procedimiento debe continuar y culminarse con la resolución

que corresponda, porque así lo exige el principio de legalidad y el interés público subyacente del contrato.

Sobre la alegación de indefensión que formula la avalista, se indica la falta de realidad de las afirmaciones sobre hipotéticas limitaciones a la audiencia del expediente efectuada por el avalista, que se efectuó en sede municipal, pues consta la oportuna diligencia dando razón de esa actuación, suscrita sin ninguna objeción o reserva. Sobre la ampliación del plazo concedido para las alegaciones, se insiste en la imposibilidad material de llevarla a efecto, por cuanto cuando se hubiera resuelto su solicitud ya habría expirado el plazo para efectuarlas.

En concreta referencia a la concurrencia de la causa por la que se tramita la presente resolución, el informe recuerda las previsiones de los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato, que establecían que los licitadores debían reunir cierta solvencia, debidamente acreditada, mediante los correspondiente certificados de Inscripción en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público -en concreto, la Cláusula 8 del PCAP requería que estuvieran clasificadas en el grupo, subgrupo y categorías siguientes: Grupo C, Subgrupo 4 y categoría C o F, Grupo J, Subgrupo 2 y categoría 4 ó E, Grupo J, Subgrupo 4 y categoría 4 o E, Grupo I, Subgrupo 6 y categoría 3 o D- y que en la UTE contratista, la empresa “Obras Caminos y Asfaltos, SA” era la que aportaba la referida solvencia, careciendo de tal clasificación la otra empresa -la única subsistente, según el reconocimiento efectuado por la propia UTE-, una vez liquidada la antes citada.

En suma, se afirma que sería contrario a derecho permitir la ejecución del contrato por quien no cumpliera los requisitos legales y convencionales para contratar, establecidos en el PCAP, por lo que no cabe otra solución que resolver el contrato, ante la pérdida sobrevenida

de la capacidad necesaria por la liquidación de la empresa parte de la UTE, que la aportaba.

El informe de la Asesoría Jurídica municipal, en punto a la tramitación del procedimiento, recuerda también la necesidad de recabar el presente Dictamen de la Comisión Jurídica Asesora.

7. Finalizada la tramitación del procedimiento, se elaboró la correspondiente propuesta de resolución del contrato de obras, a propuesta del concejal delegado de Urbanismo, Modernización, Participación y Atención Ciudadana del Ayuntamiento de Getafe y, para continuar la tramitación procedimental, la Junta de Gobierno local, en sesión celebrada el día 18 de noviembre de 2020, adoptó el acuerdo de recabar el Dictamen Jurídico de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, disponiendo:

*"Recabar el Dictamen Jurídico de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid de conformidad con el art. 5.3. d de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, de supresión del Consejo Consultivo, sobre la siguiente Propuesta de Resolución:*

*Primero.- Desestimar la Alegaciones presentadas por Generali España S.A. de Seguros y Reaseguros, de acuerdo con la fundamentación jurídica del Apartado Primero del Informe-propuesta de la Asesoría Jurídica de 17/11/2020, tanto de la causa de resolución del contrato invocada, como de la incautación de la garantía, y que se da por reproducida a todos los efectos.*

*Segundo.- Desestimar las Alegaciones presentadas por la UTE "Centro Acuático San Isidro 71/18" de acuerdo con la fundamentación jurídica del Apartado Segundo del Informe-propuesta de la Asesoría Jurídica de 17/11/2020, tanto de la causa de resolución del contrato invocada como de la incautación de la garantía, y que se da por reproducida a todos los efectos.*

*Tercero.- Resolver el contrato administrativo de obras de construcción del nuevo Centro Acuático e Instalaciones Deportivas complementarias en la parcela del antiguo Polideportivo de San Isidro de Getafe (CONT. 71/18) por concurrir la causa del art. 211. 1 a) LCSP, incapacidad sobrevenida del contratista U.T.E. "Centro Acuático San Isidro 71/18" (Obras, Pavimentos e Instalaciones Industriales, S.L.), a consecuencia de la liquidación y disolución (Auto de fecha 24 de marzo de 2020 el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de lo Mercantil de Ourense - BOE nº 124 de 4 mayo de 2020) de la mercantil 'Obras, Caminos y Asfaltos, S.A.', que aportaba la solvencia en dicha contratación.*

