

Dictamen nº: **174/23**

Consulta: **Alcalde de Madrid**

Asunto: **Contratación Pública**

Aprobación: **13.04.23**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 13 de abril de 2023, emitido ante la consulta formulada por el alcalde de Madrid, 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 Rehabilitación y Reforma de las antiguas oficinas del Teatro Madrid*” suscrito con la empresa PAVISÁN URBANIZACIONES, S.L.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El dia 14 de marzo de 2023 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen preceptivo procedente del Ayuntamiento de Madrid en relación con la resolución del contrato citado en el encabezamiento.

A dicho expediente se le asignó el número 144/23, 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 13 de abril de 2023.

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

1.- Mediante Decreto de 10 de julio de 2017 de la alcaldesa de Madrid se aprobó el proyecto de ejecución de las obras de rehabilitación y reforma de las antiguas oficinas del Teatro de Madrid.

El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) se aprobó por Decreto de 27 de septiembre de 2017.

Tras la oportuna licitación, mediante Decreto de 26 de diciembre de 2017 se adjudicó el contrato a la empresa Pavisán Urbanizaciones S.L.

2.- El contrato fue formalizado el día 10 de enero de 2018, con un plazo de ejecución de seis meses contados desde el día siguiente al de la fecha del acta de comprobación del replanteo y un precio de 371.279,12 euros IVA incluido.

En el contrato se hizo constar que para responder de la ejecución la empresa adjudicataria había constituido una garantía definitiva, mediante contrato de seguro, por un importe de 15.342,11 euros.

3.- El 12 de febrero de 2018 se firmó el acta de comprobación del replanteo haciendo constar que el proyecto era viable, por lo que el director de las obras autorizaba el inicio de las obras, comenzando a contar el plazo de ejecución desde el día siguiente al de la firma.

4.- En el mes de abril de 2018 la dirección facultativa recibió instrucciones del Área de Coordinación General de Cultura, Deportes y

Turismo, para la adaptación del proyecto con el objeto de poder implantar una actividad cultural y educativa por parte del Circo Price.

Mediante Decreto de 18 de julio de 2018 se concedió una ampliación del plazo de ejecución, fijándose el 30 de noviembre de 2018 como fecha para la terminación de las obras.

5.- El 23 de julio de 2018 la empresa contratista presentó un escrito en el que indicaba que las obras habían sido paralizadas por orden de la dirección facultativa para adaptación del proyecto y solicitaba la suspensión temporal de las obras y el inicio de un expediente de modificación del contrato.

La dirección facultativa emitió informe el 27 de julio de 2018 en el que indicó que las obras no habían sido formalmente paralizadas durante el estudio de las adaptaciones del proyecto, aunque el ritmo de la obra se había ralentizado. Añadía que para no perjudicar a la empresa se había concedido una ampliación del plazo de ejecución de 3 meses y 17 días. Acababa indicando que se debían continuar de forma inmediata las obras según el proyecto original del contrato adjudicado con el fin de dar cumplimiento al nuevo plazo concedido (hasta el 30 de noviembre de 2018).

La Secretaría General Técnica comunicó a la empresa contratista el 31 de julio de 2018 que debía ejecutar el contrato en los términos inicialmente pactados, con finalización de los trabajos el 30 de noviembre de 2018.

6.- El 14 de agosto de 2018 la empresa contratista presentó un escrito en el que indicaba que iba a reanudar los trabajos el 10 de septiembre de 2018 de acuerdo con las órdenes recibidas. Aducía también que el proyecto original presentaba importantes deficiencias que enumeraba y que generarían un aumento del precio del contrato.

Acababa solicitando la suspensión temporal de las obras y el inicio de un expediente de modificación del contrato.

7.- El día 12 de noviembre de 2018 la empresa contratista solicitó una nueva ampliación del plazo de ejecución en 2 meses y 22 días justificada en las circunstancias del sector de la construcción en ese momento, con ausencia de mano de obra cualificada y stocks de equipos específicos, así como el bloqueo del acceso principal a la obra entre el 29 de septiembre y el 19 de octubre por las fiestas locales.

Con fecha 13 de noviembre de 2018 emitió informe la directora general de Intervención en el Paisaje Urbano y Patrimonio Cultural, en el que analizadas las circunstancias alegadas por la empresa contratista, consideraba que la única causa no imputable al contratista era la relativa a las fiestas locales, por lo que se instaba a la empresa contratista para que presentara un nuevo programa de trabajo para una ampliación del plazo en 21 días (fecha de finalización de las obras el 21 de diciembre de 2018).

