

Dictamen n.º: **599/23**
Consulta: **Consejera de Sanidad**
Asunto: **Contratación Pública**
Aprobación: **07.11.23**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 7 de noviembre de 2023, emitido ante la consulta formulada por la consejera de Sanidad, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en relación con el expediente sobre resolución del contrato de obras de nuevo edificio y refuerzo de estructura del edificio principal del Hospital Universitario de Móstoles (Expte.: A/OBR-002854/2021).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 26 de octubre de 2023 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid una solicitud de dictamen referida al expediente aludido en el encabezamiento.

A dicho expediente se le asignó el número 601/23, 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 de la Comunidad de Madrid, 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. Carmen Cabañas Poveda, siendo deliberada y aprobada por el Pleno de la Comisión Jurídica Asesora, en sesión celebrada el día 7 de noviembre de 2023.

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

Mediante Resolución 449/2021, de 22 de octubre, del viceconsejero de Asistencia Sanitaria y Salud Pública y director general del Servicio Madrileño de Salud, previa aprobación del Consejo de Gobierno el 20 de octubre de 2021, se adjudicó el contrato denominado “Contrato de Obras de nuevo edificio y refuerzo de estructura del edificio principal del Hospital Universitario de Móstoles” (Expte.: A/OBR-002854/2021), a la UTE BARROSO NAVA Y CÍA, S.A-COMSA, S.A.U., por importe de 20.571.977,85 €, IVA incluido.

Con fecha 16 de noviembre de 2021, se firmó el contrato de ejecución de la obra por el viceconsejero de Asistencia Sanitaria y Salud Pública y por la UTE contratista.

En la cláusula tercera del contrato la empresa se compromete a llevar a cabo la ejecución del contrato con estricta sujeción a lo establecido en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y el proyecto, documentación en que se determina y detalla el objeto del contrato y la oferta presentada por la empresa.

En la cláusula sexta del contrato se recoge como plazo total de ejecución de los trabajos, el de 25 meses a contar desde el acta de comprobación de replanteo y la autorización del inicio de la obra, de acuerdo con el apartado 18 de la cláusula 1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

En caso de incumplimiento del plazo total, la Administración podrá optar indistintamente por la resolución del contrato o por la imposición de las penalidades previstas en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares. En su defecto se aplicarán las reglas del artículo 192 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 (LCSP/17).

En la cláusula novena del contrato se recoge que para la resolución del contrato se estará a lo dispuesto en los artículos 211 y 306 de la Ley de Contratos del Sector Público y a los pliegos reguladores del contrato.

El proyecto de la obra a ejecutar fue previamente redactado por la UTE EACSN-ESPLANARQ INT, que ejerce también la dirección facultativa en la ejecución del contrato de obras, en virtud de otro contrato previo, firmado el 13 de agosto de 2019, tras haber resultado adjudicataria del correspondiente concurso público. El proyecto forma parte de los Pliego de Prescripciones Técnicas del contrato de ejecución de la obra (PPT), puesto que acaba de perfilar el contenido y alcance del contrato de ejecución de obras.

De conformidad con la cláusula 1.1 del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) que rige el contrato de obras, su objeto consiste en la ejecución de las *“Obras de nuevo edificio y refuerzo de estructura del edificio principal del Hospital Universitario de Móstoles”*.

Además, la cláusula 35 del PCAP del contrato de obras establece lo siguiente: *“Son de cuenta del contratista los gastos e impuestos, los de formalización del contrato en el supuesto de elevación a escritura pública, así como de cuantas licencias, autorizaciones y permisos procedan, en especial la tasa por prestación de servicios urbanísticos, por el concepto de*

licencia de obras y otros, además de cuantos visados sean preceptivos para la entrega debidamente legalizada de las instalaciones”.

El detalle del contenido de la obra a ejecutar, se contiene en el proyecto de la obra y comprende dos actuaciones:

“1.- La sustitución del edificio actual destinado a aparcamiento e instalaciones generales sobre los linderos sudoeste (C/ Doctor Luis Montes) y sudeste (C/ Río Ebro), por otro edificio con capacidad para albergar las áreas hospitalarias, de servicios e instalaciones de carácter asistencial, establecidas en el Plan de Espacios desarrollado por el Hospital Universitario de Móstoles, así como las áreas de aparcamiento establecidas en la normativa urbanística vigente y que no cuentan con otro espacio apto en el interior de la parcela hospitalaria.

2.- El refuerzo de la estructura de las áreas que se liberen en la planta semisótano del actual edificio asistencial, una vez se encuentre en servicio asistencial la ampliación anteriormente descrita”.

Por su parte, el proyecto constructivo de la primera actuación describe su ejecución en dos fases, previendo que resulta necesario mantener en funcionamiento la central eléctrica que da servicio al hospital, situada en el edificio destinado a aparcamiento, para permitirle prestar sus servicios asistenciales durante el desarrollo de las obras. Esa situación también condicionaba la organización de las demoliciones del edificio en el que se emplazaba el aparcamiento y la central eléctrica, sobre el que se construiría el nuevo edificio, tal como se recoge en la página 17 de la Memoria Descriptiva del Proyecto Constructivo.

