

Dictamen nº: **13/23**
Consulta: **Consejera de Medio Ambiente, Vivienda y
Agricultura**
Asunto: **Contratación Pública**
Aprobación: **12.01.23**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad en su sesión de 12 de enero de 2023, emitido ante la consulta formulada por el director gerente de la Agencia de Vivienda Social de la Comunidad de Madrid, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, sobre la resolución del contrato de obras denominado “*4 VPPA y trasteros en el municipio de Horcajo de la Sierra-Aoslos; 4 VPPA en el municipio de Puebla de la Sierra; 10 VPPA, trasteros y garajes en el municipio de Berzosa de Lozoya (lote 1)*”, adjudicado a Garube Obras y Servicios S.A.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 2 de diciembre de 2022 tuvo entrada en este órgano consultivo, la solicitud de dictamen relativa al expediente sobre la resolución del lote 1 del contrato de obra referido *ut supra*.

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

1.- Los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas particulares del contrato de obras denominado

“4 VPPA y trasteros en el municipio de Horcajo de la Sierra-Aoslos; 4 VPPA en el municipio de Puebla de la Sierra; 10 VPPA, trasteros y garajes en el municipio de Berzosa de Lozoya”, fueron aprobados por resolución del director gerente de la Agencia de Vivienda Social de la Comunidad de Madrid de fecha 12 de diciembre de 2019, para su adjudicación por procedimiento abierto con pluralidad de criterios.

El lote 1 está formado por cuatro viviendas con protección pública para arrendamiento (VPPA) y trasteros en Horcajo de la Sierra-Aoslos, y constituye el objeto de este dictamen.

2.- Por resolución del director gerente de la Agencia de Vivienda Social de 2 de junio de 2020 se adjudicó el contrato a la empresa Garube Obras y Servicios S.A.

Previamente, la citada empresa constituyó la garantía definitiva, por importe de 16.103,86 euros, depositados en efectivo, para responder del cumplimiento de este contrato, en la Tesorería de la Comunidad de Madrid el día 21 de mayo de 2020.

El día 6 de julio se formaliza el contrato con la adjudicataria, por un precio total de 354.284,87 € (IVA incluido) y un plazo de ejecución de la obra de 17 meses, según lo establecido en las cláusulas segunda y tercera respectivamente (documento 2 del expediente).

Una vez solventadas las causas que impedían el inicio de los trabajos, el día 9 de diciembre de 2020 se procedió a la firma del Acta de replanteo e inicio de la obras (documento 5).

3.- Ya en el año 2021, por la empresa constructora se manifiesta mediante correo electrónico de 21 de enero, que una vez efectuada una inspección inicial del terreno por su personal técnico, se han detectado diversas incidencias relativas a la línea aérea de teléfono, una tubería de polietileno cercana a la obra, cimentación del edificio existente, alero

y ventana en la edificación existente y una bajante del edificio a demoler que pudiera contener amianto.

Por la dirección facultativa se realizan diversas visitas a la obra, se comprueba que no ha comenzado la demolición de lo existente y se levanta un acta a pie de obra el 23 de febrero de 2021 constatando que no han comenzado los trabajos de las obras adjudicadas y se requiere a la contratista una planificación y programación de los trabajos, habida cuenta del plazo de ejecución transcurrido (bloque de documentos 6).

El 25 de marzo, la contratista solicita la paralización total de las obras hasta que se apruebe un proyecto modificado ya que entiende que el originario no es viable.

Por la Agencia de Vivienda Social se responde que según el informe técnico efectuado por una empresa externa el 19 de mayo de 2021, el proyecto cumple las especificaciones del Código Técnico de Edificación y que la solución propuesta por la dirección facultativa es viable.

Mediante escrito de 7 de julio de 2021, la empresa solicita la resolución del contrato ante la imposibilidad de llevar a cabo la obra en los términos inicialmente pactados en base al artículo 211.g) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

En resolución de 27 de septiembre de 2021, el director gerente de la Agencia de Vivienda Social acordó el inicio del procedimiento para la resolución del Lote 1 del contrato de referencia, otorgándola trámite de audiencia (notificada a la contratista el 5 de octubre). La empresa no presentó alegación alguna y el 14 de enero de 2022 se acordó la caducidad del procedimiento de resolución del contrato.

