

Dictamen nº: **626/21**
Consulta: **Alcalde de Torrelodones**
Asunto: **Contratación Pública**
Aprobación: **30.11.21**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 30 de noviembre de 2021, emitido ante la consulta formulada por el alcalde de Torrelodones, cursada a través del consejero de Administración Local y Digitalización, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en relación con el expediente de resolución del contrato denominado “*Proyecto de reforma y nuevo pabellón gimnasio en el Colegio de Lourdes*”, al existir oposición por parte del contratista.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 15 de noviembre de 2021 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen preceptivo procedente del Ayuntamiento de Torrelodones.

A dicho expediente se le asignó el número 609/21 y la ponencia ha correspondido, por reparto de asuntos, al letrado vocal D. Francisco Javier Izquierdo Fabre, quien formuló y firmó la propuesta de dictamen, que fue deliberada y aprobada por el Pleno de la Comisión Jurídica Asesora, en sesión celebrada el día 30 de noviembre de 2021.

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

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

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

- Retención de crédito emitida por la Intervención en fecha 15 de mayo de 2017.

- Informe del secretario del Ayuntamiento de fecha 15 de mayo de 2017.

- Informe de la Intervención del Ayuntamiento de fecha 16 de mayo de 2017.

Se acuerda:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Obras y Restauraciones, en el que, tras distintas consideraciones sobre el posible retraso en la ejecución de la obra, finaliza reiterando la solicitud de ampliación de plazo de dos meses.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

El 1 de febrero de 2018 emite informe la Secretaría municipal, señalando que por los servicios técnicos municipales y por la dirección facultativa de las obras se han emitido informes relativos al estado actual de la obra, en el que indican el incumplimiento de los requerimientos realizados a la empresa PROFORMA EJECUCIÓN DE OBRAS Y RESTAURACIONES S.L., la falta de programación y planificación, proponiendo la rescisión del contrato suscrito con la empresa adjudicataria, dado que se ha producido un retraso inadmisibles y no se ve la posibilidad de terminar la obra.

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

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

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

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

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

2.2. Gastos técnicos por importe de 23.436,04€ correspondiente a la baja de licitación ofertada por la empresa adjudicataria, más la

cantidad de 600.00€, correspondiente al coste del alquiler de un contenedor para guardar el material del gimnasio.

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

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

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

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

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

La Junta de Gobierno Local, en su reunión de 5 de marzo de 2018 acuerda:

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

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

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

4º.- Por la empresa PROFORMA EJECUCIÓN DE OBRAS Y RESTAURACIONES S.L. se compensará a la administración con un importe de 27.036.04€, correspondientes a los gastos generales de administración y técnicos con el siguiente desglose:

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

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

5º.- Incautar la fianza depositada por la Empresa PROFORMA EJECUCIÓN DE OBRAS Y RESTAURACIONES S.L. por importe de 8.817,00€ por incumplimiento culpable imputable al contratista,

cuya avalista es el BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A., por los daños y perjuicios ocasionados.

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

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

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

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

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

ejecución de la obra adoptado por la Junta de Gobierno Local de 10 de octubre de 2017.

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

A) El acuerdo de fecha 15 de mayo de 2018 adoptado por la Junta de Gobierno Local por el que se estima parcialmente el recurso de reposición interpuesto contra el acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno local de fecha 5 de marzo de 2018 relativo a la resolución del contrato suscrito entre el Ayuntamiento y la entidad recurrente para la realización de las obras comprendidas en el proyecto de reforma y nuevo pabellón en el Colegio de Lourdes, en lo relativo a la inhabilitación para contratar confirmando en el resto de sus pronunciamientos la resolución impugnada relativa a resolver el contrato, reconocer el pago de una cuantía de 15.304,19 euros a la contratista por el trabajo efectivamente realizado, compensar con las cantidades adeudadas al Ayuntamiento por importe de 27.036,04 euros e incautar la fianza constituida mediante aval por importe de 8.817 euros, aprobar la liquidación por imposición de penalidades por incumplimiento por importe de 1.058,10 euros.