La referida central eléctrica aparece recogida en referido proyecto, estando perfectamente definida para ser situada en la planta semisótano del nuevo edificio a construir, en el espacio del edificio actual que alberga la zona destinada a aparcamiento del hospital, que debía demolerse. El

punto 2.6.3 de la Memoria Constructiva, titulado “*Electricidad*”, describe todos los parámetros a tener en cuenta en la construcción de la central eléctrica, así como los elementos que deben integrarla y, el Tomo 5 IV-V (Mediciones y Presupuesto), detalla exhaustivamente todos los componentes y trabajos a realizar para la construcción de la nueva central eléctrica y su coste, que sólo para su Fase I se cifra en 733.178,93 €.

El Acta de Comprobación del Replanteo se firmó el día 30 de noviembre de 2021, con las siguientes reservas por parte de la contratista:

- *“La circunstancia de no estar tramitada ni la licencia de obra, ni la declaración responsable adecuada que permitiría la realización de las demoliciones.*
- *La existencia de un centro de seccionamiento así los conductores que lo unen con el centro de transformación actual, dentro de edificio a demoler y perteneciente a la compañía Iberdrola, que supedita la ejecución de las demoliciones a una nueva ubicación y traslado del mismo, acorde a las directrices de dicha compañía.*
- *La existencia de las obras en ejecución de un nuevo aljibe y centro de bombeo de agua, anexo a la obra a realizar y sin finalizar. Esto supone su vez, la necesidad del mantenimiento del centro de bombeo actual, ubicado en la planta semisótano del edificio actual a demoler.*
- *La existencia de un tabique medianero con el edificio de instalaciones, afectado por la demolición del edificio actual y del que se soportan ciertas instalaciones.*

La importancia cuantitativa y cualitativa de las partidas de obra afectadas por las precedentes observaciones, hacen que la obra que

se puede realizar a la firma de esta acta se circunscriba a la ejecución de las caracterizaciones de suelos, cimentaciones y muros existentes, quedando el resto de actuaciones condicionadas a la obtención de la Declaración Responsable para las demoliciones, así como de obtención de la Licencia de obra”.

El día 1 de diciembre de 2021, que fue la fecha fijada por las partes para el inicio del contrato, se firmaron y entregaron al representante de la UTE contratista dos autorizaciones conferidas por el director gerente del hospital, para que pudiera realizar cuantas gestiones se estimaren necesarias con el fin de obtener los permisos, autorizaciones y licencias oportunas, tanto en instalaciones, como ante el Ayuntamiento de Móstoles, contando con el apoyo del hospital y de la dirección facultativa de la obra en las cuestiones técnicas.

El 15 de diciembre de 2021, se produjo una reunión entre el ayuntamiento, la Dirección Facultativa de la obra, la contratista y el hospital, en la que la autoridad municipal indicó los pasos a seguir para la obtención de las licencias, en el menor tiempo posible. A saber:

1ª Solicitud de licencia menor para los anclajes (necesarios para demoliciones) y ensayos.

2ª Solicitud-declaración responsable para las demoliciones del edificio, una vez aprobadas las licencias menores.

3ª Solicitud de la licencia obra, para el resto de las actuaciones, a cursar juntamente a la solicitud de la declaración responsable.

El día 29 de diciembre de 2021, haciendo uso de la autorización concedida por el Hospital Universitario de Móstoles, la contratista presentó en su nombre en el registro municipal, la solicitud de licencia menor de obra, para llevar a efecto el sondeo y penetrómetro y una segunda para ejecutar anclajes metálicos. El ayuntamiento solicitó la

acreditación a la empresa de esa encomienda, que se presentó ante su registro en la primera semana del mes de febrero y se dio el visto bueno a ambas solicitudes el 14 de febrero de 2022.

El día 25 de marzo de 2022, actuando en nombre y representación del hospital, se presentó por la contratista en el registro del ayuntamiento la declaración responsable para las demoliciones.

Fue requerida por la autoridad municipal la aportación adicional de cierta documentación el día 27 de abril. En su virtud, el día siguiente se presentó por parte del hospital el informe de dotación de plazas de aparcamiento y en los primeros días del mes de mayo, se incorporó el estudio de movilidad y se comunicó al ayuntamiento que la actividad de construcción de un nuevo edificio en el hospital no precisaba de estudio medioambiental, al no estar recogida tal actividad en el Anexo I, ni en el Anexo II, de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de Evaluación Ambiental.

Entre tanto, el 4 de abril, la contratista presentó ante el ayuntamiento la declaración responsable para la construcción de un centro de transformación eléctrica, con el correspondiente pago de las tasas y del impuesto de construcciones, instalaciones u obras (ICIO). La presentación realizada ante el ayuntamiento por la empresa evaluaba las obras a acometer para esta actuación en 99.614 €, abonando las tasas correspondientes a esa base imponible: 3.984,56 €.

El 22 de abril de 2022 la contratista presentó la solicitud de la licencia de obra para las actuaciones principales (licencia de las obras “Nuevo edificio y refuerzo de estructura del edificio principal del Hospital Universitario de Móstoles”) y cumplimentó el REGAGE22e00014425268 (parte n.º 1 de la documentación presentada para la obtención de la licencia de las obras del nuevo edificio y refuerzo de estructura del edificio principal del Hospital Universitario de Móstoles sito en c/Dr. Luis Montes N.º 1), pero no se abonaron las tasas.