8.- El 21 de noviembre de 2018 la empresa contratista manifestó la imposibilidad de ejecutar las obras en un plazo que no fuera el 22 de febrero de 2019, adjuntando un programa de trabajo.

9.- El 30 de noviembre de 2018 se realizó visita de inspección a las obras constándose que “*la obra no ha sido finalizada ni está en condiciones de terminar de manera inminente*”.

10.- El 5 de diciembre de 2018 la dirección facultativa emitió informe en el que concluía que en el mes de julio la obra estaba ejecutado en un 12 % y tres meses más tarde en el 16 %, y añadía “*es inviable la finalización de los trabajos en el plazo nuevamente solicitado, dado que a falta de cerrar la certificación correspondiente al mes de noviembre no se estima que se alcance ni el 20% y es materialmente imposible la ejecución del 80% de la restante obra en los 2 meses y medio nuevamente*

“solicitados”. La dirección facultativa informó que la falta de personal y de la gestión de los trabajos había marcado un ritmo de obra claramente insuficiente para la conclusión de los trabajos.

11.- Por Decreto de la alcaldesa de Madrid de 20 de diciembre de 2018 se 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, con determinación de los daños y perjuicios causados al ayuntamiento e incautación de la garantía definitiva y la paralización de las obras durante la tramitación del procedimiento.

12.- El 24 de enero de 2019 por la Dirección General de Intervención en el Paisaje Urbano y el Patrimonio Cultural se emitió informe relativo a los daños y perjuicios causados imputables a la actuación de la empresa contratista y el 11 de abril de 2019 la subdirectora general de Gestión Económica y Contratación emitió informe en relación con la resolución del contrato, con incautación de la garantía y fijando la indemnización a abonar al Ayuntamiento de Madrid en 14.709,44 euros o bien en 17.544,82 euros, si la tarea de retirar los restos y limpieza de la obra no lo realizase la empresa contratista.

13.- Consta en el expediente que se confirió trámite de audiencia a la empresa contratista y a la compañía aseguradora. El 6 de mayo de 2019 formuló alegaciones la empresa contratista en las que adujo la caducidad del procedimiento; la ausencia de imputabilidad al contratista y falta de proporcionalidad de la medida adoptada por la Administración.

14.- El 24 de mayo de 2019 la jefa del Departamento de Infraestructuras Culturales con el visto bueno de la directora general de Intervención en el Paisaje Urbano y el Patrimonio Cultural emitió informe de contestación a las alegaciones formuladas por la empresa contratista en el que dio cuenta de las vicisitudes en la ejecución de las obras e

incidió en que la falta de personal y la gestión de los trabajos había marcado un ritmo de obra claramente insuficiente y la imposibilidad de ejecutar la obra en plazo a satisfacción de la Administración ni siquiera con el programa de trabajo aportado por la empresa en el mes de noviembre de 2018.

15.- El 30 de mayo de 2019 la secretaría general técnica del Área de Cultura y Deportes del Ayuntamiento de Madrid formuló propuesta de resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista consistente en no haber concluido la obra en el plazo previsto contractualmente, con incautación de la garantía y estimación de los daños y perjuicios causados a abonar por la empresa contratista en un importe de 17.544,82 euros.

16.- La Intervención General del Ayuntamiento de Madrid emitió informe de conformidad a la propuesta de resolución del contrato.

TERCERO.- 1.- Remitido el expediente tramitado a esta Comisión Jurídica Asesora, el 11 de julio de 2019, el Pleno de este órgano consultivo aprobó el dictamen 249/19, en el que se concluyó que procedía la resolución contractual por incumplimiento de la empresa contratista de su obligación de ejecutar el contrato en plazo, al amparo de lo establecido en el artículo 223. d) del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP) (*“la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista”*), incumplimiento que había de calificarse como culpable, al apreciarse en la empresa contratista una voluntad contraria al cumplimiento del contrato en los términos pactados.

2.- Mediante Decreto de la delegada del Área de Gobierno de Obras y Equipamientos del Ayuntamiento de Madrid de fecha 11 de septiembre de 2019, se acordó la resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista, consistente en no haber concluido la obra en el plazo previsto contractualmente, con incautación de la fianza definitiva

constituida por la mercantil, fijando una indemnización por daños y perjuicios de 17.544,82 € a favor del Ayuntamiento de Madrid. La empresa contratista interpuso recurso de reposición que fue desestimado por Decreto de 21 de noviembre de 2019.