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

Frente al argumento del Ayuntamiento de Torrelodones, que negaba que el dictamen de la Comisión Jurídica Asesora fuera esencial en el procedimiento, pues no había habido oposición propiamente dicha a la causa de extinción de la concesión, la sentencia de 4 de marzo de 2020 del citado Juzgado manifiesta que *“el dictamen del Consejo Consultivo (sic), como señala el Tribunal Supremo en sentencia de fecha*

de 6 de abril de 2006, constituye un trámite esencial del procedimiento del que no se puede prescindir y que ha de llevar a la anulación del decreto de resolución impugnado, sin entrar a enjuiciar el fondo de la misma, exclusivamente por la omisión de dicho informe o dictamen, que deberá recabarse en su caso.

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

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

Con fecha 16 de junio de 2020 se emite por esta Comisión Jurídica Asesora el Dictamen 223/20, en el que se estima necesaria la retroacción del procedimiento pues *«no consta que el Ayuntamiento haya dictado una nueva propuesta de resolución que sustituya a la anterior que el propio ayuntamiento declara “anulada”, recogiendo en su contenido y haciendo efectivo el derecho de oposición que el contratista ostenta. ... En definitiva, razones de seguridad jurídica exigen la retroacción del presente procedimiento para que, en cumplimiento de la sentencia del Juzgado de los Contencioso Administrativo nº 17 de Madrid*

de 4 de marzo de 2020, y para la adecuada emisión del dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora, se dicte por el Ayuntamiento de Torrelodones nueva propuesta de resolución del contrato, teniendo en cuenta el escrito de oposición del contratista de 11 de marzo de 2020».

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

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

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

En consecuencia, con fechas 31 de julio y 3 de agosto de 2020, el secretario del Ayuntamiento de Torrelodones y el técnico de Urbanismo de la citada entidad local se ratifican en el contenido de los informes por ellos emitidos en el curso del procedimiento de resolución contractual.

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

Con fecha 2 de octubre de 2020, la entidad contratista presenta escrito de alegaciones en el que manifiesta su disconformidad y oposición al acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno Local de 20 de julio de 2020, cuestiona que el ayuntamiento acuerde la conservación de actos e informes sin concretar cuáles de aquellos han de ser incorporados al nuevo expediente y afirma que *“no es conforme a Derecho tener por reproducido el expediente anterior, sin ulterior*

tramitación, obviando así los efectos derivados de la caducidad del procedimiento anterior...En resumen, con la prueba practicada en juicio quedó claro que los retrasos en la ejecución no se debieron a la falta de diligencia de PROFORMA, sino a los problemas que surgieron por la ausencia de un estudio geotécnico que el ayuntamiento no ordenó elaborar”.

Con fecha 16 de octubre de 2020 emite nuevo informe el secretario del Ayuntamiento de Torrelodones, manteniendo el criterio expuesto por los técnicos municipales, de modo que las obras no se ejecutaron en tiempo y forma, quedando acreditado el incumplimiento.

Remitido el expediente para la emisión del dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora, se emite con fecha 17 de noviembre de 2020 el Dictamen 522/20, en el que se estima de nuevo necesaria la retroacción del procedimiento, al considerar que cabe incorporar al nuevo expediente de resolución los actos y trámites independientes anteriores al primer procedimiento de resolución, pero *“la conservación de actos no alcanza a los informes de los servicios técnicos y de la Intervención (no al informe de la Secretaría, según lo dicho) que habrán de emitirse en este procedimiento. Una vez emitidos, deberá darse nuevamente audiencia a la contratista para alegaciones, que en su caso, deberán ser informadas y, con posterioridad, habrá de dictarse nueva propuesta de resolución...”*.

Como consecuencia, la Junta de Gobierno Local, en sesión de 22 de diciembre de 2020, acuerda:

“1º.- Retrotraer el expediente de resolución del contrato suscrito con la Empresa PROFORMA EJECUCIÓN DE OBRAS Y RESTAURACIONES S.L., para las obras de reforma y nuevo pabellón gimnasio en el Colegio de Lourdes, hasta el momento anterior al

acuerdo de resolución adoptado por la Junta de Gobierno Local en sesión celebrada el día 1 de marzo de 2018.

2º.- Iniciar expediente de resolución de contrato conforme a lo estipulado en la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público.

3º.- Solicitar los informes técnicos y de la intervención indicados en el Dictamen 522/20 emitido por la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid que habrán de emitirse en este procedimiento, previos a la nueva audiencia que se deberá conceder al contratista y al avalista”.