Recibida comunicación en el hospital sobre la presentación de la solicitud, sin indicación suficiente de a qué se refería, el día 25 de abril se solicitó aclaración al efecto del contratista.

El 27 de abril de 2022, la contratista presentó en el hospital un escrito solicitando la suspensión temporal total de las obras, desde el día de la firma del Acta de Replanteo, fecha en que se pusieron de manifiesto las circunstancias obstativas antes indicadas que, en opinión de la contratista determinaban la paralización de los trabajos y estaban provocándole unos sobrecostos por causas totalmente ajenas a su responsabilidad y que deberían serles debidamente compensados conforme a los parámetros contemplados en el artículo 208 de la LCSP/17.

El órgano de contratación interesó a la dirección facultativa del contrato, el análisis de la solicitud de suspensión de las obras solicitada por la constructora.

El día 28 de abril de 2022, la contratista envió al ayuntamiento cierta documentación requerida en el expediente de tramitación de la licencia de las obras, aún sin haber abonado las tasas, ni impuesto alguno.

También el 28 de abril se recibió la declaración de conformidad y otro requerimiento de documentación del ayuntamiento, en cuanto a la declaración responsable de demolición presentada el 25 de marzo.

El informe emitido por la dirección facultativa del contrato sobre la propuesta de suspensión, de fecha 6 de mayo de 2022, no resultó favorable a la solicitud de la contratista. En el mismo se relataba que desde el inicio de las obras se habían venido manteniendo reuniones de coordinación con una periodicidad semanal, en el seno de la Comisión de Obras, de la cual formaban parte la Dirección de Gestión, y los servicios técnicos del Hospital Universitario de Móstoles, los técnicos de la

dirección facultativa y la propia UTE constructora. Que la UTE constructora propuso que la nueva central eléctrica fuera ejecutada en el patio del hospital, al exterior del nuevo edificio, en lugar de integrarla en él a través de una primera fase, como estaba proyectada, lo que supondría ejecutar toda la demolición y la construcción del edificio en una única fase posterior y que esa solución, con la opinión técnica inicialmente favorable de la dirección facultativa fue trasladada al órgano de contratación, considerándose igualmente viable por éste. También se precisaba que la constructora y la dirección facultativa habían venido desarrollando la documentación técnica y las gestiones administrativas necesarias para iniciar la obra de la central, entre ellas la gestiones de las condiciones técnico administrativas de suministro y conexión a la red establecidas por Iberdrola y que, igualmente se habían coordinado las actuaciones constructivas en el ámbito del patio, con la empresa encargada de la ejecución de la nueva central hidráulica, al existir un solapamiento entre algunas conducciones de agua y electricidad.

También se indicaba que ninguna de las demás circunstancias aducidas por la contratista le impedía realmente comenzar la ejecución del contrato, a reserva de irse solventando en adelante.

Finalmente, la dirección facultativa en su informe, hacía notar que el artículo 208 de la LCSP/17 no es de aplicación en este supuesto, pues no cumple con la única causa por la cual el contratista puede solicitar la suspensión del contrato recogida en el artículo 198.5: *“Si la demora en el pago fuese superior a cuatro meses, el contratista podrá proceder, en su caso, a la suspensión del cumplimiento del contrato, debiendo comunicar a la Administración, con un mes de antelación, tal circunstancia, a efectos del reconocimiento de los derechos que puedan derivarse de dicha suspensión, en los términos establecidos en esta Ley”*. Por tanto, salvo en el caso indicado en el artículo 198.5, no resulta posible que la suspensión se acuerde a instancia del contratista.

Con sustento en dicho informe, se dictó el 24 de mayo de 2022 la Resolución 435/2022 del viceconsejero de Asistencia Sanitaria y Salud Pública del SERMAS denegando la suspensión, por considerar que la paralización por parte del Ayuntamiento de Móstoles de la declaración responsable de la demolición del edificio del aparcamiento existente solicitada, no conllevaba la paralización total de la obra, totalmente, ya que no era óbice para que otras solicitudes presentadas, como la de construcción de la “central eléctrica”, pudieran llevarse a cabo.

Además, destacaba que, los impedimentos reflejados en el acta de replanteo antes del inicio de la obra, se habían ido subsanando y solventando paulatinamente, incluso proponiendo nuevas soluciones por parte de la empresa constructora para optimizar las fases de obras, por ejemplo, mediante la nueva ubicación de la “central eléctrica” en el patio del hospital. También que, la restructuración de la obra en dos fases, que ya había sido aceptada, permitía que las otras alegaciones de la contratista pudieran ser resueltas más adelante y que no existieran circunstancias de carácter técnico que impidieran el inicio de las obras.

El informe concluía que “no se ven razones claras y contundentes para poder solicitar la SUSPENSIÓN TEMPORAL TOTAL de las obras” y que no procedía, por tanto, atender a la solicitud presentada.