3.- La mercantil adjudicataria interpuso recurso contencioso-administrativo contra el Decreto de 11 de septiembre de 2019, de resolución contractual, confirmado en reposición por Decreto de 21 de noviembre de 2019.

Dicho recurso fue estimado por Sentencia de 31 de mayo de 2021 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº10, de Madrid, al entender que se había producido la caducidad del procedimiento de resolución contractual al considerar aplicable a su tramitación el TRLCSP, teniendo en cuenta la fecha de formalización del contrato, enero de 2018, y la entrada en vigor de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP/17), el 9 de marzo de 2018.

La referida sentencia fue confirmada en apelación por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 11 de mayo de 2022 (recurso de apelación 1710/2021).

4.- Por Decreto de 2 de febrero de 2023 de la delegada del Área de Gobierno de Obras y Equipamientos se acordó la caducidad y el archivo de las actuaciones del expediente de resolución del contrato de “OBRAS DE REHABILITACIÓN Y REFORMA DE LAS ANTIGUAS OFICINAS DEL TEATRO MADRID”, iniciado por Decreto de la alcaldesa de fecha 20 de diciembre de 2018.

Asimismo, se acordó iniciar un nuevo expediente de resolución del contrato por incumplimiento imputable al contratista por demora en la ejecución del contrato e incorporar al nuevo expediente los documentos e informes técnicos cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse producido la caducidad del expediente.

5.- Consta que se confirió trámite de audiencia al contratista y al avalista, con traslado del informe técnico de fecha 12 de diciembre de 2018, de la Dirección General de Intervención en el Paisaje Urbano y el Patrimonio Cultural, en el que se ponía de manifiesto el incumplimiento del plazo total por causas imputables al contratista y en consecuencia, la concurrencia de causa de resolución del contrato y la Memoria justificativa de la resolución del contrato, de fecha 1 de febrero de 2023 de la Dirección General de Arquitectura y Conservación del Patrimonio.

6.- El 14 de febrero de 2023, la empresa contratista formuló alegaciones en las que dio por reproducidas las manifestadas en el anterior procedimiento de resolución contractual. Incidió en la ausencia de los requisitos legalmente establecidos para la adopción del acuerdo de resolución y en la falta de culpabilidad del contratista en la demora de ejecución del contrato, como causa justificativa del acuerdo recurrido e insistió en que la actuación municipal había sido desproporcionada, instando la resolución del contrato sin atender a la manifiesta voluntad de la empresa contratista de ejecutar las obras. Además, adujo la improcedencia de la liquidación practicada y la ausencia de motivación en la imputación de gastos indemnizables.

7.- El 17 de febrero de 2023, la Dirección General de Arquitectura y Conservación del Patrimonio formula propuesta definitiva de resolución del contrato a la delegada del Área de Gobierno de Obras y Equipamientos, ratificando lo expresado en los informes emitidos en el curso del procedimiento de resolución contractual anterior.

8.- En esa misma fecha, 17 de febrero de 2023, la Secretaría General Técnica del Área de Gobierno de Obras y Equipamientos informa sobre la normativa aplicable y propone elevar al órgano contratación el decreto de resolución contractual.

9.- El 20 de febrero de 2023, se acordó suspender el procedimiento de resolución contractual para solicitar informe a la Intervención Delegada del Área de Gobierno de Obras y Equipamientos, lo que se comunicó a la empresa contratista y al avalista.

10.- La Intervención Delegada emitió informe de conformidad el 28 de febrero de 2023, si bien con la observación de que debería recabarse el dictamen preceptivo de esta Comisión Jurídica Asesora, y, tras ello, remitirse el expediente a la citada Intervención Delegada para comprobar su existencia y carácter favorable.

11.- El 1 de marzo de 2023 se acordó el levantamiento de la suspensión, lo que se comunicó a la empresa contratista y al avalista.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La Comisión Jurídica Asesora emite su dictamen preceptivo, al amparo del artículo 5.3.f) d. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, 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*”.