El 20 de enero de 2021 emite nuevo informe la interventora municipal y, con fecha 2 de febrero de 2021, se emite informe por los servicios técnicos del ayuntamiento, en contestación a las alegaciones presentadas por la empresa PROFORMA EJECUCIÓN DE OBRAS Y RESTAURACIONES, S.L el 12 de marzo de 2020 detallando que *“la modificación de la cimentación no se debió a la existencia de un terreno inadecuado, y que los cálculos estructurales del proyecto son correctos y perfectamente válidos para los parámetros geotécnicos reales, como así se ha demostrado con la modificación técnica aportada por la dirección facultativa”.*

Con fecha 17 de febrero de 2021 la interventora municipal reitera que *“vistos los informes jurídicos y técnicos, emitidos al respecto, así como la penalización propuesta en los mismos, se informa de conformidad y procede la resolución por incumplimiento de contrato”.*

Con fecha 5 de marzo de 2021, el representante de la contratista formula alegaciones, mostrando su disconformidad y oposición al acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno Local el 22 de diciembre de 2020 *“pues no se le ha dado traslado del Dictamen emitido por la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, ni de ningún otro informe técnico o jurídico y faltaría la previa declaración de caducidad del*

expediente de rescisión decretado por la Junta de Gobierno Local en fecha 20 de julio de 2020, bien porque si el presente procedimiento es el mismo que el acordado en dicha fecha, concurría vulneración del procedimiento legalmente establecido además de la caducidad del propio procedimiento por transcurso del plazo máximo legalmente establecido para la resolución de los expediente de resolución de contratos de obras”.

Además, la entidad alega que la propuesta de rescisión (sic) nada dice sobre la causa legal de resolución en que se ampararía el ayuntamiento.

Consta en el expediente informe de 20 de marzo de 2021, de contestación a las alegaciones expuestas, realizado por los servicios técnicos de Urbanismo del Ayuntamiento de Torrelodones, así como propuesta de resolución suscrita el 26 de marzo de 2021 por el concejal delegado de Urbanismo del siguiente tenor:

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

2º.- Resolver el contrato en vigor con la Empresa PROFORMA EJECUCIÓN DE OBRAS Y RESTAURACIONES S.L.

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

4º.- Por la empresa PROFORMA EJECUCIÓN DE OBRAS Y RESTAURACIONES S.L. se compensará a la administración con un importe de 32.072,44 €, correspondientes a los gastos generales de administración y técnicos con el siguiente desglose:

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

4.2. Gastos técnicos por importe de 28.472,44 € correspondiente a la baja de licitación ofertada por la empresa adjudicataria, más la cantidad de 600.00€, correspondiente al coste del alquiler de un contenedor para guardar el material del gimnasio.

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

6º.- Aprobar la liquidación para imposición de penalidades por incumplimiento del contrato de la Empresa PROFORMA EJECUCIÓN DE OBRAS Y RESTAURACIONES S.L. por razón de demora en la ejecución, por causas imputables exclusivamente al contratista, a razón de 35,27€ por cada día natural de retraso, desde el 1 de enero de 2018 hasta la fecha de paralización de la obra que fue el 30 de enero de 2018, lo que supone un importe de 1.058,10 €”.

Remitido el expediente a esta Comisión Jurídica Asesora, se emite el Dictamen 191/21, de 27 de abril, en el que se manifiesta que “el artículo 212.8 de la LCSP/17 establece que los procedimientos de resolución contractual deberán ser instruidos y resueltos en el plazo máximo de ocho meses. Tal rigor temporal puede verse atemperado por la suspensión del procedimiento para la solicitud de informes preceptivos, tal y como establece el artículo 22.1.d) de la LPAC, que exige la comunicación a los interesados en el procedimiento, tanto de la suspensión para recabar los informes preceptivos, como lo es el dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora, como de la recepción de los mismos. No constando en el expediente que el Ayuntamiento de Torreldones haya hecho ejercicio de tal facultad de suspensión, cabe señalar que el

procedimiento de resolución contractual objeto de retroacción habría incurrido en caducidad a fecha de solicitud del presente Dictamen, de modo que la entidad local consultante está obligada a declarar tal circunstancia con carácter previo al inicio de un nuevo procedimiento”.

TERCERO.- En consecuencia, la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Torrelodones, en su sesión celebrada el día 25 de mayo de 2021, adopta el siguiente acuerdo:

“1º.- Declarar caducado el expediente iniciado el 20 de julio de 2020.