El mismo día 24 de mayo la Dirección Facultativa requería a la contratista que comenzara a desarrollar la ejecución de la obra, al considerar que no existían obstáculos para que se diera comienzo a la construcción de la central eléctrica proyectada, aun cambiando el emplazamiento de esa unidad de obra, conforme interesaba la UTE contratista y la instaba a que procediera al inicio de su construcción. Se reproduce a continuación parte de este escrito:

“En reunión celebrada en la oficina de la UTE ... el 3 de diciembre de 2021, y por escrito en correo electrónico de 20 de diciembre, la UTE

constructora propuso que la nueva central eléctrica fuera ejecutada en primer término, en el patio del hospital, al exterior del nuevo edificio, en lugar de integrarla en él a través de una primera fase, tal y como estaba proyectada inicialmente, lo que supone ejecutar toda la demolición y la construcción del nuevo edificio en una única fase posterior.

Las ventajas de esta solución son varias:

- Se simplifica la ejecución de la obra, al permitir la continuidad y homogeneidad de los tajos y un mayor desahogo en los plazos.*
- No tiene consecuencias económicas significativas, ya que se trata de unidades de obra previstas en el proyecto (en capítulo específico y otras partidas), que simplemente cambian de ubicación.*
- Puede iniciarse esta actuación mediante la presentación ante el ayuntamiento de una declaración responsable, de manera independiente, adelantando ésta obra a la consecución de la Licencia de Obras general.*
- [...] En correo electrónico de la Dirección Facultativa remitido al Hospital Universitario de Móstoles (HUM) el 27 de abril, se indica que la nueva central eléctrica está completamente definida constructivamente, no existiendo circunstancias de carácter técnico que impidan el inicio de las obras, lo cual, según ha manifestado la UTE Constructora en las reuniones, iba a producirse de manera inmediata, con un plazo de al menos tres meses para su ejecución, y durante el cual podrían ser resueltas las observaciones realizadas por el ayuntamiento a la declaración responsable de las obras de demolición.*

La UTE constructora ha venido posponiendo el inicio de las obras sin explicación alguna, hasta que en la reunión mantenida con la DF el pasado 19 de mayo, se solicita como condición para el inicio de las obras, que por parte del HUM se aporte un documento de aprobación de las obras de la central eléctrica”.

También con fecha 24 de mayo de 2022 y con el fin de agilizar las gestiones burocráticas con la administración municipal, en aplicación de lo establecido en el artículo 142.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, el viceconsejero de Asistencia Sanitaria y Salud Pública y director general del Servicio Madrileño de Salud dictó la Resolución 436/2022 de 24 de mayo de 2022, por la que se comunicó al Ayuntamiento de Móstoles la declaración de interés general y urgente de la obra, a efectos de licencia urbanística, según lo dispuesto en el artículo 163 de la vigente Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid.

Con dicha declaración se hizo saber al ayuntamiento que era de interés general y urgente para el hospital el inicio de las obras de demolición y construcción del nuevo edificio, desde el día 1 de agosto de 2022 y que podrán sucederse y simultanearse las obras de ejecución de la parte correspondiente al “*Centro de Transformación*”, a iniciar ese mes de mayo, con los preparativos de la demolición que se iniciarían en el mes de agosto.

El 27 de mayo de 2022, con el visto bueno de la dirección facultativa, se notificó a la UTE la decisión favorable a la solución constructiva del emplazamiento de la central eléctrica o “*Centro de Transformación*” en el patio del hospital, que había solicitado la contratista en cierta reunión mantenida con la Dirección Facultativa el 19 de mayo y se le comunicó también la Resolución del viceconsejero de Asistencia Sanitaria y Salud Pública 436/2022 de 24 de mayo de 2022, por la que se declaraba la obra

de interés general en virtud de lo establecido en el artículo 163 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid.

El 3 de junio de 2022, sin haberse aún iniciado las obras, se recibió escrito de la UTE constructora solicitando aclaraciones, al considerar que la propuesta de construir la central eléctrica en el patio del hospital, no estaba completamente definida desde el punto de vista constructivo y que precisaba de la necesidad de dotarla de “cobertura jurídica”, mediante la formulación de una modificación contractual que la detallara. En ese escrito se indicaba:

“1. A día de hoy la propuesta mencionada no está completamente definida constructivamente, ya que se está desarrollando y calculando con el fin de realizar su presentación completa, tanto técnica, económica y plazo de ejecución a la Dirección Facultativa y al Hospital para que procedan a su validación previa a la ejecución de los trabajos. Y es que, en cuanto que la DF propone que el contrato se ejecute “en forma distinta a la pactada”, tal y como dispone el artículo 203 LCSP, es necesario dotar de cobertura jurídica a esta modificación del contrato, para lo que es estrictamente necesaria la tramitación de un Proyecto Modificado acorde a lo estipulado en los artículos 203 y ss. de la Ley 9/2017 de 8 de noviembre de contratos del Sector Público (LCSP).

2. En cualquier caso, esta propuesta se presentará en 10 días, por si consideran de interés incorporarla a la propuesta técnica de proyecto modificado n.º 1.

3. A día de hoy, la zona de actuación en la que se ubicará la Central Eléctrica incluida en la propuesta a presentar, se encuentra afectada por los trabajos de ejecución de la Nueva Central Hidráulica. (Anexo n.º 1 Ver fotos). Es necesario que la zona de obra esté liberada de cualquier afección ya que no se ha contemplado esta situación en

nuestra propuesta ni económica ni temporalmente. Igualmente, y con el fin de corroborar la propuesta de esta UTE y evitar posibles eventualidades se debe tener la certeza fehaciente que la Nueva Central Hidráulica, sobre la que se ejecutará parte de la Central Eléctrica soporta las cargas y tránsito necesario para la ejecución de esta última.

