

Dictamen nº: **587/21**
Consulta: **Alcalde de Colmenar Viejo**
Asunto: **Contratación Pública**
Aprobación: **16.11.21**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 16 de noviembre de 2021, emitido ante la consulta formulada por el alcalde de Colmenar Viejo, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en relación con el expediente sobre resolución del contrato denominado “*obras de acondicionamiento de calles en zona de Moncayo (fase II)*” suscrito con la UTE ECOASFALT S.A Y CONTRATAS VILOR S.L (UTE COLMENAR VIEJO).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 18 de octubre 2021 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen preceptivo procedente del Ayuntamiento de Colmenar Viejo.

A dicho expediente se le asignó el número 574/21 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 ha correspondido, por reparto de asuntos, a la letrada vocal Dña. Ana Sofía Sánchez San Millán, 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 16 de noviembre de 2021.

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

Mediante acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Colmenar Viejo de fecha 9 de octubre de 2018 se aprobaron los pliegos de cláusulas administrativas particulares para la adjudicación del contrato denominado “*obras de acondicionamiento de calles en zona de Moncayo (fase II)*”. El plazo de ejecución de las obras se fijó en tres meses a partir de la firma del acta de comprobación del replanteo.

En la cláusula primera del PCAP se establece como mejora “*la construcción de un aparcamiento y un parque canino en una parcela de dotación comunitaria (equipamiento) delimitada por las calles Cuesta del Moncayo, Pico de la Maliciosa y Puerto de la Morcuera, en los términos de la cláusula decimoctava de este pliego y desarrollada en el anexo al proyecto técnico*”. En la referida cláusula decimoctava se justifica la necesidad de la mejora, se dice que se realizará de acuerdo con el proyecto técnico que figura en el anexo y se especifica que el presupuesto de ejecución material de la mejora supone aproximadamente el 12,05% del presupuesto base de licitación del proyecto y que “*su valoración no altera la de los otros criterios de valoración y supone, por mucho menos, un porcentaje mínimo del total de la obra*”.

Tras la oportuna licitación, mediante acuerdo de la Junta de Gobierno Local de fecha 12 de diciembre de 2018 se adjudicó el contrato a la UTE ECOASFALT S.A-CONTRATAS VILOR S.L.

El contrato fue formalizado el día 14 de enero de 2019.

En la cláusula primera del contrato se establece el compromiso de la contratista de ejecutar las obras de acondicionamiento de las calles por un precio de 361.669 euros, IVA incluido, así como de realizar la mejora consistente en la construcción de un aparcamiento y un parque canino en una parcela de dotación comunitaria, según el anexo I del proyecto técnico. Además, dicha cláusula fija el plazo de ejecución en tres meses contados a partir del día siguiente a la firma del acta de comprobación del replanteo. En el contrato se señala que la contratista ha constituido la garantía definitiva el 23 de noviembre de 2018 por importe de 14.495 euros.

El 18 de febrero de 2019 se firmó el acta de comprobación del replanteo haciendo constar ambas partes que no existía inconveniente para la realización de la obra, por lo que por parte de la Dirección de Obra se autorizó la iniciación de los trabajos.

El 14 de mayo de 2019 la UTE contratista solicita la ampliación del plazo de ejecución del contrato en 1,5 meses, hasta el 5 de julio de 2019. En su escrito explica que *“debido a la necesidad de adaptar las luminarias contratadas a las características de luminosidad existente en la población de Colmenar Viejo, se considera adecuado actualizar por parte del fabricante dicha unidad de obra en fase de suministro de obra. Esto ha supuesto el retraso en el plazo de entrega de las luminarias y, por lo tanto, ha afectado de manera directa al periodo de montaje de las mismas en obra”*.

Figura en los folios 86 y 87 del expediente un nuevo escrito de la contratista, registrado el 17 de mayo de 2019, en el que vuelve a solicitar la ampliación del plazo de ejecución, esta vez en 2,5 meses, esto es, hasta el 5 agosto de 2019. A lo expresado en la solicitud anterior, el nuevo escrito añade que *“la mejora incluida en el contrato*

administrativo no contempla ningún plazo de ejecución, tanto en el pliego de cláusulas administrativas particulares como en el pliego de prescripciones técnicas particulares”.

El 17 de mayo de 2019 el ingeniero municipal, director de la obra, emite informe en el que señala que el plazo de ejecución de la obra contemplado en el proyecto corresponde al previsto para la ejecución de los trabajos comprendidos en el mismo, sin incluir la mejora y que, según el PCAP, el presupuesto de ejecución material estimado para dicha mejora se cifra en un 12,05% del presupuesto base de licitación del proyecto, de lo que infiere -con el fin de comparar cifras equivalentes- que el presupuesto base de licitación de la misma equivale a un 17,35 % del presupuesto base de licitación del proyecto, por lo que *“aceptando aplicar la misma proporción al plazo de ejecución, cabe concretar en 16 días el correspondiente a la realización de la mejora”*. En cuanto a la cuestión planteada en relación con las luminarias de alumbrado público, el informe estima en 15 días el incremento en su plazo de entrega debido al cambio de temperatura de color de las mismas. Por todo ello, el ingeniero municipal considera correcto conceder una prórroga de 31 días, fijándose el 18 de junio de 2019 como fecha de finalización de la obra.