SEGUNDA.- Por lo que se refiere al régimen jurídico aplicable, esta Comisión Jurídica Asesora viene distinguiendo entre la norma sustantiva que rige el asunto de fondo y la norma aplicable al procedimiento (en el mismo sentido, el Consejo de Estado, así su dictamen 167/2021, de 25 de marzo). En cuanto a lo primero, el contrato cuya resolución se pretende se adjudicó el 26 de diciembre de 2017 por lo que, en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria primera. 2 de la LCSP/17: “*Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su modificación, duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior*”, resulta de aplicación el TRLCSP por ser la normativa vigente en dicho momento.

Por lo que se refiere al procedimiento de resolución contractual, habrá que estar a lo dispuesto en la normativa vigente en el momento de su inicio, que como hemos expuesto fue por Decreto de 2 de febrero de 2023, lo que supone la aplicación, en el caso analizado de la LCSP/17. Además, ante la falta de desarrollo reglamentario en el aspecto objeto de estudio de las disposiciones vigentes en materia de contratación del sector público, debe considerarse lo dispuesto en el artículo 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de 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*”.

No obstante, en cuanto al régimen jurídico aplicable, esta Comisión no desconoce que el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en diversas sentencias, como es la recaída en relación con el anterior procedimiento de resolución contractual, considera que la normativa aplicable tanto desde el punto de vista sustantivo como de procedimiento es la vigente a la fecha de formalización del contrato. En este punto resulta significativa, por lo que a continuación diremos, la Sentencia de 14 de abril de 2021, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (procedimiento 988/2019) en la que se indica lo siguiente:

“La solución pasa por determinar la normativa aplicable al caso, que ha de ser la vigente a la fecha de formalización del contrato de referencia, a la que debe someterse el mismo y todas sus incidencias, pues en otro caso podrían producirse divergencias formales y sustantivas como consecuencia de la sucesión de normas a lo largo de todo el procedimiento contractual y de la distinta regulación sobre sus distintos aspectos, lo que atentaría al principio de seguridad jurídica”.

La Comunidad de Madrid ha interpuesto recurso de casación contra la mencionada sentencia citando como normas infringidas las contenidas en el artículo 212.8 y disposición transitoria primera de la LCSP/17, que fueron relevantes y determinantes del fallo, al considerar que la declaración de caducidad del procedimiento de resolución contractual es un procedimiento con sustantividad propia, autónomo e independiente del propio contrato administrativo y ha planteado a la Sala como cuestión de interés casacional: determinar el plazo del que dispone la Administración para resolver los expedientes de resolución contractual, so pena de incurrir en caducidad.

Por Auto de 6 julio de 2022 (recurso 4289/2021), el Tribunal Supremo ha admitido a trámite el recurso de casación preparado por la Comunidad de Madrid contra la referida Sentencia de 14 de abril de 2021 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Dicho auto precisa que la cuestión en la que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es determinar:

“en relación a la declaración de caducidad del procedimiento de resolución contractual, si es un procedimiento con sustantividad propia, autónomo e independiente del propio contrato administrativo, en concreto, si la tramitación de un procedimiento de resolución contractual de un contrato sujeto a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, incoado con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, está sujeto a los plazos de tramitación señalados en dicha Ley 39/2015; y, si en tal caso, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 21 de la referida Ley 39/2015, resulta de aplicación el plazo de ocho (8) meses de tramitación especial de este tipo de procedimientos regulado en el artículo 212.8 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (...)”

Identificar como normas jurídicas que, en principio, han de ser objeto de interpretación las contenidas en el artículo 21 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre , del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y el artículo 212.8 y la disposición transitoria primera de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público Ello sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras normas jurídicas si así lo exigiere el debate finalmente trabajado en el recurso”.

Sin perjuicio de lo que resulte del recurso de casación planteado por la Comunidad de Madrid, siguiendo el criterio de esta Comisión Jurídica Asesora, en este caso, en materia de procedimiento habrá que estar a la LCSP/17, cuyo artículo 190, señala que “*dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, (...) acordar su resolución y determinar los efectos de 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 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 (cfr. artículo 114.3 del TRRL). No obstante, en los expedientes de resolución contractual por demora del contratista (artículo 195 LCSP/17 en relación con el artículo 109 del RGLCAP), 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 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 la Junta de Gobierno Local es el órgano de contratación a tenor de lo dispuesto en la disposición adicional segunda apartado 3 del TRLCSP (en el mismo sentido la disposición adicional segunda apartado 4 de la LCSP/17), por lo que dicha Junta de Gobierno Local es también el órgano competente para la resolución. Según resulta del expediente, sus atribuciones han sido delegadas por el apartado 3º, punto 4 del Acuerdo de 27 de junio de 2019 de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid, de organización y competencias del Área de Gobierno de Obras y Equipamientos (BOCM de 17 de julio de 2019), en la delegada de dicho Área de Gobierno de Obras y Equipamientos.