4. La Declaración responsable presentada en el ayuntamiento (Anexo n.º 2) no contempla la totalidad de los trabajos a realizar acorde a la propuesta a presentar.

Las consecuencias que esta situación pudiera tener de cara a inspecciones municipales sobre el cumplimiento de la Declaración responsable deben considerarse ajenas a esta UTE.”

El día 10 de junio de 2022 se notificó a la contratista la respuesta del gerente del hospital a las aclaraciones solicitadas, insistiendo en que la solución constructiva de la central eléctrica no precisaba de mayor concreción, señalando: *“Esta solución fue preparada y propuesta por ustedes ante la Dirección Facultativa ya en diciembre de 2021, que analizó sus ventajas, la aceptó y la desarrolló técnicamente junto a Vds. hasta solicitar a la propiedad la aprobación finalmente obtenida.*

Resulta incoherente alegar indefinición a posteriori cuando la propuesta tiene este nivel de desarrollo y se hizo por su iniciativa. Su indicación induce a pensar que fuera una falsa propuesta sin interés real en su desarrollo. ¿Cuál habría sido entonces el motivo de su presentación?, ¿Por qué han seguido trabajando en solucionarla?

Todos los correos emitidos por cada una de las partes (Dirección Facultativa, UTE constructora y Servicio Técnico del HUM) permiten a asegurar lo contrario: que la solución es viable, que se ha trabajado en consenso y que su ejecución en este modo aporta ganancias considerables en tiempo y riesgos. [...]

El órgano de contratación ha estimado incluidas dentro del expediente inicial las unidades de obra que comprenden esta nueva solución, pues no suponen alteración alguna en la finalidad de la obra ni varían en absoluto las unidades a realizar, tan solo podrían alteran en exceso sus mediciones. No procediendo por tanto realizar ningún proyecto modificado. [...]

Las certificaciones periódicas que se realizarán incluirán los debidos incrementos (si los hubiere), y se recogerán en la certificación final de obra. En el caso de que el exceso de mediciones superara el 10 % o el 3 % en nuevos precios, sí estaríamos obligados a realizar el Modificado”.

El 4 de julio, habiendo ignorado hasta entonces las reiteradas órdenes de inicio de la obra, se presentó por la UTE contratista recurso de reposición frente a las aclaraciones efectuadas por el gerente del hospital, insistiendo en la necesidad de tramitar preceptivamente una modificación del contrato para iniciar las obras.

El recurso de reposición sobre las aclaraciones del gerente fue inadmitido el 19 de julio de 2022, al considerar que las mencionadas aclaraciones, no constituían un acto recurrible.

El 24 de junio de 2022 se presentó por la UTE contratista otro recurso de reposición, esta vez frente a la Resolución 435/2022 dictada por el viceconsejero, denegando la solicitud de suspensión de las obras, que la contratista había interesado el 27 de abril de 2022.

El informe-propuesta de 27 de julio de 2022 elaborado por los servicios técnicos del Hospital Universitario de Móstoles, respecto del recurso últimamente mencionado, repasa la secuencia de las actuaciones producidas desde la aprobación del replanteo, destacando la errática actuación de la constructora que, pese a admitir la encomienda efectuada para tramitar las solicitudes de las licencias y permisos necesarios posteriormente negaba que tales gestiones estuvieran entre sus

obligaciones; indicando que la contratista había efectivamente realizado trabajos durante los primeros meses del contrato, tales como la caracterización del muro de contención del edificio a demoler y un estudio geotécnico que finalizó en febrero de 2022 (actuaciones ambas amparadas en licencia de obra menor) y también había iniciado el desmontaje de las instalaciones en la cubierta del edificio a demoler, como las antiguas torres de refrigeración, en ambos casos sin emitir certificación alguna y que no había fundamento alguno en lo argumentado hasta ahora para pretender la suspensión o la modificación del contrato y se incidía en que, se habían causado perjuicios en la gestión de los servicios hospitalarios, explicando que, tras evidenciar que la obra principal no comenzaba, se había decidido habilitar nuevamente el patio del hospital para canalizar el suministro de mercancías y, no obstante, la contratista había utilizado esa situación torticeramente en el recurso de reposición, alegando que los terrenos no estaban a su disposición para poder ejecutar la obra.

También se indicaba que, las obras de la central hidráulica estaban terminadas ya desde el 4 de febrero de 2022 tal como se recoge en el acta de recepción de las mismas, pese a lo cual la constructora en su recurso de reposición contra la resolución 435/2022 alegaba lo siguiente: *“por tanto ésta es una más de las causas que, aislada o conjuntamente con las demás, nos llevan a una conclusión irrefutable: las obras objeto del Contrato original han estado suspendidas por causas no imputables al contratista, desde su inicio y lo estarán hasta que se remuevan todos los impedimentos técnicos y jurídicos que impiden su ejecución”*.