*Cuarto.- Fijar como daños y perjuicios causados a este Ayuntamiento, consistentes en el retraso acumulado en la ejecución de la obra por 97.293,37 € y nueva licitación por 114.500,98 €, estableciendo como indemnización total la cuantía de 211.794,35 €, a cargo del contratista, de conformidad con el Informe de valoración de fecha 25/09/2020 de la TSAE Arquitecto de la Unidad de Proyectos y Obras de Edificación.*

*Quinto. - Incautar la garantía definitiva constituida por los daños y perjuicios causados fijados en el apartado anterior, reclamándose el resto al propio contratista, si esta no fuera suficiente.*

*Sexto. - Notificar la presente resolución, al contratista y avalista, dándole el régimen de recursos que proceda".*

8. Por resolución de la Junta de Gobierno municipal de la misma fecha, se acordó suspender el procedimiento administrativo de resolución contractual, de acuerdo con el artículo 22.1, letra d) de la LPAC, en referencia con la solicitud de este dictamen, a la Comisión Jurídica Asesora y se dispuso su notificación a los interesados.

Constan las correspondientes notificaciones a la contratista y a su avalista, con registro de salida el 26 de noviembre de 2020 y con acuse de recibo el mismo día, en ambos casos, mediante los correspondientes correos electrónicos que así lo indican.

**CUARTO.-** La alcaldesa de Getafe formuló la preceptiva consulta, que ha tenido entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora el 21 de diciembre de 2020, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, a la letrada vocal Dña. Carmen Cabañas Poveda, que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada, por unanimidad, en el Pleno de la Comisión en su sesión de 2 de febrero de 2021.

El escrito solicitando el informe preceptivo fue acompañado de la documentación que se consideró suficiente.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

### **CONSIDERACIONES DE DERECHO**

**PRIMERA.-** La petición de dictamen se ha de entender realizada 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 deberá ser consultada en los expedientes tramitados por las Entidades Locales, en los supuestos de *“aprobación de pliegos de cláusulas administrativas generales, interpretación, nulidad y resolución de los contratos administrativos y modificaciones de los mismos en los supuestos establecidos por la legislación de Contratos de las Administraciones públicas”*, y ha sido formulada por órgano competente para ello, en virtud de lo dispuesto en el artículo 18.3.a) del ROFCJA.

**SEGUNDA.-** El contrato cuya resolución se pretende se adjudicó el 13 de mayo de 2019. De esta forma resulta de aplicación la LCSP/17.

En cuanto a la competencia para acordar la resolución de los contratos administrativos, el artículo 190 de LCSP/17 dispone que *“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 esta”*.

En este caso, el órgano de contratación es la Junta de Gobierno Local, de acuerdo con el artículo 2.4 de la LCSP.

Por lo que se refiere al procedimiento de resolución contractual, habrá que estar a lo dispuesto en la normativa vigente en el momento de su inicio (esto es, el 1 de octubre de 2020), lo que supone también en esa cuestión la aplicación de la LCSP/17, en particular de sus artículos 191 y 212. Además, ante la falta de desarrollo reglamentario en el aspecto objeto de estudio de las disposiciones vigentes en materia de contratación del sector público, debe considerarse lo dispuesto en el artículo 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), referido específicamente al *“procedimiento para la resolución de los contratos”*.

De forma subsidiaria se aplicará, conforme a la disposición final 4<sup>a</sup> de la LCSP/17, la legislación de procedimiento administrativo, en concreto la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC).

En particular, el artículo 191.1 de la LCSP/17 requiere que en el correspondiente expediente se dé audiencia al contratista. Asimismo, el artículo 109 del RGLCAP exige la audiencia al avalista o asegurador *“si*

*se propone la incautación de la garantía*”, como ocurre aquí. En el caso sujeto a dictamen, se ha respetado el derecho de audiencia de la UTE contratista, que ha formulado las alegaciones que ha tenido por convenientes y, al proponerse la incautación de la garantía, además se ha dado audiencia a la avalista, que también ha presentado escrito de alegaciones de oposición.