2º.- Archivar las actuaciones realizadas en virtud del acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno Local en fecha 20 de julio de 2020.

3º.- Iniciar un nuevo expediente de resolución de contrato conforme a lo estipulado en la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público.

4º.- Solicitar los informes técnicos y de la Intervención que habrán de emitirse en este procedimiento, previos a la nueva audiencia que se deberá conceder al contratista y al avalista”.

El 4 de junio de 2021 emiten informe el arquitecto director de la obra y el técnico director de ejecución reiterando que *“la empresa constructora abandonó de facto las obras, en las que nunca hubo ni la más mínima planificación, con una sucesión de personal técnico que ocupaba sus funciones tan poco tiempo antes de ser sustituidos que prácticamente podríamos decir que cuando estudiaban y entendían lo que habían de ejecutar eran sustituidos. Así es imposible hacer una obra en condiciones (como de hecho fue)... pese a que se les reclamó insistentemente hasta la desesperación, NUNCA se nos presentó un estado económico global de la obra, un más-menos, para ver en conjunto el importe y estado de los trabajos...Queremos recordar que esta Dirección Facultativa practicó liquidación de las obras realmente*

ejecutadas por la empresa constructora, el día 5 de marzo de 2018, con asistencia del personal técnico que entonces la representaba y del técnico de los servicios municipales, en base al proyecto y a precios justos en lo que no constaba en el mismo". De igual modo, ambos suscribientes de este informe se ratifican en el contenido de los anteriormente emitidos en el curso de los diferentes procedimientos de resolución del presente contrato iniciados y no concluidos.

Con fecha 8 de junio de 2021 emiten informe los servicios técnicos municipales, reiterando el contenido de su escrito de contestación a las alegaciones presentadas por la adjudicataria el 12 de marzo de 2020 y reafirmando la necesidad de resolución del contrato por "*causas únicamente imputables al contratista*".

Consta en el expediente informe de la Intervención municipal de 9 de junio de 2021, que se limita a señalar lo siguiente: "*Vistos los antecedentes obrantes en el expediente y teniendo en cuenta que en la resolución se debe indemnizar a la Administración por el daño emergente y el lucro cesante, concretándose los mismos del siguiente modo:- Daño emergente: Gastos generales de tramitación del expediente, que se han valorado en 3.000,00 €, 600 correspondiente al coste del alquiler de un contenedor para guardar el material del gimnasio.- Lucro cesante: Gastos técnicos por importe de 23.436,04 € correspondiente a la baja de licitación ofertada por la empresa adjudicataria. Se abonará la obra efectivamente ejecutada, 15.304,19 euros, y procede la incautación de la fianza por importe de 8.817,00 €. Se fiscaliza de conformidad la propuesta*".

Mediante sendos oficios de 9 de junio de 2021 se confiere trámite de audiencia a PROFORMA, EJECUCIÓN DE OBRAS Y RESTAURACIONES, S.L. y a la entidad avalista.

La entidad adjudicataria presenta escrito de 22 de junio de 2021, manifestando su disconformidad y oposición a la resolución del

contrato al estimar que el acuerdo de resolución es nulo de pleno derecho al darse por reproducido el expediente anterior, sin ulterior tramitación, obviando así los efectos derivados de la caducidad del procedimiento anterior. Señala el escrito que el referido acuerdo no cita ninguna causa específica de resolución del contrato recogida en el Pliego o en el contrato, ni ninguna de las previstas en los artículos 223 o 237 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Además, alega la empresa la imposibilidad de resolver el contrato una vez recepcionadas las obras y la inexistencia de causa de rescisión (sic) del contrato. Por último, señala que *“habiéndose pronunciado el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo sobre la omisión del informe del Consejo Consultivo, ahora se insiste de manera contumaz en no dar traslado a esta parte del informe de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, generando con ello, claramente, una evidente indefensión a esta representación...Las obras tuvieron que paralizarse por la existencia de un problema en la cimentación ... y existe una clara falta de motivación de los daños y perjuicios exigidos... PROFORMA se vio obligada a parar las obras por el error del proyecto de ejecución (o si se quiere, por la falta de previsión) y la ausencia de un estudio geotécnico, es decir, por causas ajenas a la contratista...”*.