El 21 de mayo de 2019 la Junta de Gobierno Local, acuerda *“autorizar la ampliación del plazo de ejecución del contrato de obras de acondicionamiento calles en zona Moncayo, señalándose como nueva fecha de finalización del contrato el día 18 de junio de 2019”*.

El 29 de mayo de 2019 la empresa contratista presenta un escrito en el que pone de manifiesto que en el PCAP figura la ejecución de una mejora denominada *“Aparcamiento y Parque canino”* valorada en 42.336,66 euros y una superficie de 324,65 m², definida mediante un plano base y un informe de mejora propuesta, la cual sería ejecutada por el contratista sin coste para la Administración. Sostiene que debido

a la indefinición de mediciones de las unidades de proyecto que refleja dicha memoria, así como la inexistencia de planos de definición de las unidades de obra que cita, solicita los planos constructivos de la mejora y las mediciones a realizar en obra de cada una de las partidas señaladas en la memoria descriptiva, con el objetivo de ejecutar la mejora ofertada según el presupuesto reflejado en el PCAP de la licitación.

El 7 de junio de 2019, el ingeniero municipal emite informe de contestación a la solicitud efectuada por la empresa contratista, en el que manifiesta que las rasantes del aparcamiento y parque canino vendrán determinadas por los perfiles longitudinales de las calles que delimitan el perímetro de la parcela, esto es: Cuesta de Moncayo, Pico de la Maliciosa y Puerto de la Morcuera. A partir de las cotas correspondientes, se deducen los movimientos de tierra necesarios para dotar a la parcela de los espesores de firme definidos en la mejora ofertada por el contratista y descrita en el contrato administrativo de la obra. Añade que los sumideros se situarán en los puntos bajos de la parcela y que las pendientes de las conducciones de desagüe de los mismos vendrán determinadas por las que presente la superficie pavimentada donde se encuentren, tomando como valor de referencia el 2%. Además, se conectarán a los pozos de la red municipal de saneamiento situados más próximos a los sumideros, la red de riego se alimentará a partir de la existente, en el punto más próximo a la misma y la alimentación eléctrica a las columnas de alumbrado se realizará a partir de la columna existente más próxima. Por último, indica que a lo largo de la obra y desde antes de dar comienzo la misma, le ha manifestado reiteradamente a la empresa contratista que cualquier aclaración adicional al proyecto que precise para la correcta ejecución de la obra se concreta al pie de la misma, de acuerdo con la práctica habitual.

El 30 de julio de 2019, la UTE contratista presenta un escrito en el que solicita, habiendo finalizado las obras, que se expida el acta de recepción.

El 5 de agosto de 2019, el ingeniero municipal dirige un escrito al Departamento de Contratación en el que, en relación con el escrito presentado por la mercantil contratista solicitando la recepción de las obras, expresa que a la fecha del informe *“quedan pendientes las siguientes actuaciones recogidas en el proyecto aprobado:*

- Finalización de la señalización horizontal.

- Instalación de papeleras.

- Finalización de la red de riego.

- Plantación de arbolado.

Adicionalmente, se encuentra pendiente de ejecución la mejora descrita en el anexo al proyecto y recogida en el PUNTO PRIMERO del Contrato Administrativo correspondiente, así como en la CLAÚSULA DECIMOCTAVA del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que forma parte del mismo”.

El 10 de septiembre de 2019, se sometió a aprobación de la Junta de Gobierno la certificación n° 5, si bien el mencionado órgano acordó dejar el asunto sobre la mesa y solicitar informe al ingeniero de obras sobre la ejecución por la empresa contratista de las mejoras dispuestas en el contrato.

El ingeniero municipal emite informe el 16 de septiembre de 2019 señalando que la empresa contratista no ha ejecutado la mejora descrita en el anexo al proyecto y recogida en la cláusula primera del contrato, así como en la cláusula 18ª del PCAP.

El 13 de diciembre de 2019 la UTE contratista presenta un escrito en el que manifiesta que el 27 de mayo de 2019 solicitó al Ayuntamiento de Colmenar Viejo la documentación necesaria para redactar la memoria valorada de la mejora que venía incluida dentro del contrato, en particular, dice que se solicitó la definición de distintas unidades de obra, necesaria para ejecutar la obra con unas premisas básicas a la hora de acometer y distribuir los servicios de saneamiento, abastecimiento, alumbrado y canalización eléctrica. Añade que después de no recibir respuesta a la mencionada solicitud, propone un presupuesto que se adapte al planteamiento reflejado en el PCAP, en el cual se reflejan las calidades de la obra en un informe de descripción de la mejora propuesta.