Debe matizarse que, con posterioridad a la fecha de otorgamiento de la audiencia, se han incorporado diversos informes al procedimiento- el informe de Tesorería, el de TSAE y el del director de la Asesoría Jurídica municipal- práctica que no ha generado indefensión al contratista ni a su avalista, puesto que no añaden hechos nuevos como base de la pretensión resolutoria, sino que vienen a analizar las alegaciones de oposición efectuadas y a documentar las fechas de la liquidación de las certificaciones de pago, sobre cuyo contenido los interesados tenían conocimiento, incluso antes de la incoación del procedimiento de resolución, como demuestran los numerosos informes, actas y comunicaciones entre los mismos y la Administración contratante, incorporados al expediente.

Como se ha indicado, en el procedimiento se ha emitido informe por la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento de Getafe, que hace innecesario el informe de la Secretaría al tratarse de un municipio de gran población, mas no por la Intervención de la corporación municipal, -aunque sí consten certificados emitidos por el referido órgano de control y fiscalización contable sobre los pagos de las certificaciones de obra, así como un informe de la directora de Contabilidad, Planificación Financiera y Tesorería, y cierta documentación elaborada por Tesorería, según ya se indicó al repasar el desarrollo del procedimiento-. Sobre esta omisión, tal como se ha venido señalando por esta Comisión, entre otros en el Dictamen 297/17 de 13 de julio, en el ámbito de la Administración Local, el artículo 114.3 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de

Régimen Local, establece como necesario dicho informe, lo que puede determinar un vicio de anulabilidad en virtud de lo dispuesto en el artículo 48.2 de la LPAC, y, por tanto, susceptible de subsanación.

Por último, se ha incorporado al expediente administrativo la oportuna propuesta de resolución, en la que se desestiman las alegaciones de la contratista, con remisión a las argumentaciones que se recogen en el informe de la Asesoría Jurídica y en el de la Tesorería municipal. En este punto se ha de recordar la necesidad de motivar los actos administrativos que limiten derechos subjetivos o intereses legítimos -artículo 35.1.a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas-, lo que hace conveniente incluir en la resolución que en su día sea dictada para culminar el procedimiento toda la fundamentación fáctica y jurídica de la misma, evitando abusar innecesariamente de la motivación *in aliunde* que, en cualquier caso, *stricto sensu* requeriría de la cita de todos aquellos documentos que le sirvan de sostén.

De conformidad con el apartado tercero del artículo 191.3 de la LCSP/17, será preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de interpretación, nulidad y resolución, cuando se formule oposición por parte del contratista, como ocurre en el presente caso, en el que hay discrepancia en cuanto a la existencia misma y aplicación de la causa de resolución.

En relación con el plazo para resolver, el artículo 212.8 de la LCSP/17 establece un plazo máximo para resolver de ocho meses. Es de destacar que en este caso el procedimiento se incoó para ser tramitado por la vía de urgencia, lo que supone la reducción de la duración de todos los plazos a la mitad, ex artículo 33.1 de la LPAC.

En cualquier caso, el incumplimiento del plazo total de duración del procedimiento sin haber finalizado con la oportuna resolución del órgano de contratación, determinaría la caducidad del procedimiento (art. 25.1.b de la LPAC). En el caso sujeto a dictamen, atendida la fecha de inicio de procedimiento, que tuvo lugar el 1 de octubre de 2020, el procedimiento no está caducado al emitir esta Comisión su dictamen, considerando que la Administración que suscita la consulta ha hecho uso de la facultad de suspender el procedimiento de conformidad con el artículo 22.1.d) de la LPAC, a la espera del informe de esta Comisión.

El indicado precepto, señala que el plazo máximo legal para resolver y notificar un procedimiento podrá suspenderse entre otras circunstancias *“...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”*. Para que sea efectiva la suspensión del plazo es preciso, según el mismo precepto, que se comunique a los interesados tanto la petición como la emisión de los informes y así lo ha hecho el órgano de contratación, según consta en los antecedentes de hecho de este dictamen.