Con el escrito, se adjunta de nuevo el informe pericial elaborado por un arquitecto técnico a instancias del Juzgado Contencioso-Administrativo nº 17 de Madrid que, considera la adjudicataria, apoya sus argumentaciones.

Una vez recibido el Dictamen 191/21 de esta Comisión Jurídica Asesora, la entidad adjudicataria presenta nuevo escrito de 8 de julio de 2021, en el que reproduce el contenido del citado Dictamen, reitera la eventual nulidad del acuerdo de inicio del nuevo procedimiento de

resolución contractual, pues no se le ha notificado la caducidad del anterior, y alega la inejecución de la Sentencia 56/2020 de fecha 4 de marzo de 2020, dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 17 de Madrid.

Se ha incorporado al expediente informe de los servicios técnicos municipales de 12 de julio de 2021 de contestación a las alegaciones

Finalmente, consta en el expediente la propuesta de resolución, suscrita el 19 de julio de 2021 por el concejal delegado de Urbanismo, en la que se afirma expresamente que *“se comprueba que se ha emitido informe por los servicios técnicos analizando cuantas incidencias existen en el expediente y en la obra, volviendo a justificar la corrección de las mediciones y condiciones de la misma.*

El expediente se ha tramitado nuevamente en su integridad, constando en el expediente cuantos informes se han considerado necesarios.

Se ha enviado trámite de audiencia al avalista, no habiéndose formulado alegaciones al respecto.

En el trámite de audiencia concedido a la empresa, alega que no existe motivo para la resolución del contrato, cuando de todos los informes y detalles del expediente de aprecia con claridad el retraso evidente y sustancial en la terminación de la obra, así como los múltiples plazos concedidos por la administración para que terminara la ejecución.

Procede, por tanto, la remisión del expediente a la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid de la siguiente propuesta de resolución, al existir oposición por parte del contratista:

1º.- *Desestimar las alegaciones formuladas por PROFORMA EJECUCIÓN DE OBRAS Y RESTAURACIONES S.L. en base a los informes técnicos.*

2º.- *Resolver el contrato en vigor con la Empresa PROFORMA EJECUCIÓN DE OBRAS Y RESTAURACIONES S.L.*

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

4º.- *Por la empresa PROFORMA EJECUCIÓN DE OBRAS Y RESTAURACIONES S.L. se compensará a la administración con un importe de 32.072,44 €, correspondientes a los gastos generales de administración y técnicos con el siguiente desglose:*

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

4.2. *Gastos técnicos por importe de 28.472,44 € correspondiente a la baja de licitación ofertada por la empresa adjudicataria, más la cantidad de 600.00€, correspondiente al coste del alquiler de un contenedor para guardar el material del gimnasio.*

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

6º.- *Aprobar la liquidación para imposición de penalidades por incumplimiento del contrato de la Empresa PROFORMA EJECUCIÓN DE OBRAS Y RESTAURACIONES S.L. por razón de demora en la ejecución,*

por causas imputables exclusivamente al contratista, a razón de 35,27€ por cada día natural de retraso, desde el 1 de enero de 2018 hasta la fecha de paralización de la obra que fue el 30 de enero de 2018, lo que supone un importe de 1.058.10€”.

Remitido de nuevo el expediente a esta Comisión Jurídica Asesora, con fecha 14 de septiembre de 2021 se emite el Dictamen 425/21, según el cual, *“se estima necesaria la retroacción del procedimiento para que se emita el correspondiente informe por parte de la Secretaría del Ayuntamiento de Torrelodones, en los términos del artículo 114.3 del TRRL, del que se dará traslado a la entidad adjudicataria para que formule alegaciones en el caso de que introduzca alguna cuestión nueva, pues la LPAC permite que se emita tras el trámite de audiencia. Posteriormente, habrá de dictarse una nueva propuesta de resolución que recoja los hechos, causas y fundamentos de Derecho que justifican la resolución del presente contrato, que será remitida con el resto del expediente a esta Comisión Jurídica Asesora para la emisión del correspondiente Dictamen”.*

CUARTO.- En consecuencia, y con fecha 5 de octubre de 2021, la Junta de Gobierno Local adopta el siguiente Acuerdo:

“Retrotraer el expediente de resolución del contrato suscrito con la Empresa PROFORMA EJECUCIÓN DE OBRAS Y RESTAURACIONES S.L., para las obras de reforma y nuevo pabellón gimnasio en el Colegio de Lourdes, e incorporar el informe de Secretaría indicado por la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, conforme determina el artículo 114.3 del TRRL”.