En contestación al escrito anteriormente referido, el ingeniero municipal emite informe el 22 de diciembre de 2019 en el que señala que la cuestión planteada por la mercantil contratista manifiesta *“una clara ausencia de rigor en el estudio de la obra y una falta de análisis pormenorizado de los precios ofertados, con carácter previo a la presentación de la plica. La valoración aportada en el escrito objeto del presente informe, y sin que ello suponga que este ingeniero le conceda validez, debería haberse llevado a cabo antes de presentar la plica y no una vez adjudicada y comenzada la obra, como parece haber sido el caso.*

En relación con el nivel de definición de la Mejora y, para mayor abundamiento en cuanto al presupuesto de la misma, este ingeniero se remite a lo señalado al respecto por el Sr. Primer Teniente de Alcalde en su escrito de fecha 5 de julio de 2018, el cual obra en el expediente A este respecto, añadir que la solicitud de información formulada por la Adjudicataria en fecha 29 de mayo del año en curso en relación con la Mejora fue contestada en informe conjunto emitido en fecha 7 de junio por la Sra. Inspectora de Obras y quien suscribe el presente informe.

Por último, en el escrito presentado se propone la modificación de la Mejora de proyecto, fundamentalmente en los siguientes aspectos:

Supresión de bordillos.

Eliminación del movimiento de tierras.

Sustitución del pavimento de hormigón impreso previsto en la Mejora por otro de hormigón armado con acabado fratasado.

Los bordillos como elemento de separación de la circulación de vehículos y peatones constituyen un elemento de protección de éstos y, por lo tanto, de seguridad, por lo cual no resulta aconsejable su eliminación.

El movimiento de tierras se hace necesario para dotar a la parcela de las pendientes y rasantes compatibles con el uso previsto para la misma y proporcionar al aparcamiento una explanada y una sub base de firme acordes con las exigencias del Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares del proyecto.

La sustitución del pavimento podría ser viable, desde un punto de vista funcional y estructural, dada la capacidad portante del hormigón armado propuesto, si bien el acabado que presentaría resultaría visualmente más pobre que el correspondiente al hormigón impreso de proyecto. Se trataría, por tanto, de una cuestión fundamentalmente estética.

Todo ello sin perjuicio del informe jurídico que pudiera recaer por parte del Departamento Municipal correspondiente en cuanto a la posibilidad de llevar a cabo la modificación propuesta y, en su caso, el procedimiento administrativo a seguir”.

Con fecha 29 de enero de 2020 la empresa contratista presenta un escrito en el que indica que el pasado 12 de diciembre de 2019 se

presentó una propuesta por su parte, mediante la cual se proponía la actuación de la mejora según el presupuesto habilitado para la misma. Dice que se definieron varias alternativas para que la Dirección Técnica optase por la que más se adaptase a las condiciones contractuales, si bien no había recibido contestación al respecto. Del mismo modo, señala que las facturas presentadas en sede electrónica con fechas 20 de junio de 2019 por importe de 58.684,04 euros; 13 de agosto de 2019 por importe de 87.497,86 euros y 31 de agosto de 2019 por importe de 1.537,61 euros, estaban sin abonar. Por ello, dice que una vez ejecutadas y terminadas las obras según el proyecto de construcción, y atendiendo a la cláusula vigésimo séptima del PCAP, solicita la resolución del contrato por el incumplimiento del plazo para el pago de las facturas y el de recepción de las obras y subsidiariamente de mutuo acuerdo entre las partes.

El 3 de marzo de 2020 el ingeniero municipal informa que la empresa contratista no ha ejecutado ninguna de las actuaciones incluidas en la mejora descrita en el anexo al proyecto y recogida en la cláusula primera del contrato, así como en la cláusula decimoctava del PCAP.

La empresa contratista presenta un escrito el 23 de marzo de 2020 en el que señala que *“ante la solicitud por parte de la UTE al Ayuntamiento de Colmenar Viejo, en reiteradas ocasiones, de las mediciones finales de obra, y la demora en su entrega, UTE Colmenar Viejo presenta la relación valorada final de los trabajos ejecutados según cuadro adjunto. En él, se reflejan las unidades de obra contratadas más las solicitadas a mayores por el Cliente, y que la UTE ejecutó bajo la supervisión de la Dirección Técnica del Ayuntamiento”*. Por lo cual, solicita que se admita la relación valorada final de obra para liquidar el expediente en curso.

Con fecha 3 de mayo de 2020, se firma escrito por el ingeniero municipal y la inspectora de obra, en el que se hace constar que después de varios requerimientos a la empresa contratista para que aportara las mediciones de obra, por fin se recibieron el 5 de agosto de 2019 y que al diferir dicha medición con la realizada por el ingeniero municipal, la contratista se comprometió a realizar una medición a pie de obra, sin que se hubiera producido hasta la recepción del escrito de 23 de marzo de 2020. Añade que *“vistas las mediciones reales efectuadas en obra, de acuerdo con el criterio de estos técnicos quedarían por certificar, debido a la imposibilidad de haberlo realizado hasta la fecha por las causas referidas en el presente informe, los importes reflejados en el cuadro que figura más abajo”*, y que ascienden a 23.282,91 euros.

El 18 de junio de 2020 se registra la certificación de obra nº 7 por importe total de 34.693,31 euros y el 23 de junio siguiente, emite informe el ingeniero municipal, señalando que la certificación recoge la totalidad de las obras ejecutadas y que la mejora no se ha realizado.