Efectivamente, en el procedimiento analizado, por resolución de la Junta de Gobierno municipal de 18 de noviembre de 2020, se acordó suspender el procedimiento administrativo de resolución contractual, iniciado el 1 de octubre, de acuerdo con el artículo 22.1, letra d) de la LPAC- en referencia con la solicitud de este dictamen- y se dispuso su notificación a los interesados. Consta que se ha notificado dicha resolución a la contratista y a la avalista, mediante comunicaciones con registro de salida de 26 de noviembre de 2020, con acuse de recibo del

mismo día. Será pues ese el momento a considerar en la suspensión del plazo para resolver.

**TERCERA.-** La propuesta de resolución considera que procede la resolución del contrato administrativo de obras de construcción del nuevo Centro Acuático e Instalaciones Deportivas complementarias en la parcela del antiguo Polideportivo de San Isidro de Getafe (Expediente contractual 71/18), al amparo de lo establecido en el artículo 211.1 a) LCSP/17, por la incapacidad sobrevenida del contratista: “U.T.E. Centro Acuático San Isidro 71/18”, a consecuencia de la liquidación y disolución (Auto de fecha 24 de marzo de 2020 el Juzgado de Primera Instancia n<sup>a</sup> 4 de lo Mercantil de Ourense - BOE n<sup>o</sup> 124 de 4 mayo de 2020) de la mercantil “Obras, Caminos y Asfaltos, S.A.”, que aportaba la solvencia en dicha contratación.

La UTE contratista disiente del alcance e interpretación que deba darse a la circunstancia de la liquidación de la entidad referenciada e indica que, al haberse producido esa circunstancia debería continuar la ejecución contractual con la otra empresa que formaba parte de la UTE, sin considerar la circunstancia de si la misma cuenta o no con las clasificaciones requeridas en los PCAP rectores de la licitación.

Por el contrario, tanto la UTE contratista, como su avalista, consideran aplicable a la resolución contractual el motivo previsto en el artículo 211.1, letra e) de la LCSP/17 (: “*demora en el pago por parte de la Administración por plazo superior al establecido en el apartado 6 del artículo 198 o el inferior que se hubiese fijado al amparo de su apartado 8*”). En desarrollo de su argumentación plantean un supuesto retraso en el pago de determinadas certificaciones de pago que, además, la UTE tenía endosadas y señalan que procede la aplicación de un régimen jurídico diferente, por cuanto se trataría de un supuesto fundado en un incumplimiento previo de la administración contratante y en ningún caso determinaría responsabilidades a cargo de la empresa contratista.

Indican –además– que al haberse planteado con anterioridad esta causa de resolución, su aplicación resultaría preferente a la que formula la administración y añaden que, al encontrarse impugnada judicialmente la resolución que rechazó esa causa, debería suspenderse la tramitación que nos ocupa, hasta que no finalizara el indicado procedimiento contencioso administrativo.

A la vista de los argumentos contrapuestos que se han hecho valer en el expediente, deberemos analizar ambos motivos de resolución contractual y la interacción de los procedimientos en curso.

Como es sabido, ante la concurrencia de diversas causas de resolución existe una consolidada doctrina de los distintos órganos consultivos de la Administración, también recogida por la jurisprudencia, que efectivamente previene que deberán tramitarse de conformidad con su orden cronológico. De igual modo, el propio artículo 211.2 de la vigente LCSP/17 dispone *“en los casos en que concurren diversas causas de resolución del contrato con diferentes efectos en cuanto a las consecuencias económicas de la extinción, deberá atenderse a la que haya aparecido con prioridad en el tiempo”*.

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 93/20, de 5 de marzo, 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.

Aplicando tales criterios, deberemos diferenciar entre los casos en que mediaren incumplimientos de la administración contratante, de aquellos otros en que se dieran verdaderas causas de resolución.

En este caso, del conjunto de la documentación incorporada al expediente resulta la evidencia de que todos los pagos de las certificaciones de obra a los que se alude en sus alegaciones la UTE y su avalista, fueron realizados antes del mes de noviembre de 2020 y que, de conformidad con el adecuado computo de los plazos a los que remite el artículo 211.1, letra e) de la LCSP/17, los retrasos en el pago de las certificaciones mensuales de obra susceptibles de habilitar la resolución contractual a instancia del contratista serían –exclusivamente– los que se hubieran efectuado con una demora superior a seis meses, contados a partir de los treinta días siguientes a su aprobación, ex artículo 198,4º y 6º de la LCSP.