En el presente caso, además y como ya se indicó, el decreto de inicio del actual procedimiento de 2 febrero de 2023, que también declaró la caducidad y el archivo de las actuaciones del expediente de resolución anterior iniciado por Decreto de la alcaldesa de 20 de diciembre de 2018, acordó la incorporación al procedimiento de los documentos e informes técnicos cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse producido la caducidad del expediente.

Debemos observar que la conservación de los actos se aborda en la LPAC, en referencia a los casos de previa caducidad de un procedimiento. En concreto, el artículo 95 de la LPAC señala:

“La caducidad no producirá por sí sola la prescripción de las acciones del particular o de la Administración, pero los procedimientos caducados no interrumpirán el plazo de prescripción.

En los casos en los que sea posible la iniciación de un nuevo procedimiento por no haberse producido la prescripción, podrán incorporarse a este los actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse producido la caducidad. En todo caso, en el nuevo procedimiento deberán cumplimentarse los trámites de alegaciones, proposición de prueba y audiencia al interesado”.

En este caso, se ha incorporado al procedimiento el informe de 12 de diciembre de 2018, de la Dirección General de Intervención en el Paisaje Urbano y el Patrimonio Cultural, en el que se ponía de manifiesto el incumplimiento del plazo total por causas imputables al contratista, y que dio lugar a la incoación del anterior procedimiento de resolución contractual, cuya incorporación resulta admisible a tenor de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, [así la Sentencia de 21 de noviembre de 2012 (rec. núm. 5618/2009), con cita de la sentencia del mismo tribunal de 24 de febrero de 2004 (recurso de casación 3754/2001)].

Asimismo, se ha formulado una Memoria justificativa de la resolución del contrato, de fecha 1 de febrero de 2023 de la Dirección General de Arquitectura y Conservación del Patrimonio.

Además, se ha dado audiencia al contratista con traslado de la documentación anteriormente referida, el cual formuló alegaciones oponiéndose a la resolución contractual planteada por la Administración. Del expediente examinado también resulta que se ha dado audiencia a la compañía aseguradora si bien no consta que haya formulado alegaciones.

En este caso al tratarse de una resolución contractual por demora en el plazo de ejecución, no ha emitido informe la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento de Madrid al no ser preceptivo conforme el artículo 109 del RGLCAP en relación con el 195 de la LCSP/17. Si ha emitido informe la Intervención Municipal, que ha sido formulado con posterioridad al trámite de audiencia.

En relación con la incorporación de informes después del trámite de audiencia, como también dijimos en nuestro anterior Dictamen 249/19, de 11 de julio, es doctrina reiterada de esta Comisión Jurídica Asesora (así el dictamen 61/16, de 5 de mayo; el dictamen 397/16, de 8 de septiembre y el dictamen 516/16, de 17 de noviembre, entre otros) que la

audiencia a los interesados debe practicarse inmediatamente antes de dictar la propuesta de resolución sin que puedan incorporarse con posterioridad informes que introduzcan hechos nuevos, de manera que si los informes citados añaden hechos nuevos o argumentan cuestiones nuevas para la resolución, generan indefensión al contratista y lo procedente es la retroacción del procedimiento. Sin embargo, cuando los informes no introducen cuestiones o hechos nuevos, aunque se hayan emitido con posterioridad al trámite de audiencia, no generan indefensión al contratista y, en consecuencia, no procede la retroacción del procedimiento. Este era el criterio del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid que ha hecho suyo esta Comisión Jurídica Asesora en los citados dictámenes y que resulta corroborado por el artículo 82 de la LPAC que solo admite como informes posteriores al trámite de audiencia, el informe del órgano competente para el asesoramiento jurídico y el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, en el caso que estos formaran parte del procedimiento, en cuanto que estos informes y dictámenes se limitan al análisis de los aspectos jurídicos sin que puedan introducir hechos o cuestiones nuevas. Dado que el informe de la Intervención no introduce ningún hecho nuevo que pueda causar indefensión a la empresa adjudicataria, de acuerdo con la doctrina expuesta, debe considerarse correctamente cumplimentado el trámite de audiencia.