4.- Por la Subdirección General de Proyectos y Obras se remitió el 9 de marzo de 2022, al Área de contratación de la Agencia de la Vivienda Social, un informe solicitando la resolución del contrato por incumplimiento grave y sustancial de las obligaciones contractuales por parte de Garube Obras y Servicios, S.A., ya que la ejecución de las obras lleva suspendida más de seis meses y hay un andono de la obra.

Por resolución del director gerente de la Agencia de Vivienda Social de 19 de julio de 2022, (documento 8) se acordó iniciar el procedimiento para la resolución contractual del Lote 1 del contrato de obras “4 VPPA y trasteros en el municipio de Horcajo de la Sierra-Aoslos; 4 VPPA en el municipio de Puebla de la Sierra; 10 VPPA, trasteros y garajes en el municipio de Berzosa de Lozoya”. Las causas que se invocan de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, son:

- El artículo 211.1.d), la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista y que, en todo caso, el retraso injustificado sobre el plan de trabajos establecido en el contrato, por un plazo superior a un tercio del plazo de duración inicial del contrato.

El plazo de ejecución total que propuso el adjudicatario fue de 17 meses. El director de la obra en informe de 14 de febrero de 2022 declaró que no se había realizado ninguna actuación en la obra desde febrero de 2021, es decir, más de 12 meses de retraso injustificado sobre el plan de trabajos establecido en el contrato. Lo que supone un retraso superior a un tercio del plazo de duración del contrato.

- El artículo 211.1.f) que regula como causa de resolución el incumplimiento de la obligación principal del contrato, que es la prestación que constituye su objeto, es decir, la realización de la obra.

Se notifica a la contratista y se le otorga trámite de audiencia.

5.- La contratista presenta escrito de alegaciones el 26 de agosto de 2022, en el que indica, que no ha abandonado la obra y que se encuentra pendiente de que por la administración se subsanen las incidencias referidas el 21 de enero de 2021; que hay una imposibilidad material de poder llevar a cabo la obra en las condiciones contratadas, que han supuesto la mentada paralización; y que en definitiva, no ha habido incumplimiento de la obligación principal del contrato.

6.- Sobre dichas alegaciones se emite un informe técnico por el arquitecto director de obra el 9 de septiembre de 2022, indicando que el proyecto aprobado en su día es viable y ratificándose en sus anteriores informes sobre los incumplimientos del contratista.

Además, por el subdirector general de Proyectos y Obras de la Agencia de Vivienda Social se emite informe rebatiendo las alegaciones formuladas, y se indica que procede resolver el contrato según lo establecido en el artículo 211.1.d) y f) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

7.- Por el secretario general de la Agencia de Vivienda Social se firma el 26 de septiembre de 2022, la propuesta de resolución (documento 15), en la que se acuerda:

- La resolución del Lote 1 del contrato de obras denominado “*4 VPPA y trasteros en el municipio de Horcajo de la Sierra-Aoslos; 4 VPPA en el municipio de Puebla de la Sierra; 10 VPPA, trasteros y garajes en el municipio de Berzosa de Lozoya*

suscrito con Garube Obras y Servicios, S.A. debido al incumplimiento de la obligación principal del contrato, así como del retraso acumulado del plazo de la obra de más de 6 meses sin realizar ningún tipo de actuación en el plan de trabajo en cualquier actividad, de conformidad con los artículos 211.1.d y 211.1.f de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

- Aprobar la liquidación del contrato por un importe de 10.306,26 euros (IVA incluido), como cantidad de la que debe responder la contratista por el incumplimiento de sus obligaciones contractuales.
- Incautar la garantía definitiva por importe de 16.103,86 € y barrar el crédito remanente en el documento de disposición del gasto.