Tal como explica con todo detalle el informe de la Asesoría Jurídica municipal de 8 de septiembre, en el que se funda la resolución del Pleno de la Corporación municipal de 9 de septiembre de 2020, descontado el tiempo de paralización de los procedimientos administrativos, a que dio lugar la crisis sanitaria, de conformidad con las previsiones de la disposición adicional 3ª del RD 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaró el primer estado de alarma ocasionado por el COVID-19, ninguna de las facturas se encontraría en ese caso, ya que hasta el día 30 de noviembre no se cumpliría el límite de ese plazo.

A la vista de lo anterior, estaríamos ante simples retrasos o incumplimientos de la obligación de pago puntual que incumbe a la administración, pero tales retrasos no deberán ser tratados como incumplimientos y, por tanto, resultarían independientes del

procedimiento de resolución que ahora nos ocupa, y no servirían para objetar su tramitación.

Tampoco conducirá a paralizar el procedimiento que ahora nos ocupa la existencia de un procedimiento judicial contencioso en curso, destinado a canalizar la impugnación de la correspondiente desestimación administrativa de esa pretendida causa de resolución a instancia del contratista.

Sobre esta cuestión resulta muy claro el Dictamen 297/17, de 13 de julio, de esta Comisión, que señaló: *“Con respecto a la alegación sobre la supuesta concurrencia de prejudicialidad homogénea, sobre este particular ya nos manifestamos en el Dictamen 332/16, de 21 de julio, y, en esta misma sesión, y en relación con otro procedimiento de resolución contractual, en el Dictamen 290/17.*

*En línea con la doctrina mantenida en dichas ocasiones, reiteramos ahora que el mismo Consejo de Estado en Dictamen de 27 de diciembre de 2007, ha declarado que no obsta a la conclusión y decisión final de un expediente de resolución contractual el hecho de que el concesionario mantenga un recurso contencioso-administrativo contra la denegación de su solicitud de resolución de contrato por incumplimiento de la Administración formulada con anterioridad.*

*Ahora bien, resulta claro que una eventual sentencia favorable del citado recurso contencioso-administrativo surtiría efectos sobre el resultado final del procedimiento de resolución del contrato instado por la Administración, e incluso pudiera dar lugar a la revocación o revisión de la resolución que se adoptara, ‘pues podría darse el caso de que una hipotética estimación de la demanda formulada en dicha causa llevara o cargara sobre la Administración una responsabilidad que fuera incompatible con la imputada responsabilidad del contratista que trata de servir de sustento a la resolución de este expediente’ (Dictamen del Consejo de Estado de 27 de diciembre de 2007)”.*

En consecuencia, como ocurría en el supuesto que dio lugar al dictamen últimamente reseñado, si no consta durante la tramitación del procedimiento de resolución instado por la Administración que el recurso contencioso-administrativo haya sido fallado, ni se haya adoptado en el mismo medida alguna que impida acabar este expediente, es posible la tramitación de un procedimiento de resolución contractual por causa imputable al concesionario y la decisión final que se adopte será recurrible, con independencia del mencionado recurso contencioso; pero, como es obvio, esta resolución administrativa podrá también ser sometida también a control jurisdiccional, de modo que si fuera luego impugnada en sede judicial, sería entonces cuando podría hacerse valer por el juzgado correspondiente la precedencia temporal de la causa resolutoria invocada por el concesionario.

Por ello cabe concluir que la decisión que adopte el órgano de contratación competente en el expediente sometido preceptivamente a dictamen de la Comisión Jurídica Asesora- la Junta de Gobierno Local-, puede quedar *condicionada* por el fallo de la sentencia definitiva y firme que se dicte sobre la pretensión de resolución pretendida por la concesionaria, pero no es óbice a la tramitación y resolución del actual procedimiento.

**CUARTA.-** Una vez rechazadas las alegaciones de la contratista y de su avalista, procede entrar a analizar la causa de resolución invocada por la Administración.