El 7 de octubre de 2021 emite informe el secretario del Ayuntamiento de Torrelodones indicando lo siguiente:

“Que se ha tramitado el expediente para la resolución del contrato con la Empresa PROFORMA EJECUCIÓN DE OBRAS Y

RESTAURACIONES S.L., para las obras de reforma y nuevo pabellón gimnasio en el Colegio de Lourdes.

Que se han emitido informes y presentadas alegaciones por la Empresa PROFORMA EJECUCIÓN DE OBRAS Y RESTAURACIONES S.L.

Que del expediente se acredita que la empresa no entregó la obra en el plazo establecido en el contrato. Que se amplió el plazo desde el 25 de septiembre de 2017, hasta 28 de febrero de 2017. Que terminado este plazo la obra seguía sin concluirse y sin entregarse.

Establece el artículo 98 del RD 1098/2001, sobre la prórroga del plazo en los supuestos de imposición de penalidades, cuando el órgano de contratación, en el supuesto de incumplimiento de los plazos por causas imputables al contratista y conforme al artículo 95.3 de la Ley, opte por la imposición de penalidades y no por la resolución, concederá la ampliación del plazo que estime resulte necesaria para la terminación del contrato.

Concedido plazo para la terminación de la obra ésta no se entregó, como queda acreditado por los informes de los técnicos municipales habiendo quedado acreditado este extremo en el expediente, por lo que se da el supuesto establecido por dicho artículo para la resolución del contrato”.

Finalmente, con fecha 8 de octubre de 2021, el concejal delegado de Urbanismo formula propuesta de resolución del siguiente tenor:

“... tal y como se indica en el dictamen nº 425/21 de la CJA, procede la remisión a la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid de la siguiente propuesta de resolución, al existir oposición por parte del contratista:

1º.- Desestimar las alegaciones formuladas por PROFORMA EJECUCIÓN DE OBRAS Y RESTAURACIONES S.L. en base a los informes técnicos.

2º.- Resolver el contrato en vigor con la Empresa PROFORMA EJECUCIÓN DE OBRAS Y RESTAURACIONES S.L.

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

4º.- Por la empresa PROFORMA EJECUCIÓN DE OBRAS Y RESTAURACIONES S.L. se compensará a la administración con un importe de 32.072,44 €, correspondientes a los gastos generales de administración y técnicos con el siguiente desglose:

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

4.2. Gastos técnicos por importe de 28.472,44 € correspondiente a la baja de licitación ofertada por la empresa adjudicataria, más la cantidad de 600.00€, correspondiente al coste del alquiler de un contenedor para guardar el material del gimnasio.

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

6º.- Aprobar la liquidación para imposición de penalidades por incumplimiento del contrato de la Empresa PROFORMA EJECUCIÓN DE OBRAS Y RESTAURACIONES S.L. por razón de demora en la

ejecución, por causas imputables exclusivamente al contratista, a razón de 35,27€ por cada día natural de retraso, desde el 1 de enero de 2018 hasta la fecha de paralización de la obra que fue el 30 de enero de 2018, lo que supone un importe de 1.058.10€”.

QUINTO.- Mediante oficio de 4 de noviembre de 2021, el alcalde del Ayuntamiento de Torreldones remite el expediente para la emisión del dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora, que ha tenido entrada en el registro de este órgano consultivo, a través del consejero de Administración Local y Digitalización, el 15 de noviembre de 2021.

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 del alcalde de Torreldones se ha hecho llegar a la Comisión Jurídica Asesora a través del consejero de Administración Local y Digitalización en aplicación de lo dispuesto en el artículo 18.3.c) del ROFCJA (“*Las solicitudes de dictamen de las*

Entidades Locales se efectuarán por los Alcaldes-Presidentes de las mismas, y se cursarán a través del Consejero competente en relaciones con la Administración Local”).

SEGUNDA.- El contrato cuya resolución se pretende se adjudicó el 7 de junio de 2017 por lo que, en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria primera. 2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP/17), según el cual *“Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su modificación, duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”*, resulta de aplicación el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real decreto legislativo de 14 de noviembre de 2011 (en adelante TRLCSP), por ser la normativa vigente en dicho momento.