Con fecha 14 de junio la contratista presentó un escrito sobre *“la valoración definitiva”* de las actuaciones que habrían de llevarse a cabo para construir la central eléctrica en el patio del hospital, introduciendo mediciones que no habían sido previamente corroboradas, ni con la dirección facultativa, ni con el órgano de contratación.

Revisado el escrito por la dirección facultativa en los primeros días desde su recepción, se comprobó que en esos cálculos existía duplicidad de partidas, con algunas ya contempladas en el proyecto y determinación de precios muy superiores a los establecidos en la adjudicación e incluso, por encima del precio de mercado. Así, por ejemplo, la valoración económica que realizó la contratista sobre esta obra, a efectos del pago de tasas y del ICIO en el momento de presentar la correspondiente declaración responsable ante el ayuntamiento para su construcción el día 4 de abril de 2022, ascendía a 99.614,00 €, (carpeta 04), cantidad que difiere en mucho a la presentada el 14 de junio de 2022, con un presupuesto de ejecución material de 1.745.038,46 €, además de los gastos generales, el beneficio industrial y el IVA, por importe de 2.311.66,41 €.

El 3 de agosto se dictó la Resolución 2/2022 por el viceconsejero de Gestión Económica del SERMAS, desestimando el recurso de reposición interpuesto por la UTE contra la Resolución del viceconsejero 435/2022, por las mismas razones expuestas en las resoluciones anteriores.

El 29 de julio de 2022 se presentó por la constructora solicitud de resolución de contrato por la causa recogida en el artículo 245 b) de la LCSP (“*b) La suspensión de la iniciación de las obras por plazo superior a cuatro meses*”). La Resolución del viceconsejero de Gestión Económica dictada el 27 de septiembre la inadmitió.

El 23 de agosto tuvo lugar una audiencia con el director general de Infraestructuras, para examinar la valoración económica presentada por la constructora respecto a la propuesta de la construcción de la central eléctrica, para clarificar si realmente habría que considerar la necesidad de tramitar una modificación de contrato y con el fin de desbloquear la situación existente hasta el momento, reunión que finalizó sin acuerdo entre las partes. El 29 de agosto se presentó la “*no conformidad*” respecto del acta de la reunión, por parte de la UTE contratista.

El día 30 de septiembre de 2022 la constructora interpuso recurso contencioso administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, frente a la Resolución del viceconsejero de Gestión Económica dictada el 27 de septiembre.

Por su parte, el 28 de septiembre de 2022 se presentó en la Viceconsejería de Gestión Económica de la Consejería de Sanidad, solicitud de la Gerencia del Hospital Universitario de Móstoles de resolución de contrato, por el incumplimiento de la obligación principal del contrato por la UTE contratista, fundamentándose en la causa recogida en el art. 211.1 f) LCSP), dictándose el correspondiente acuerdo de inicio del procedimiento el día 23 de octubre de 2022.

El 25 de octubre se notificó a la contratista y a la Dirección Facultativa el trámite de audiencia para alegaciones, presentando únicamente escrito la contratista, oponiéndose a la resolución de contrato el día 4 de noviembre, por considerar que no le incumbía la gestión y obtención de los permisos y licencias necesarios para la construcción de la obra; que la construcción de la central eléctrica en ubicación distinta de la inicialmente proyectada requiere la tramitación de una modificación del contrato, calificando de *“construcción de un nuevo edificio”* la propuesta que la propia constructora inicialmente presentó como *“solución alternativa que simplificaría la obra”* y que la causa de resolución del contrato debería ser la contenida en el artículo 245 b) de la LCSP, imputable a la administración contratante.

El 12 de enero de 2023 se remitió el expediente a los Servicios Jurídicos de la Consejería de Sanidad y en fecha 23 de enero de 2023 se emitió informe señalando entre otras cuestiones que, por aplicación de la normativa aplicable en ese momento, el plazo en el que debería haberse resuelto el procedimiento de resolución contractual era de 3 meses, por lo que procedía declarar la caducidad del procedimiento.

En fecha 2 de marzo de 2023 se recibió escrito del director gerente del Hospital Universitario de Móstoles solicitando que se dictara resolución expresa de caducidad del procedimiento de resolución, por no aplicación de lo establecido en el apartado 3 del artículo 21 de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

En fecha 31 de marzo de 2023 se dictó la Resolución 196 /2023 por la que se declaró la caducidad del expediente de resolución del contrato.

A propuesta del director gerente del Hospital Universitario de Móstoles, el 12 de mayo de 2023, el viceconsejero de Gestión Económica dictó resolución acordando incoar el actual procedimiento para la resolución del contrato de obras de nuevo edificio y refuerzo de estructura del edificio principal del Hospital Universitario de Móstoles, por incumplimiento de la obligación principal del contrato por causa imputable al contratista, al no haber dado comienzo a la obra de la que había resultado adjudicataria.

En la misma resolución se acordó que la contratista debería indemnizar a la administración, señalando que la indemnización requerida asciende a 1.595.441,69 €, y que dicha cantidad se deberá satisfacer en primer término mediante la incautación de la garantía definitiva (850.081,73 €), solicitando que el resto se le exija a la UTE contratista debiendo ser abonado en metálico (745.359,96 €).