Como se indicó, la propuesta de resolución en cuyo desarrollo procedimental se integra este Dictamen, considera que procede la resolución del contrato al amparo de lo establecido en el artículo 211.1 a) LCSP/17, por la incapacidad sobrevenida del contratista: “U.T.E. Centro Acuático San Isidro 71/18”, a consecuencia de la liquidación y disolución, por el Auto de fecha 24 de marzo de 2020 del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de lo Mercantil de Ourense, de la mercantil

Obras, Caminos y Asfaltos, S.A., que aportaba la solvencia en dicha contratación.

Según se indicó en los antecedentes de hecho, la Junta de Gobierno municipal, en sesión celebrada el 13 de mayo de 2019, acordó la adjudicación del contrato de ejecución de las obras a favor de las mercantiles “Obras, Caminos y Asfaltos S. A.” y “Obras, Pavimentos e Instalaciones Industriales S.L.”, constituidas en Unión temporal de empresarios, (UTE “Centro Acuático San Isidro 71/18”).

La Cláusula 8 del PCAP rector de este contrato, al referirse a la capacidad de la contratista, en concreto en el apartado de la solvencia, requería como requisito imprescindible de cualquier licitadora que estuviera debidamente clasificada e inscrita en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público, en el grupo, subgrupo y categorías siguientes: Grupo C, Subgrupo 4 y categoría C o F, Grupo J, Subgrupo 2 y categoría 4 o E, Grupo J, Subgrupo 4 y categoría 4 o E, Grupo I, Subgrupo 6 y categoría 3 o D.

Los certificados de inscripción aportados por las dos sociedades que concurrían en la UTE adjudicataria del contrato de obras de referencia, constataron que la sociedad “Obras, Caminos y Asfaltos S.A.” era la que reunía los requisitos de solvencia exigidos en los PCAP, aportándola por tanto a la UTE. En este sentido, el artículo 69.6 de la LCSP/17 indica: *“A los efectos de valorar y apreciar la concurrencia del requisito de clasificación, respecto de los empresarios que concurren agrupados se atenderá, en la forma que reglamentariamente se determine, a las características acumuladas de cada uno de ellos, expresadas en sus respectivas clasificaciones. En todo caso, será necesario para proceder a esta acumulación que todas las empresas hayan obtenido previamente la clasificación como empresa de obras, sin perjuicio de lo establecido para los empresarios no españoles de Estados miembros de la Unión Europea y de Estados signatarios del Acuerdo*

*sobre el Espacio Económico Europeo en el apartado 4 del presente artículo”.*

Carecía y carece de tal clasificación la otra empresa que formaba parte de la UTE- que es la única subsistente, una vez liquidada la primera de las citada-, según el reconocimiento efectuado por la propia contratista, en su escrito de fecha 10 de septiembre de 2020.

Ante la situación descrita, el órgano de contratación propone la resolución contractual, mientras que la UTE en sus alegaciones, considera que deberá continuar el desarrollo y ejecución contractual con la empresa subsistente, esto es con “Obras, Pavimentos e Instalaciones Industriales S.L.”, aunque no tenga la clasificación requerida en los PCAP.

Se plantea pues, si la liquidación de una de las empresas constituida en UTE debe llevar a la inmediata disolución de la referida unión temporal y a la resolución del contrato por la causa señalada, o si se entiende que la UTE es una entidad colaborativa diferente de las empresas que la constituyen, de forma que deberá cumplir con el objeto del contrato, con independencia de la situación interna de las empresas constituidas, teniendo éstas una responsabilidad solidaria e ilimitada ante la administración, en el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato.

El análisis que nos ocupa exige recordar que una Unión Temporal de Empresas es, por su propia naturaleza, un sistema voluntario de colaboración entre empresarios por tiempo cierto, determinado o indeterminado, para el desarrollo o ejecución de una obra, servicio o suministro y que no tiene personalidad jurídica propia (ex. artículo 7 de la Ley 18/1982, de 26 de mayo, sobre régimen fiscal de agrupaciones y uniones temporales de Empresas y de las Sociedades de desarrollo industrial regional). Ese sistema de colaboración se basa en un acuerdo

de voluntades entre empresas y se articula en dos vertientes, *ad intra*, mediante el propio contrato de Unión Temporal de Empresas que suscriben sus integrantes, y, *ad extra*, mediante la participación de esa Unión Temporal de Empresas en el procedimiento de licitación contractual. La articulación *ad extra*, culminará con la obligación de elevar a escritura pública la formalización de la Unión Temporal de Empresas, si finalmente ésta resultara adjudicataria del contrato público.