Además, en relación con el procedimiento hemos hacer particular referencia al plazo de resolución de este, pues, en los procedimientos de resolución de contratos iniciados de oficio, el incumplimiento del plazo máximo de duración para resolver determina la caducidad conforme a lo establecido en el artículo 212.8 de la LCSP/17.

Sobre la determinación de cuál sea el plazo de aplicación en el ámbito autonómico madrileño, el criterio mantenido por esta Comisión ha resultado esencialmente modificado a partir de la Sentencia del Tribunal Constitucional 68/2021, de 18 de marzo, recaída a raíz de un recurso de

inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de Aragón, que ha procedido a declarar la inconstitucionalidad de algunos preceptos de la LCSP/17 y ha afectado 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.

Como es sabido, la citada Sentencia 68/2021, al analizar la impugnación del artículo 212.8, considera (FJ 5º) que tal precepto recoge una norma de naturaleza auxiliar y procedural que no puede ser considerada básica, por lo que el Tribunal Constitucional 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.

La normativa de la Comunidad de Madrid en materia de contratación es muy escasa y no aborda esa cuestión, por lo que en opinión de esta Comisión no resulta aplicable el artículo 212.8 de la LCSP/17 como derecho supletorio al amparo del artículo 149.3 de la Constitución Española, sino que debe prevalecer el artículo 21 de la LPAC, como normativa básica (disposición final 1ª de la LPAC), considerando por tanto la aplicación de un plazo de caducidad de 3 meses. El criterio expuesto se recoge, in extenso, por primera vez en el dictamen 576/21, de 10 de noviembre y ha sido mantenida en otros muchos como el 602/21, de 16 de noviembre; 609/21, de 23 de noviembre; 626/21, de 30 de noviembre; 651/21, de 21 de diciembre y el 215/22, de 19 de abril.

Todo ello sin perjuicio de lo que resulte del recurso de casación interpuesto por la Comunidad de Madrid contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 14 de abril de 2021 a la que anteriormente aludimos.

En cualquier caso, en el presente procedimiento, el inicio del expediente de resolución contractual tuvo lugar el 2 de febrero de 2023. Por lo tanto, a la fecha de emisión del presente dictamen el procedimiento no habría caducado, independientemente del plazo que consideremos aplicable a dicho procedimiento (tres u ocho meses)

TERCERA.- Una vez analizado el procedimiento, debemos estudiar si concurre o no causa de resolución del contrato. En este caso, no podemos sino remitirnos a lo ya señalado en nuestro dictamen 249/19, de 11 de julio, en relación con el procedimiento de resolución contractual anterior, cuyos pronunciamientos son trasladables al procedimiento actual, en los siguientes términos:

«La propuesta de resolución invoca el incumplimiento culpable del contratista de su obligación de ejecutar el contrato dentro del plazo total fijado para la realización del mismo, lo que nos remite al apartado d) artículo 223 del TRLCSP que establece entre las causas de resolución del contrato (“La demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista”).»

Como es sabido, en la contratación administrativa el plazo es un elemento relevante. El Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid ya señaló en sus dictámenes la importancia que tiene el plazo de ejecución en los contratos administrativos, que ha dado lugar a que el Tribunal Supremo los haya calificado como “negocios jurídicos a plazo fijo”, debido al interés público que revisten los plazos (así el Dictamen 532/09 o el Dictamen 14/13, entre otros muchos, en doctrina que ha acogido esta Comisión Jurídica Asesora, así nuestro Dictamen 310/17). Muestra de la relevancia que tiene el plazo en la contratación administrativa es que el artículo 212.2 del TRLCSP establece que “El contratista está obligado a cumplir el contrato dentro del plazo total fijado para la realización del mismo, así como de los plazos parciales señalados para su ejecución sucesiva”; la constitución en mora del

contratista no requiera intimación previa de la Administración (art. 212.3 TRLCSP) y el incumplimiento de los plazos contractuales faculta a la Administración para imponer penalidades al contratista o para resolver el contrato (art. 212.4 TRLCSP). De esta manera, el art. 223.d) TRLCSP tipifica como causa de resolución la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista.

Así las cosas, conviene analizar el iter que ha seguido la ejecución del contrato que nos ocupa con el objeto de dilucidar si concurre la causa de resolución contractual que invoca la Administración.