El 29 de junio de 2020 el técnico de contratación emite informe en relación al estado del expediente, concluyendo el incumplimiento total y culpable del contratista por no realización de la mejora prevista en el contrato, procediendo la resolución contractual.

Consta la incoación de procedimiento judicial el 3 de julio de 2020 ante el Juzgado Contencioso-Administrativo de Madrid nº 25 por parte de la empresa contratista solicitando la resolución del contrato por impago de certificaciones de obra y facturas.

El 7 de julio de 2020 emite nuevo informe el ingeniero municipal en el que vuelve a manifestar la no realización de la mejora por el contratista a la fecha del informe, valorando la misma en 42.336,66 euros (IVA excluido).

El 5 de agosto de 2020 emite informe un técnico de Administración General del Ayuntamiento de Colmenar Viejo en el que da cuenta del informe de 7 de julio de 2020 del ingeniero municipal sobre la inejecución de la mejora por parte de la empresa contratista y además informa lo siguiente:

“el pasado 13 de julio de 2020 ha tenido entrada en este Ayuntamiento demanda contencioso-administrativa interpuesta por la UTE Colmenar Viejo adjudicataria del contrato de referencia, dando lugar al Procedimiento Ordinario 2010/20 por incumplimiento del plazo fijado en el artículo 198.4 de la LCSP respecto de la Certificación nº 4 por importe de 58.684,04€, Certificación nº 5 por importe de 87.497,86€ y Certificación nº 6 por importe de 1.537,61€.

Y siendo que, en la Pieza de Medidas Cautelares del referido procedimiento, se ha dictado Auto Nº 91/2020, por el que se acuerda:

“Estimar la medida cautelar solicitada por la mercantil UTE COLMENAR VIEJO, frente al Ayuntamiento de Colmenar Viejo consistente en el pago de la cantidad de 147.719,51 euros, previa constitución de caución por la UTE recurrente por las cantidades reclamadas, en forma de aval bancario a depositar ante este Juzgado.

Procede la adopción de los acuerdos necesarios que permitan declarar la resolución del contrato de un lado, la valoración económica que conlleva los trabajos no efectuados, así como los perjuicios ocasionados, y de otro proceder al pago de las Certificaciones reclamadas, que conforme el Auto recibido deben ser abonadas, una vez recibido testimonio en el Ayuntamiento de la

resolución del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 25 de Madrid, en el que conste el depósito realizado por el contratista”.

El 12 de noviembre de 2020 emite nuevo informe el ingeniero municipal (director de obra) en el que además de detallar las vicisitudes del contrato, expone que el hecho de que la UTE contratista ofertase la mejora inejecutada, le valió la adjudicación del contrato y que su no realización comporta que la obra se halle inconclusa, por lo que a su juicio procedería la resolución del contrato o la imposición de penalidades, estimando una demora de 513 días, teniendo en cuenta que la obra debió finalizarse el 18 de junio de 2019. El informe calcula una penalización por demora de 92.001,42 euros.

El 2 de febrero de 2021 emite nuevo informe el técnico de Administración General en el que tras relatar todos los antecedentes del contrato concluye que se hace necesario que el órgano de contratación proceda a la resolución contractual, y a la reclamación de los daños producidos a consecuencia del incumplimiento contractual del contratista. Sostiene que, aunque el contratista haya solicitado la resolución contractual previamente, procede la resolución contractual, atendiendo a que los argumentos esgrimidos fueron otros, en concreto el retraso en el pago de certificaciones, y que ya han sido satisfechas provisionalmente, pese a que la Administración las mantenía en suspenso precisamente, porque entendía incumplida la prestación pactada. Concluye señalando que procede dar previamente audiencia al contratista por plazo de diez días naturales, así como en el mismo plazo anterior, al avalista o asegurador toda vez que se hace necesaria la incautación de la garantía aportada.

El 9 de febrero de 2021 la empresa contratista solicita la devolución de la garantía definitiva constituida mediante seguro de caución.

Conferido trámite a audiencia a la UTE contratista y al asegurador, el 17 de febrero de 2021 la adjudicataria formuló alegaciones en las que sostuvo, en síntesis, que no se podía iniciar un procedimiento de resolución contractual cuando existía una resolución contractual a instancia de la empresa contratista en sede judicial; que la actuación del Ayuntamiento era extemporánea, pues las calles objeto del contrato ya estaban abiertas al público desde julio de 2019, en lo que a su juicio sería una recepción tácita y que ha intentado realizar la mejora propuesta pero el ayuntamiento no ha contestado a sus requerimientos de criterios técnicos para su ejecución.

El 10 de mayo de 2021 emite informe la Secretaría del Ayuntamiento de Colmenar Viejo en relación con la resolución del contrato y en esa misma fecha el primer teniente de alcalde propone el inicio de un expediente de resolución contractual.