8.- Por el Servicio Jurídico en la Consejería de Transportes e Infraestructuras se emite informe el 31 de octubre de 2022, en el que la letrada de la Comunidad de Madrid informa favorablemente la resolución del contrato que nos ocupa.

Y por el director gerente de la Agencia de Vivienda Social se firma el día 24 de noviembre de 2022, la petición de dictamen, que se acompaña del expediente digital en el que constan 16 documentos.

TERCERO.- Por la consejera de Medio Ambiente, Vivienda y Agricultura se firma el 1 de diciembre de 2022 la solicitud de dictamen preceptivo, que ha tenido entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora el día siguiente.

Su estudio ha correspondido por reparto de asuntos (expediente 749/22), a la letrada vocal Dña. Silvia Pérez Blanco, que formuló y firmó la propuesta de dictamen, deliberada y aprobada en el Pleno de la Comisión Jurídica Asesora en la sesión referida en el encabezamiento.

A la vista de todo lo expuesto, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La solicitud se realiza al amparo del artículo 5.3.f) d. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, a cuyo tenor la Comisión Jurídica Asesora deberá ser consultada en los supuestos de “*(...) resolución de los contratos administrativos y modificaciones de los mismos en los supuestos establecidos por la legislación de contratos del sector público*”; y ha sido formulada por órgano competente para ello, en virtud del artículo 18.3.d) del Decreto 5/2016, de 19 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid (ROFCJA).

El presente dictamen se emite en plazo.

SEGUNDA.- El contrato cuya resolución se pretende se firmó (previa adjudicación) el 6 de julio de 2020; y el acuerdo de inicio de su resolución es de fecha 19 de julio de 2022. De esta forma, resulta de aplicación tanto desde el punto de vista sustantivo como procedural, 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).

Además, ante la falta de desarrollo reglamentario en el aspecto objeto de dictamen de las disposiciones vigentes en materia de contratación del sector público, debe considerarse lo dispuesto en el artículo 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de 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*”.

De forma subsidiaria se aplicará, conforme a lo dispuesto en la disposición final cuarta de la LCSP/17, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC).

En cuanto a la competencia para acordar la resolución de los contratos administrativos, el artículo 190 de la LCSP/17, dispone que “*dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de (...) acordar su resolución y determinar los efectos de esta*”.

En este caso, el órgano de contratación es el director gerente de la Agencia de Vivienda Social de la Comunidad de Madrid.

En particular, el artículo 191.1 de la LCSP/17 requiere que en el correspondiente procedimiento se dé audiencia al contratista. Asimismo, el artículo 109 del RGCAP exige la audiencia al avalista o asegurador “*si se propone la incautación de la garantía*”. En nuestro caso, la garantía fue prestada en efectivo por la propia contratista, por lo que no hay entidad avalista.

Sí consta que se ha cumplimentado debidamente el trámite de audiencia con la contratista, efectuándose alegaciones por esta, con el resultado referido. Con posterioridad, consta emitido un informe técnico del director de obra y otro de la Subdirección General de Proyectos y Obras de la Agencia de la Vivienda Social informando sobre dichas alegaciones. A tal efecto, como viene señalando esta Comisión Jurídica Asesora, con posterioridad al trámite de audiencia, solo procedería la emisión de un informe jurídico por el órgano competente. Finalmente, se ha efectuado la correspondiente propuesta de resolución firmada el 26 de septiembre de 2022 por el secretario general de la Agencia de Vivienda Social, instando la resolución del contrato.

Después, se ha emitido informe por el Servicio Jurídico correspondiente de la Abogacía General de la Comunidad de Madrid, favorable a la resolución del contrato que nos ocupa.

Y por último, de conformidad con el apartado tercero del artículo 191.3 de la LCSP/17, es preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la comunidad autónoma en los casos de interpretación, nulidad y resolución, cuando se formule oposición por parte del contratista, como es el caso ahora dictaminado.

TERCERA.- Analizada la legislación aplicable y el procedimiento, debe hacerse una especial referencia al plazo para resolver, teniendo en cuenta que -como ya se ha indicado- resulta de aplicación para la resolución del contrato la LCSP/17, y subsidiariamente la LPAC.