Por tanto, las UTES no tienen personalidad jurídica, generan un régimen de responsabilidad solidaria que asumen todos y cada uno de los empresarios integrantes de la misma (todo ello al margen del tanto por ciento de participación del empresario en la Unión Temporal de Empresas); su constitución tiene carácter temporal y deben formalizarse mediante escritura pública, en caso de resultar adjudicatarias del contrato al que liciten.

El artículo 69 de la LCSP/17, también se refiere específicamente a las consecuencias de los diversos avatares que, durante la existencia de una UTE, pudieran sufrir las empresas que las constituyan, previéndose los casos de fusión, escisión y aportación o transmisión de la rama de actividad de que sea objeto alguna o algunas empresas integradas en una unión temporal o la modificación de la composición de la unión temporal de empresas. Esos efectos serán diferentes, según se produzcan antes o después de la formalización de un contrato con una unión temporal de empresas.

En referencia al concurso de acreedores que afectase a una de las empresas que formare parte de una UTE contratista, el artículo 69.9 letra c) dispone: “Una vez formalizado el contrato con una unión temporal de *empresas*, se observarán las siguientes reglas:...c) Cuando alguna o algunas de las empresas integrantes de la unión temporal fuesen declaradas en concurso de acreedores y aun cuando se hubiera

*abierto la fase de liquidación, continuará la ejecución del contrato con la empresa o empresas restantes, siempre que estas cumplan los requisitos de solvencia o clasificación exigidos”.*

A la vista de la previsión legal, a la que también remite el artículo 190 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, en adelante LC, se hace evidente la imposibilidad de continuar la ejecución del contrato con la empresa restante, si esta no cumple los requisitos de solvencia o clasificación exigidos en la contratación, como ocurre en este caso y parece inevitable reconducir la situación a un supuesto de resolución contractual, por pérdida sobrevenida de la capacidad del contratista.

Tal solución es perfectamente congruente con el criterio expuesto en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de mayo de 2016, dictada en el asunto C-396/14 en la que se declara que el principio de igualdad de trato no se viola cuando se autoriza a uno de los dos operadores económicos que formaban parte de una agrupación de empresas a sustituir a dicha agrupación tras su disolución y a participar, en su propio nombre, en un procedimiento negociado de adjudicación de un contrato público, siempre y cuando se acredite, por una parte, que ese operador económico cumple en solitario los requisitos definidos por dicha entidad y, por otra parte, que el hecho de que siga participando en dicho procedimiento no implica un deterioro de la situación competitiva de los demás licitadores.

Sea como fuere, en este caso, la mercantil “Obras, Caminos y Asfaltos, S.A.”, que aportaba la solvencia de la UTE, se ha liquidado en desarrollo de la actuación concursal y, resulta que la otra empresa que formaba parte de la UTE carece de la solvencia requerida para la contratación, por lo que resulta imposible continuar la ejecución del contrato con esa empresa *restante* y deberá resolverse el contrato, una vez desarrollado el correspondiente procedimiento al efecto.

**QUINTA.-** Finalmente, por lo que se refiere a la incautación de la garantía definitiva, debe recordarse que esta cuestión pertenece al régimen jurídico sustantivo del contrato (efectos de la causa de resolución), y no a la regulación del procedimiento. Este asunto, además, ha sufrido evolución en las diferentes regulaciones de la normativa contractual. En este caso deberemos atenernos a la vigente LCSP/17.

La norma referenciada, establece en su artículo 110 que las garantías definitivas responderán de la incautación que puede decretarse en los casos de resolución del contrato, de acuerdo con lo que en él o en esta Ley esté establecido.

Sobre esta cuestión de la aplicación de las garantías contractuales, analizando los efectos de la resolución contractual, el artículo 213 LCSP/17 establece que: 3. *“Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada. (...) 5. En todo caso, el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía, que en su caso, hubiese sido constituida”*. Por ello, la norma establece la procedencia de la automática incautación de la garantía constituida y la necesaria mención de ello en la resolución del contrato.