TERCERO.- La Junta de Gobierno Local en sesión celebrada el día 25 de mayo de 2021 acordó el inicio del procedimiento de resolución del contrato por incumplimiento imputable al contratista consistente en no haber concluido la ejecución de la obra en el plazo previsto en el contrato por falta de realización de la mejora propuesta por importe de 42.336,66 euros; conceder audiencia a la empresa contratista y al asegurador; proceder a la retención de la garantía definitiva, y una vez determinados los daños y perjuicios que se hayan podido causar, incoar un nuevo procedimiento para incautación de la garantía definitiva en el montante que resulte necesario y para indemnizar los daños y perjuicios causados.

Conferido trámite de audiencia a los interesados, el 7 de junio de 2021 formuló alegaciones la UTE contratista incidiendo en los términos de las anteriormente formuladas.

El 9 de agosto de 2021 el secretario general del Ayuntamiento de Colmenar Viejo propone a la Junta de Gobierno Local que adopte acuerdo por el que desestime las alegaciones de la empresa contratista y que eleve la propuesta de resolución contractual a la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, con suspensión del plazo hasta la recepción del dictamen.

El referido acuerdo fue adoptado por la Junta de Gobierno Local en su sesión de 10 de agosto de 2021. Consta en el expediente examinado la comunicación del acuerdo a la UTE contratista, no así al asegurador.

El 24 de septiembre de 2021 el alcalde de Colmenar Viejo firma la solicitud de dictamen preceptivo a la Comisión Jurídica Asesora, con registro de salida del ayuntamiento en esa misma fecha.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La Comisión Jurídica Asesora emite su dictamen preceptivo, al amparo del artículo 5.3.f) d. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, conforme al cual: “3. *En especial, la Comisión Jurídica Asesora deberá ser consultada en los siguientes asuntos: (...) f) Expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid, las entidades locales y las universidades públicas sobre: (...) d. Aprobación de pliegos de cláusulas administrativas generales, interpretación, nulidad y resolución de los contratos administrativos y modificaciones de los mismos en los supuestos establecidos por la legislación de contratos del sector público*”.

La solicitud de dictamen se ha hecho llegar a la Comisión Jurídica Asesora por el consejero de Administración Local y Digitalización, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 18.3 b) del ROFCJA (“3. Cuando por Ley resulte preceptiva la emisión de dictamen de la Comisión Jurídica Asesora, este será recabado:(...) c) Las solicitudes de dictamen de las Entidades Locales se efectuarán por los alcaldes-presidentes de las mismas, y se cursarán a través del consejero competente en relaciones con la Administración Local.”).

El contratista ha formulado su oposición de forma expresa y por ello, resulta preceptivo el dictamen de esta Comisión ex artículo 191.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP/17).

SEGUNDA. - El contrato cuya resolución se pretende se adjudicó por acuerdo de la Junta de Gobierno Local el día 12 de diciembre de 2018 y se formalizó el 14 de enero de 2019, por lo que resulta de aplicación la LCSP/17 tanto en el aspecto sustantivo como en el procedimental.

De esta forma, el artículo 212.1 de la LCSP/17 establece que: “[l]a 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”. Ante la falta de desarrollo reglamentario en el aspecto objeto de estudio, debe considerarse, asimismo, lo dispuesto en el artículo 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las administraciones Públicas –RGLCAP-, referido específicamente al “procedimiento para la resolución de los contratos” en lo que no se oponga a la ley.

En materia de procedimiento, la resolución de contratos administrativos exige atenerse a lo previsto en el artículo 190 LCSP/17, a cuyo tenor *“dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, (...) acordar su resolución y determinar los efectos de ésta”*.

El artículo 191.1 LCSP/17 requiere que en el correspondiente expediente se dé audiencia al contratista. Además, debe tenerse en cuenta el artículo 109 del RGLCAP, que exige la audiencia al avalista o asegurador *“si se propone la incautación de la garantía”*. Por otro lado, el apartado tercero del artículo 191 dispone que sea 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.

Por lo que se refiere al 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 como necesarios los informes de la Secretaría y de la Intervención de la Corporación.

No obstante, en los expedientes de resolución contractual por demora del contratista (artículo 195 LCSP/17 en relación con el artículo 109 del RGLCAP), como parece ser el caso, no es preceptivo el informe del Servicio Jurídico, secretario de la Corporación municipal o titular de la Asesoría Jurídica, (así el Dictamen 31/14, de 22 de enero, del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid y el Dictamen 310/17, de 27 de julio y 294/19, de 11 de julio de esta Comisión Jurídica Asesora, entre otros).

De acuerdo con la normativa expuesta resulta que la competencia para resolver los contratos corresponde al órgano de contratación. En este caso el contrato fue adjudicado por la Junta de Gobierno Local, que era el órgano de contratación a tenor de lo dispuesto en la disposición adicional segunda apartado 4 de la LCSP/17, por lo que la Junta de Gobierno Local es también el órgano competente para la resolución.