Conforme a lo previsto en el PCAP, el contrato de obras tenía un plazo de ejecución de seis meses contado desde el día siguiente a la fecha del acta de comprobación del replanteo. Consta en el expediente que la mencionada acta se firmó el 12 de febrero de 2018 con la conformidad de la empresa contratista, lo que a tenor de lo establecido en el artículo 139 del RGLCAP así como del artículo 140 del mismo reglamento, implica reconocer “la viabilidad del proyecto” así como también “de los documentos contractuales del proyecto, con especial y expresa referencia a las características geométricas de la obra, a la autorización para la ocupación de los terrenos necesarios y a cualquier punto que pueda afectar al cumplimiento del contrato”.

Resulta del expediente que en el mes de abril de 2018 se planteó por parte del Área de Coordinación General de Cultura, Deportes y Turismo la adaptación del proyecto con el objeto de poder implantar una actividad cultural y educativa por parte del Circo Price. Según se refleja en el procedimiento, durante el estudio de las posibles soluciones técnicas se produjo una ralentización de las obras para evitar que la ejecución de determinadas unidades pudiera entrar en contradicción con las nuevas soluciones a adoptar. El retraso en la ejecución de las obras no se consideró en ese momento imputable a la empresa contratista por lo que por Decreto de 18 de julio de 2018 se le

concedió una ampliación del plazo de ejecución de 3 meses y medio, estableciéndose el 30 de noviembre de 2018 como fecha de finalización del plazo de ejecución.

Consta en el expediente que el 23 de julio de 2018 la empresa contratista, alegando que se había dictado una orden de paralización de las obras por parte de la dirección facultativa, solicitó la suspensión temporal de las obras y el inicio de un expediente de modificación del contrato. Dicho escrito recibió contestación por parte de la dirección facultativa que adujo que no se había producido tal orden de paralización, aunque sí se había impuesto una ralentización en los trabajos, que al no ser imputable a la empresa contratista motivó una ampliación en el plazo de ejecución. La dirección facultativa informó que las obras debían continuar de forma inmediata según el proyecto original, por ello el 31 de julio de 2018 se instó a la empresa contratista para que cumpliera el contrato en los términos inicialmente pactados, según el proyecto original, dentro del nuevo plazo concedido hasta el 30 de noviembre de 2018.

Según resulta del expediente, la empresa contratista lejos de ejecutar los trabajos en los términos pactados, el 14 de agosto de 2018 presentó un nuevo escrito reiterando su solicitud de modificación del proyecto y la suspensión temporal de las obras, pero esta vez aduciendo deficiencias en el proyecto. Dicho escrito recibió cumplida contestación de la Administración que de nuevo instó a la empresa contratista a cumplir el contrato en el plazo fijado de 30 de noviembre de 2018.

En el mes de noviembre de 2018 la empresa contratista solicitó una ampliación del plazo de ejecución alegando diferentes motivos entre los cuales solo se consideró no imputables a la adjudicataria los relativos al bloqueo del acceso principal a la obra por la celebración de las fiestas locales, por lo que se instó a la empresa contratista a

presentar un nuevo programa de trabajo ampliando en 21 días el plazo de ejecución. Sin embargo, la adjudicataria manifestó su imposibilidad de concluir los trabajos antes del 22 de febrero de 2019. Este plazo no fue aceptado por la Administración que instó a la empresa contratista a cumplir el contrato en el plazo fijado de 30 de noviembre de 2018.

Según los informes técnicos que obran en el expediente, en la citada fecha de finalización del plazo de ejecución, la empresa solo había ejecutado un 19,35%. En el Acta de comprobación material que se extendió en la referida fecha se hizo constar que “la obra no está finalizada ni está en condiciones de finalizarse de manera inminente”. También la dirección facultativa en su informe de 5 de diciembre de 2018 señaló en sus conclusiones “es inviable la finalización de los trabajos en el plazo nuevamente solicitado, dado que a falta de cerrar la certificación correspondiente al mes de noviembre no se estima que se alcance ni el 20% y es materialmente imposible la ejecución del 80% de la restante obra en los 2 meses y medio nuevamente solicitados. Esta Dirección Facultativa considera que la falta de personal y de la gestión de los trabajos ha marcado un ritmo de obra claramente insuficiente para la conclusión de los trabajos”.

Así las cosas resulta que el contrato, teniendo un plazo de ejecución de 6 meses ampliado en tres meses y medio al haberse ralentizado el ritmo de los trabajos por causa no imputable a la empresa contratista , debía haber finalizado el 30 de noviembre de 2018 y sin embargo, en esa fecha estaba ejecutado tan solo en un 19,35%, estimándose inviable su finalización incluso en el nuevo plazo solicitado por la empresa contratista, que ha manifestado durante todo el plazo de ejecución una actitud reticente al cumplimiento, aduciendo diferentes motivos todos ellos carentes de justificación, según se constata en el expediente.