También se disponía dar trámite de audiencia a las partes interesadas para que, en el plazo de diez días, a contar desde la notificación de la presente resolución, alegasen lo que a su derecho conviniera y notificar la resolución a los interesados y notificar esa resolución a los interesados.

Constan efectuadas las notificaciones de la resolución a la UTE contratista de la ejecución de la obra y a la Dirección Facultativa, en ambos casos el día 16 de mayo de 2023.

Previa solicitud de la ampliación del plazo para realizar alegaciones, el día 26 de junio las efectuó la contratista, destacando:

- Que no existe ninguna actitud negligente por parte de la UTE, que ha procedido con buena fe en todo momento, actuando desinteresadamente en las gestiones burocráticas, en representación de la Administración, para tratar así de eliminar los obstáculos jurídicos y materiales que impedían el inicio de las obras objeto del contrato.

- Que la no concesión de la licencia no deriva, según resulta de la documentación obrante en el expediente, de una supuesta falta de pago de la tasa correspondiente (única obligación atribuible al contratista ex. cláusula 35 del PCAP del contrato de obras), como se asevera en la propuesta de resolución; sino del requerimiento de determinada documentación por parte del Ayuntamiento de Móstoles y que esa situación terminó provocando la declaración de interés general y urgente de la obra.

- La improcedencia de la indemnización en concepto de daños y perjuicios propuesta, ya que la tasa pagada a Iberdrola para la ampliación de potencia de línea dirigida al Hospital por crecimiento de estructura, en cuantía de 208.000,00 €, se trata de un gasto necesario para habilitar el servicio eléctrico de la nueva estructura, que es totalmente ajeno a la responsabilidad de la UTE, que aprovecha exclusivamente al promotor de la obra y que, en caso de abonarse, daría lugar al enriquecimiento injusto de la Administración; en relación con los gastos por instalación y traslado de la nueva resonancia magnética y de la nueva sala de intervencionismo, los considera gastos que no se han acreditados y que, la diferencia del

coste entre la adjudicación inicial y la ofertada por el segundo licitador, no se trata, en ningún caso, de un perjuicio real y cierto.

También constan incorporadas alegaciones por la UTE a la que corresponde la dirección facultativa de la obra, favorables a la resolución del contrato de ejecución de la obra, si bien recogidas en un escrito firmado en fecha anterior al trámite de audiencia- el 20 de abril de 2023-, aunque la propuesta de resolución indica que son de fecha 31 de mayo de 2023. En las mismas se analizan detenidamente los pormenores de la obra proyectada inicialmente y su comparación con la solución de la contratista, modificando el emplazamiento de la central eléctrica.

Se explica que la UTE constructora solicitó por correo electrónico del 1 de diciembre de 2021 una reunión que se celebró el 3 de diciembre de 2021 en la oficina de la UTE de dirección facultativa y que, en esa reunión la constructora propuso su realización en el patio del Hospital, adosado al edificio proyectado, que contenga la central eléctrica e incluya el centro de seccionamiento.

De esta manera, se construiría en primer lugar esta nueva central eléctrica completa y, a continuación, una vez puesta en marcha, se podría demoler completamente el edificio existente y construir el nuevo edificio en una sola fase.

Se destaca que la propia constructora manifestó que el traslado de la central eléctrica podría hacerse sin incremento de coste por este concepto y que la propuesta fue desarrollada conjuntamente y bajo la supervisión de la dirección facultativa y los servicios técnicos del hospital y se encuentra definida con el nivel suficiente para ejecutar las obras.

Además, se indica que, en diciembre de 2021 se inició expediente con Iberdrola (compañía eléctrica suministradora del hospital), con objeto de aumentar la potencia en media tensión, pasando de los 1.500 kW

actuales a 3.750 kW, necesario para la nueva dimensión prevista del hospital y que, la compañía Iberdrola envió la correspondiente documentación el 7 de febrero, tal como refleja la UTE en el acta 4 del 10 de febrero de 2022.

De otra parte, se insiste en que la dirección facultativa no considera necesario recabar al órgano de contratación la autorización para iniciar un expediente de modificación del contrato inicial, al cumplirse las condiciones previstas en el art. 242. 4 de la LCSP/17, ya que, en la propuesta planteada no tienen la consideración de modificaciones los conceptos señalados a continuación:

- Para el conjunto de la obra a ejecutar, no se prevé un exceso de mediciones (la variación que durante la correcta ejecución de la obra se produzca exclusivamente en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto) que en global represente un incremento del gasto superior al 10 por ciento del precio del contrato inicial, y que, en todo caso, sería recogido en la certificación final de la obra.

- La inclusión de los precios nuevos recogidos en la correspondiente acta, que han sido fijados contradictoriamente por los procedimientos establecidos en la ley y en sus normas de desarrollo, afectan a unidades de obra que, en su conjunto, suponen un 2,96 por ciento (inferior al 3,00 por ciento) del presupuesto primitivo del proyecto y no suponen un incremento del precio global del contrato, debido a que no será necesario ejecutar otras unidades previstas en el proyecto, cuyo importe supera el 3 % del presupuesto, para compensar los importes que se derivan de los nuevos precios. Dicha compensación de unidades alcanza un -0.41 %, tal como se indica en el cuadro comparativo adjunto, por lo que se disminuye ligeramente el importe global del contrato.