En materia de procedimiento en nuestro caso, se ha dado audiencia al contratista, el cual formuló alegaciones oponiéndose a la resolución contractual planteada por la Administración. Del expediente examinado también resulta que, aunque en el acuerdo de inicio no se propone la incautación de la garantía, se ha dado audiencia a la compañía aseguradora. En este punto, debe tenerse en cuenta, la doctrina sentada por esta Comisión Jurídica Asesora (así los dictámenes 566/19, de 19 de diciembre, 74/20, de 27 de febrero y 265/20, de 30 de junio), siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo Sentencia de 30 de septiembre de 2019 (recurso 3556/2017), según la cual, y conforme a la redacción del artículo 110 d) de la LCSP/17, *“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,..., por lo que no resulta precisa la valoración previa de los daños para acordar aquella”* y por tanto la incautación de la garantía opera de modo automático en caso de incumplimiento culpable del contratista en aras a garantizar el pago del importe de los daños y perjuicios causados. No consta que la compañía aseguradora haya formulado alegaciones.

Figura en el procedimiento el informe de 9 de agosto de 2021, del secretario general del Ayuntamiento de Colmenar Viejo, que no resultaría preceptivo, como hemos expresado anteriormente, al tratarse de una resolución por demora, como parece inferirse de los

informes que obran en el procedimiento. El citado informe se ha incorporado al expediente tras el trámite de audiencia lo que respeta la previsión del artículo 82.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (*“la audiencia a los interesados será anterior a la solicitud del informe del órgano competente para el asesoramiento jurídico o a la solicitud del Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, en el caso que éstos formaran parte del procedimiento”*).

Sin embargo, no se ha emitido informe por la Intervención Municipal, que es exigible conforme a lo establecido en el artículo 114.3 del TRRL, como apuntamos anteriormente. No obstante, como hemos sostenido en anteriores dictámenes, así el Dictamen 312/21, de 29 de junio, dicha omisión constituye una irregularidad no invalidante, determinante de anulabilidad (artículo 48.2 LPAC).

Tampoco consta en el procedimiento una propuesta de resolución en la forma en que viene siendo exigida por esta Comisión Jurídica Asesora. En efecto, como ya hemos tenido ocasión de señalar en anteriores dictámenes (así nuestro Dictamen 191/16, de 9 de junio y el Dictamen 327/17, de 3 de agosto, entre otros) la propuesta de resolución *“ha de recoger motivadamente la posición de la Administración una vez tramitado el procedimiento con el objeto de permitir a este órgano consultivo conocer la postura de la Administración y contrastarla con la oposición del contratista que motiva la remisión para dictamen. Además, se ha de recordar la necesidad de motivar los actos administrativos que limiten derechos subjetivos o intereses legítimos -artículo 35.1.a) de la LPAC-, lo que hace conveniente incluir en la resolución que en su día sea dictada (se supone que también en su propuesta) 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 aquellos documentos que le sirvan de sostén”.

El conocimiento de la postura final de la Administración consultante a través de la propuesta de resolución resulta relevante toda vez que el órgano consultivo no está llamado a elaborar propuestas de resolución, sino a valorar las elaboradas por la Administración consultante, ratificándolas o desautorizándolas aportando en este caso explícita o implícitamente una solución alternativa. En este caso, tan solo conocemos un extracto del acuerdo de la Junta de Gobierno Local, en el que se citan de manera genérica los artículos 211 y 245 del LCSP/17, sin concretar la concreta causa de esos artículos en el que se ampara la resolución propuesta y sin que figure pronunciamiento sobre la garantía, que sí figuraba en el acuerdo de inicio.

TERCERA.- Debemos hacer una particular referencia al plazo para resolver el procedimiento.

En relación con esta cuestión, hemos de referirnos a nuestro reciente Dictamen 576/21, de 10 de noviembre, en el que hemos sentado nuestro criterio sobre el plazo de resolución de los procedimientos de resolución contractual como consecuencia de lo dispuesto en la Sentencia del Tribunal Constitucional 68/2021, de 18 de marzo.

Pues bien, en el referido dictamen se señala que una de las novedades de la LCSP/17 fue que su artículo 212.8 establecía un plazo máximo para resolver de ocho meses. Esta inclusión se debió a lo indicado en el Dictamen 1116/2015, de 10 de marzo de 2016, del Consejo de Estado que recogió que ese alto órgano consultivo venía destacando que, a raíz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que aplicó el instituto de la caducidad a las resoluciones contractuales

(tesis que el Consejo de Estado no compartía), el plazo general de tres meses resultaba notoriamente insuficiente dando lugar a la caducidad de numerosos procedimientos con los consiguientes daños al interés público que perseguía el contrato a resolver.

Por ello el Consejo reiteraba “(...) *la sugerencia que entonces fue formulada y todavía no ha sido atendida: es preciso fijar un plazo suficiente (por ejemplo, de un año) para la instrucción de los procedimientos de resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista y, en general, para los dirigidos al ejercicio de las prerrogativas de la Administración*”.

La redacción final de la LCSP/17 se limitó a fijar un plazo de ocho meses, plazo más adecuado para la tramitación de un procedimiento complejo como es el de la resolución contractual y en línea con los seis meses que para la revisión de oficio había fijado el artículo 106.5 de la LPAC. El citado artículo 212.8 de la LCSP/17 tenía carácter básico conforme la disposición final 1ª de dicha norma.

La STC 68/2021, de 18 de marzo, a raíz de un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de Aragón, ha procedido a declarar la inconstitucionalidad de algunos preceptos de la LCSP/17.