En definitiva, por todo lo expuesto, entendemos que procede la resolución contractual por incumplimiento de la empresa contratista de su obligación de ejecutar el contrato en plazo, al amparo de lo establecido en el artículo 223, d) del TRLCSP (“la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista”), incumplimiento que ha de calificarse como culpable, al apreciarse en la empresa contratista una voluntad contraria al cumplimiento del contrato en los términos pactados.

CUARTA.- *Una vez apreciada la concurrencia de causa para la resolución del contrato, procede determinar los efectos de la misma.*

A los efectos de la resolución el artículo 225.3 del TRLCSP, establece lo siguiente:

“Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, este deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados. La indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada”.

Como hemos recogido en anteriores dictámenes de esta Comisión Jurídica Asesora, siguiendo la doctrina mayoritaria del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, del precepto transcrito no puede inferirse la incautación de la garantía como un efecto automático inherente a la resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista. En este punto cabe recordar que el artículo 114.4 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas y posteriormente el artículo 113.4 del Texto Refundido, aprobado por Real Decreto legislativo, 2/2000, de 16 de junio, determinaban, para los casos de resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista, la incautación automática de la garantía debiendo además indemnizarse los daños y perjuicios

producidos a la Administración en lo que excedieran de su importe. En base a dicha regulación se venía admitiendo una doble naturaleza de la garantía, por una parte, como una especie de pena convencional que se aplicaba automáticamente con independencia de los daños y perjuicios causados a la Administración, y de otra, como indemnización de los daños y perjuicios causados, lo que exigía una cuantificación de los perjuicios causados de manera que si el cálculo era superior a la garantía incautada, la Administración reclamaba al contratista el importe que excediera de la garantía constituida. Frente a ese automatismo en la incautación de la garantía, la jurisprudencia y el Consejo de Estado, fueron modulando su aplicación e incluso excluyéndola en determinados casos a la vista, por ejemplo, del comportamiento de las partes en la vida contractual.

En la actualidad el artículo 225.3 del TRLCSP (al igual que su precedente inmediato el artículo 208.4 de la LCSP), no contempla referencia alguna a la incautación automática de la garantía, sino que circunscribe las consecuencias de la resolución contractual por incumplimiento culpable de la contratista a la obligación de indemnización de los daños y perjuicios ocasionados, de manera que si el importe de la fianza es superior al de los daños y perjuicios cuantificados, la incautación debe ser parcial, procediendo la devolución de la garantía en la suma restante.

En este caso en el acuerdo de inicio del procedimiento de resolución contractual se estableció que durante la tramitación del procedimiento se determinarían los daños y perjuicios causados a la Administración. Así obran en el expediente distintos informes de la Dirección General de Intervención en el Paisaje Urbano y el Patrimonio Cultural (24 de enero de 2019; 18 de febrero de 2019 y 18 de marzo de 2019) en los que se ha calculado el importe de los daños y perjuicios causados a la Administración que se han estimado en 30.051 euros. De dichos

informes se ha dado traslado a la empresa contratista y a la empresa aseguradora que han podido manifestar lo que han tenido por conveniente en defensa de sus intereses.

El artículo 225.4 del TRLCSP establece que “en todo caso el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que, en su caso, hubiese sido constituida”. En este caso, determinados los daños y perjuicios causados, la propuesta de resolución, en base al precepto transcrito, se pronuncia sobre la incautación de la garantía que cubrirá una parte de los daños y perjuicios causados dado su importe, 15.342,11 euros.

Por lo expuesto, procede que se acuerde la resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista con incautación de la garantía definitiva, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada, conforme a lo establecido en el artículo 225.3 del TRLCSP».

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

CONCLUSIÓN

Procede la resolución del contrato de obras por incumplimiento del contrato imputable a la empresa contratista, con los efectos previstos en el cuerpo de este dictamen.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de

quince días, a esta Comisión Jurídica Asesora de conformidad con lo establecido en el artículo 22.5 del ROFCJA.

Madrid, a 13 de abril de 2023

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 174/23

Excmo. Sr. Alcalde de Madrid

C/ Montalbán, 1 – 28014 Madrid