Así pues, en este caso, la incautación de la garantía opera de modo automático en aras a garantizar el pago del importe de los daños y perjuicios causados, como se señala en nuestro Dictamen 74/20, de 27 de febrero o en el 556/19, de 19 de diciembre, sin que resulte precisa la valoración previa de los daños. En este sentido, cabe hacer referencia a la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 2019 (recurso 3556/2017) conforme a

*la cual “no puede atenderse a la pretensión ejercitada de que la garantía definitiva solo puede quedar afecta al pago del importe de los daños y perjuicios ocasionados a la administración contratante, una vez determinado su importe en proceso contradictorio. La previsión normativa es justamente contraria a lo pretendido por la entidad aseguradora aquí recurrente. La incautación constituye una medida de la administración en aras a garantizar el pago del importe de los daños y perjuicios causados en los casos de resolución del contrato, amparada por el art. 88 de la Ley 30/2007, del 30 de octubre , y actualmente el art. 110 d) de Contratos del Sector Público, Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por lo que no resulta preciso la valoración previa de los daños para acordar aquella”.*

A mayor abundamiento y en lo que hace a este concreto expediente, como se indicó al referir los antecedentes de hecho, entre la documentación remitida a esta Comisión consta un cumplido informe de los servicios técnicos del consistorio, TSAE Arquitecto, de fecha 25 de septiembre de 2020, emitido en cumplimiento del artículo 190 LCSP/17. Dicho informe analiza las concretas circunstancias del desarrollo de la obra que nos ocupa y cuantifica los daños y perjuicios producidos a la administración, a la luz de los retrasos en su ejecución que no encuentran justificación en la tramitación de las modificaciones contractuales que se debieron desarrollar por circunstancias sobrevenidas e imprevistas, o en la inundación accidental de la obra, que también tuvo lugar. De ese modo, el informe concluye motivadamente que los daños y perjuicios ocasionados a la administración se cifran en 211.794,35€, por causa del retraso acumulado en la ejecución de la obra de 45 días y por los gastos derivados de la necesidad de una nueva licitación, estimando su duración en 5 meses. Teniendo el mismo fecha anterior a la iniciación del procedimiento de resolución contractual, se desconoce si el referido informe, ha estado sometido a la debida audiencia y contradicción de

los interesados, que se han opuesto a la incautación misma de la garantía, centrándose en cuestionar su pertinencia al no admitir la causa de resolución imputable a la UTE contratista del artículo 211.1, letra a) de la LCSP/17, pero no han discutido la cuantía de los daños y perjuicios que recoge y detalla el informe.

Resulta fundamental la debida audiencia del contratista en este punto de la determinación de los daños y perjuicios que deba indemnizar, según previene el artículo 113 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las AA.PP. (*: “En los casos de resolución por incumplimiento culpable del contratista, la determinación de los daños y perjuicios que deba indemnizar éste se llevará a cabo por el órgano de contratación en decisión motivada previa audiencia del mismo, atendiendo, entre otros factores, al retraso que implique para la inversión proyectada y a los mayores gastos que ocasione a la Administración”*) y también el art. 114.2º del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local, que establece que la resolución del contrato se entiende sin perjuicio de la obligada audiencia del contratista y de las responsabilidades e indemnizaciones a que hubiere lugar.

Así las cosas, la adecuación a derecho de la concreta determinación que la propuesta de resolución analizada recoge sobre las indemnizaciones a cargo del contratista, dependerán de si se ha respetado el principio de audiencia con el mismo, sobre este particular, según lo indicado.

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

## **CONCLUSIÓN**

Procede acordar la resolución del contrato de “ejecución de las obras de construcción del nuevo centro acuático e instalaciones deportivas complementarias en la parcela del antiguo polideportivo de San Isidro” (Exp. N° 71/18), con incautación de las garantías definitivas constituidas, según se indica en este dictamen.

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 2 de febrero de 2021

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen n° 53/21

Sra. Alcaldesa de Getafe

Pza. de la Constitución, 1 – 28901 Getafe