En concreto y respecto al artículo 212.8, fue impugnado al considerar que vulneraba la doctrina constitucional sobre la legislación básica puesto que contendría una regulación de detalle o de procedimiento que cercenaría la posibilidad de desarrollo legislativo por la Comunidad Autónoma de Aragón.

La STC 68/2021 considera (FJ 5º) que la regulación de las prerrogativas de la administración en materia de contratación tiene, en general, la consideración de básica [STC 84/2015, FJ 5 a)]. En concreto, el Tribunal Constitucional ha declarado que el *ius variandi*

constituye un aspecto básico como prerrogativa de la Administración en la ejecución de los contratos; y que lo mismo cabe decir del deber de respetar el equilibrio financiero (SSTC 118/1996, de 27 de junio, FJ 32).

Ahora bien, al analizar la impugnación del artículo 212.8, el Tribunal Constitucional en el FJ 7 C. c. de la citada sentencia, afirma:

“El tribunal considera fundada la pretensión del recurrente, por cuanto se trata de una norma de naturaleza auxiliar y procedimental que no puede ser considerada básica. La regulación relativa a la duración de la tramitación de los expedientes de resolución contractual podría ser sustituida por otra elaborada por las comunidades autónomas con competencia para ello, sin merma de la eficacia de los principios básicos en materia de contratación pública (STC 141/1993, FJ 5).

Por tanto, procede declarar contrario al orden constitucional de competencias al art. 212.8 LCSP. No se precisa pronunciar su nulidad, dado que la consecuencia de aquella declaración es solamente la de que no será aplicable a los contratos suscritos por las administraciones de las comunidades autónomas, las corporaciones locales y las entidades vinculadas a unas y otras [SSTC 50/1999, FFJJ 7 y 8, y 55/2018, FFJJ 7 b) y c)]”.

Es decir, el tribunal no anula el precepto, en cuanto es de aplicación a los procedimientos de resolución de la Administración General del Estado, pero considera que infringe las competencias de las comunidades autónomas y por tanto no es de aplicación a estas ni a las entidades locales.

Esto plantea el problema de determinar el concreto plazo en el que deben resolverse los expedientes de resolución en la Comunidad de Madrid y las entidades locales de su territorio.

La normativa de la Comunidad de Madrid en materia de contratación es muy escasa y limitada prácticamente a la regulación de algunos aspectos organizativos. Así ha de estar dispuesto en los artículos 62 a 69 de la Ley 1/1983, de 13 de diciembre, de Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid (LGA) y en el Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, aprobado por Decreto 49/2003, de 3 de abril (RGCCPM). A ello cabe añadir algunas previsiones de tipo presupuestario relacionadas con la contratación contenidas en la Ley 9/1990, de 8 de noviembre, reguladora de la Hacienda de la Comunidad de Madrid, así como algunas especialidades como la contenida en el artículo 14.2 de la Ley 8/2005, de 26 de diciembre, de protección y fomento del arbolado urbano de la Comunidad de Madrid.

El artículo 62 de la LGA establece que la contratación de la Comunidad de Madrid se regirá por la legislación básica del Estado en materia de contratos de las Administraciones Públicas y por las leyes de la Asamblea de Madrid y demás normas de carácter reglamentario que se dicten para su desarrollo y ejecución.

No existe ninguna norma autonómica que establezca un plazo en el que hayan de resolverse los procedimientos de resolución contractual. Es más, tampoco existe una norma autonómica que contemple este procedimiento, sino que se aplica el artículo 191 de la LCSP/17 (básico salvo su apartado 2º) y el artículo 109 del RGLCAP (básico según la disposición final 1ª).

Por ello, el problema es determinar si es aplicable el artículo 212.8 de la LCSP/17 como derecho supletorio al amparo del artículo 149.3

de la Constitución Española o si ha de prevalecer el artículo 21 de la LPAC como normativa básica (disposición final 1ª de la LPAC).

La aplicación supletoria del derecho estatal plantea muchos problemas prácticos.

El Tribunal Constitucional en un primer momento admitió de forma amplia esa aplicación supletoria de tal forma que la declaración de inconstitucionalidad de una norma estatal no suponía su nulidad sino su aplicación supletoria.

Sin embargo, a partir de la STC 147/1991, de 4 de julio, el Tribunal Constitucional consideró que la supletoriedad del derecho estatal ha de ser inferida por el aplicador del derecho autonómico mediante las reglas de interpretación aplicables y en la STC 118/1996, 27 de junio, afirmó que (FJ 6º):

“La cláusula de supletoriedad es, según la doctrina expuesta, una previsión constitucional emanada de la C.E. que se dirige al aplicador del Derecho, indicándole el modo en que deben colmarse las lagunas del ordenamiento autonómico, cuando las haya. A tenor de la misma, una vez que el aplicador del Derecho, utilizando los medios usuales de interpretación, haya identificado una laguna en el ordenamiento autonómico, deberá colmarla acudiendo a las normas pertinentes, dictadas por el Estado en el ejercicio de las competencias que la Constitución le atribuye: en eso consiste la supletoriedad del Derecho estatal que, por su misma naturaleza, no comporta atribución competencial alguna”.