Sin embargo, la normativa que ha de regir el procedimiento de resolución contractual es la vigente en el momento de su iniciación. En este punto, conviene advertir que el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Torrelodones de 25 de mayo de 2021 declara la caducidad del procedimiento anterior, iniciado por acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 20 de julio de 2020, e insta el inicio de un nuevo procedimiento de resolución contractual que, por tanto, habrá de regirse por lo dispuesto en la normativa vigente en el momento de su inicio, lo que supone la aplicación de la LCSP/17, cuyo artículo 191 exige que se otorgue trámite de audiencia al contratista, informe del Servicio Jurídico salvo en los supuestos contemplados en los artículos 109 y 195 de la Ley, e informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva cuando se formule oposición por el contratista.

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

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 (cfr. artículo 114.3 del TRRL).

De acuerdo con la normativa expuesta resulta que la competencia para resolver los contratos corresponde al órgano de contratación (artículo 59 del TRLCSP y actualmente, los artículos 190 y 212 de la LCSP/17). En este caso el contrato fue adjudicado por la Junta de Gobierno Local, que era el órgano de contratación, por lo que 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, dado que en el acuerdo de inicio se propone la incautación de la garantía, se ha dado audiencia a entidad avalista. 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 entidad avalista haya formulado alegaciones.

Tras la retroacción acordada en virtud del Dictamen 425/21, de 14 de septiembre, se ha incorporado el informe del secretario municipal y se ha dictado una nueva propuesta de resolución para su remisión, junto con el resto del expediente, a este órgano consultivo, si bien de nuevo, a pesar de lo indicado en dicho Dictamen, la propuesta no recoge de modo claro los hechos, causas y fundamentos de Derecho que justifican la resolución del presente contrato.

TERCERA.- Llegados a este punto, debemos hacer una especial referencia al plazo para resolver, a cuya cuestión, y según lo indicado, resulta de aplicación la LCSP/17 y subsidiariamente la LPAC, por tratarse de una cuestión procedimental.

En principio, cabe señalar que esta Comisión Jurídica Asesora no desconoce que en el anterior Dictamen 425/21, de 14 de septiembre, a la hora de referirse al plazo de resolución del presente procedimiento, se hacía constar que, de conformidad con el artículo 212.8 de la LCSP/17, los procedimientos de resolución contractual deberán ser instruidos y resueltos en el plazo máximo de ocho meses.

Sin embargo, y a partir del Dictamen 576/21, de 10 de noviembre, este órgano consultivo, tras un profundo análisis de la Sentencia del Tribunal Constitucional 68/2021, de 18 de marzo, y siguiendo en este punto el criterio de otros órganos consultivos (Consejo Consultivo de Galicia en sus dictámenes 19/2021, de 28 de abril, 240/2021, de 1 de septiembre y 267/2021 de 22 de septiembre) ha modificado su criterio en la forma que a continuación exponemos:

En efecto, 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 argumentado por el Consejo de Estado, en el Dictamen 1116/2015, de 10 de marzo de 2016, en el que se explicaba 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 ampliar el plazo a ocho meses, por resultar 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. La disposición final 1ª de dicha norma, indicó que el citado artículo 212.8 de la LCSP/17 tenía carácter de legislación básica.

Ahora bien, la citada 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, afectando señaladamente a esta cuestión.

En concreto, el 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).

No obstante, al analizar la impugnación del artículo 212.8, el TC en el FJ 7 C. c. de la citada STC, 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 sus entidades locales.

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 (RGCCM). 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 madrileña 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 lo expuesto, 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 ha considerado 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, afirma 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 escrupulosa exigencia de laguna para la aplicación supletoria.

Por ello, 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 resulta 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 factico 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.

Por tanto, en este caso, considerando que el plazo de resolución del procedimiento es de tres meses, y que no consta que la Junta de Gobierno Local haya hecho 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”*), iniciado el 25 de mayo de 2021, su caducidad se ha producido el 25 de agosto de 2021.

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

CONCLUSIÓN

El procedimiento de resolución contractual sometido a dictamen 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 30 de noviembre de 2021

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 626/21

Sr. Alcalde de Torrelodones

Pza. de la Constitución, 1 – 28250 Torrelodones