Pues bien, 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, 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 de Estado 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, teniendo en cuenta que el citado artículo 212.8 de la LCSP/17 tenía carácter básico conforme a su disposición final primera.

Ahora bien, la STC 68/2021, de 18 de marzo, ha procedido a declarar la inconstitucionalidad de algunos preceptos de la LCSP/17.

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)].

Así las cosas, al analizar la impugnación efectuada al artículo 212.8, el FJ 7 de la citada STC 68/2021, afirma:

“El tribunal considera fundada la pretensión del recurrente, por cuanto se trata de una norma de naturaleza auxiliar y procedural 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 tampoco a las entidades locales.

Todo ello plantea el problema de determinar el concreto plazo en el que deben resolverse los expedientes de resolución de contratos 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 estarse a lo 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 y en el Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid aprobado por Decreto 49/2003, de 3 de abril.

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 primera).

Tal y como se ha indicado, el FJ 7 letra C. c. de la STC 68/2021 establece expresamente la declaración de inconstitucionalidad del artículo 212.8 de la LCSP/17.

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 primera de la LPAC).

Esta cuestión ya ha sido abordada desde hace más de un año por esta Comisión Jurídica Asesora en los dictámenes 576/21, de 10 de

noviembre, 609/21, de 23 de noviembre, 626/21, de 30 de noviembre, 651/21, de 21 de diciembre y en los más recientes 162/22, de 22 de marzo y 514/22, de 4 de agosto, modificando su criterio inicial (recogido en el dictamen 362/21, de 20 de julio) tras un detenido análisis de la cuestión que es especialmente compleja.

Tal y como hemos indicado en estos dictámenes, la aplicación supletoria del derecho estatal plantea muchos problemas prácticos. Así, el Tribunal Constitucional en un primer momento, admitió de forma amplia esa aplicación supletoria de tal manera 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 (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 citada sentencia, reitera la exigencia de una laguna jurídica 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 (recurso 3781/2017).

Sin embargo, al no haber regulado al respecto la Comunidad de Madrid (a diferencia de otras comunidades autónomas como la de Aragón o la de Castilla y León), 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 9) indica: “*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, FJ 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 que no existe una laguna jurídica, y por tanto, se hace innecesario acudir al derecho estatal no básico (artículo 212.8 de la LCSP/17, tras la STC 68/2021).

Aplicando ese criterio al presente procedimiento de resolución contractual, procede indicar que el mismo ha caducado. Ello es así puesto que se inició el 19 de julio de 2022, y en consecuencia, caducó el 19 de octubre de 2022.

Tal y como viene advirtiendo esta Comisión Jurídica Asesora, el artículo 22.1.c) de la LPAC permite suspender el plazo para resolver 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. Este plazo de suspensión no podrá exceder en ningún caso de tres meses y en caso de no recibirse el informe en el plazo indicado, proseguirá el procedimiento.

Sin embargo, en el procedimiento que nos ocupa, no consta que se haya hecho uso de esa facultad de suspensión ni en consecuencia que se haya notificado a los interesados.

Por todo ello, es claro que el procedimiento de resolución del contrato caducó mucho antes de solicitarse dictamen a este órgano consultivo. En consecuencia, no procede la resolución del contrato que nos ocupa.

No obstante, la caducidad del procedimiento no impide el inicio de un nuevo procedimiento de resolución si el órgano competente lo considera oportuno.

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

CONCLUSIÓN

El procedimiento de resolución del lote 1 del contrato de obras denominado “4 VPPA y trasteros en el municipio de Horcajo de la Sierra-Aoslos; 4 VPPA en el municipio de Puebla de la Sierra; 10 VPPA, trasteros y garajes en el municipio de Berzosa de Lozoya” está 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 12 de enero de 2023

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 13/23

Excma. Sra. Consejera de Medio Ambiente, Vivienda y Agricultura

C/ Alcalá nº 16 - 28014 Madrid