El FJ 8º de la STC 118/1996 reitera esa exigencia de laguna para la aplicación supletoria.

De esta forma, para que proceda la aplicación supletoria del derecho estatal, es necesario que exista una laguna, en el sentido de ausencia de legislación específica para resolver un problema jurídico. En este sentido cabe citar también la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2018 (rec. 3781/2017).

Sin embargo, en el presente caso, al no haber regulado al respecto la Comunidad de Madrid (a diferencia de otras comunidades autónomas como la de Aragón -Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón- o la de Castilla y León -Ley 1/2012, de 28 de febrero, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras-), no hay un plazo específico, por lo que es aplicable la previsión del artículo 21 de la LPAC en cuanto al plazo de tres meses.

La propia STC 68/2021 (FJ 9º) indica que:

“Solo es constitucionalmente legítimo que el legislador estatal prevea la aplicación de sus normas a las comunidades autónomas allí donde se halla habilitado por un título competencial específico que le permita disponer tal cosa. Como el tribunal ha declarado, la cláusula de supletoriedad no permite que el derecho estatal colme, sin más, la falta de regulación autonómica en una materia; el Estado no puede, excediendo el tenor de su título competencial en materia de contratación pública y penetrando en el ámbito reservado por la Constitución y los estatutos a las comunidades autónomas, producir normas jurídicas meramente supletorias (STC 118/1996, FFJJ 6 y 8)”.

Es decir, si la Comunidad de Madrid no regula la duración del procedimiento se produce el supuesto fáctico previsto en el artículo 21.1 de la LPAC *“cuando las normas reguladoras de los procedimientos no fijen el plazo máximo”*, con la subsiguiente aplicación del plazo de tres meses. La aplicación de esa regla básica supone la inexistencia de

laguna y por tanto hace innecesario acudir al derecho estatal no básico (artículo 212.8 de la LCSP/17 tras la STC 68/2021) como supletorio.

Este criterio es asimismo compartido por el Consejo Consultivo de Galicia en sus dictámenes 19/2021, de 28 de abril y 240/2021, de 1 de septiembre.

Por tanto, en este caso, considerando que el plazo de resolución del procedimiento es de tres meses, iniciado el 25 de mayo de 2021, su caducidad se produciría el 25 de agosto de 2021.

Consta que la Junta de Gobierno Local, el 10 de agosto de 2021, hizo uso de la facultad de suspender el procedimiento que le otorga el artículo 22.1, d) de la LPAC (*“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”*).

Ahora bien, como hemos sostenido en nuestros dictámenes (así el Dictamen 307/18, de 5 de julio, entre otros) no puede considerarse suspendido el procedimiento desde el momento en que se dictó la suspensión sino desde el momento de la petición de dictamen -según lo dispuesto en el artículo 22.1, d) de la LPAC-, para lo cual se exige que la petición tenga trascendencia externa, pues ello otorga mayores garantías de control, para la salvaguarda de los derechos de los interesados.

En este caso, se observa que el dilatado periodo de tiempo transcurrido entre la suspensión y la petición de dictamen ha motivado la caducidad del procedimiento. Así, se decretó la suspensión, como hemos dicho el 10 de agosto y, el día siguiente, antes de pedir el dictamen, se comunicó a la UTE contratista (no así a la compañía

aseguradora), que se iba a suspender el plazo para ello (con lo que se sustraía de su conocimiento el periodo de suspensión, que es la finalidad de la comunicación) y sin embargo, la efectiva petición del dictamen no tuvo trascendencia externa hasta el 24 de septiembre de 2021, con la salida por registro del Ayuntamiento de Colmenar Viejo, que sería la fecha a tener en consideración a efectos de suspensión. De este modo, en la indicada fecha de 24 de septiembre de 2021, el procedimiento habría caducado.

La caducidad de este procedimiento no impide que el órgano de contratación, si lo estima oportuno, pueda proceder a la incoación de un nuevo expediente de resolución contractual, en el que deberá recabarse el informe de la Intervención Municipal; deberá tenerse en cuenta lo que hemos apuntado en cuanto a la incautación automática de la garantía y, en caso de acordarse la suspensión del procedimiento al amparo del artículo 22.1, d), deberá realizarse la comunicación de la suspensión a todos los interesados (UTE contratista y aseguradora), siempre teniendo en cuenta que la suspensión opera desde que la petición de dictamen (que es lo que debe comunicarse a los interesados) es registrada de salida del ayuntamiento. Además, deberá redactarse una propuesta de resolución en los términos indicados en la consideración de derecho segunda de este dictamen.

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

CONCLUSIÓN

El procedimiento de resolución del contrato denominado “*obras de acondicionamiento de calles en zona de Moncayo (fase II)*” suscrito con

la UTE ECOASFALT S.A Y CONTRATAS VILOR S.L (UTE COLMENAR VIEJO) 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 16 de noviembre de 2021

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 587/21

Sr. Alcalde de Colmenar Viejo

Pza. del Pueblo, 1 – 28770 Colmenar Viejo