Se suscribió una propuesta de resolución por el viceconsejero de Gestión Económica, de fecha 23 de junio de 2023, que interesa la suspensión del procedimiento por plazo de tres meses, hasta que se pronuncie el órgano consultivo de la Comunidad de Madrid; resolver el contrato de obras de nuevo edificio y refuerzo de estructura del edificio principal del Hospital Universitario de Móstoles según lo establecido en el artículo 211.1, letra f) de la LCSP/17; proceder, de acuerdo a lo establecido en el artículo 213.3 de la LCSP/17, a la incautación de las garantías definitivas constituidas para el cumplimiento de la ejecución del contrato por BARROSO NAVA Y CIA, S.A. realizada mediante aval de Banco Santander S.A, de fecha 30 de septiembre de 2021, con n.º de resguardo 202155004876L, por importe de 425.040,86 € y por COMSA, S.A.U. realizada mediante aval de Banco Santander, S.A, de fecha 30 de septiembre de 2021, por importe de 425.040,87 €; reclamar la indemnización y solicitar el ingreso, por parte de BARROSO NAVA Y COMPAÑÍA, S.A Y COMSA, S.A.U. UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS., en la cuenta del Hospital Universitario de Móstoles, por un importe de 741.252,06 euros, en concepto de indemnización por daños y perjuicios; solicitar al órgano correspondiente de la Comunidad de Madrid... la tramitación del procedimiento para declarar la prohibición para contratar de acuerdo a la causa establecida en el apartado 2.c) del art. 71 de la LCSP/17.

En fecha 3 de julio de 2023 los Servicios Jurídicos de la Consejería de Sanidad informaron la propuesta de resolución contractual considerando que la misma justifica adecuadamente la existencia de la causa de resolución del artículo 211.1 f) de la LCSP, si bien que habría de mejorarse la justificación de la indemnización a abonar a la Administración, dando respuesta concreta y motivada a las alegaciones de contrario efectuadas por la contratista.

Mediante Resolución n.º 71/2023, de 4 de agosto de 2023, del viceconsejero de Sanidad y director general del Servicio Madrileño de Salud, se acordó suspender el plazo para la tramitación del procedimiento de ... hasta que se pronuncie el órgano consultivo de la Comunidad de Madrid emitiendo el preceptivo informe y remitir el expediente a la Comisión Jurídica Asesora, una vez el órgano promotor haya determinado la indemnización a abonar a la Administración, justificándolo adecuadamente, con procedimiento contradictorio con intervención de los interesados, según el informe S.J.C.S.: 197/2023 de los Servicios Jurídicos de la Consejería de Sanidad.

La resolución se notificó a la UTE contratista el 4 de agosto de 2023 y a la dirección facultativa el día 9 de agosto.

Consta una adenda justificativa de la indemnización propuesta, suscrita por el gerente del Hospital Universitario de Móstoles, suscrita el 24 de julio de 2023, acompañada de diversos documentos- documento 16 y 16.1 del expediente-.

Consta una posterior Resolución n.º 179/2023, de 19 de septiembre de 2023, suscrita por el titular de la Viceconsejería de Sanidad y de la Dirección General del Servicio Madrileño de Salud, como órgano de contratación del Servicio Madrileño de Salud, de conformidad con el Decreto 76/2023, de 5 de julio, del Consejo de Gobierno, por el que se establece la estructura orgánica básica de las Consejerías de la Comunidad de Madrid, y en virtud de lo establecido en el artículo 3.4) del Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, aprobado por el Decreto 49/2003, de 3 de abril; acordando notificar la resolución y la adenda justificativa de indemnización por daños a los interesados, concediéndoles un plazo de diez días para alegaciones de conformidad con el artículo 82 de la LPAC y remitir el expediente a la Comisión Jurídica Asesora, una vez concluido el trámite de alegaciones.

La resolución se notificó a la Dirección de Gestión del Hospital Universitario de Móstoles, el día 20 de septiembre (documento 18), a la UTE contratista el 19 y el 29 de septiembre, debiendo subsanarse posteriormente, al no haberse adjuntado la adenda referenciada, constando finalmente remitida el día 3 de octubre de 2023 (documentos 19, 20, 21, 23 y 24).

No consta remitida ninguna otra documentación posterior.

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 la consejera de Sanidad, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 18.3 b) del ROFCJA.

El contratista ha formulado su oposición y por ello, resulta preceptivo el dictamen de esta Comisión ex artículo 191.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se

transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP/17).

SEGUNDA.- El contrato cuya resolución se pretende se adjudicó por Resolución 449/2021, de 22 de octubre, del viceconsejero de Asistencia Sanitaria y Salud Pública y director general del Servicio madrileño de Salud. De esta forma le resulta de aplicación (LCSP/17), y en cuanto no se oponga a lo establecido la misma, rige el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), por el Pliego de Cláusulas Administrativas Generales para la Contratación de Obras del Estado, aprobado por Decreto 3854/1970, de 31 de diciembre, por las Leyes aprobadas por la Asamblea de Madrid y por el Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, aprobado por Decreto 49/2003, de 3 de abril (RGCCPM) y sus normas complementarias.

Supletoriamente, se aplicarán las normas estatales sobre contratos públicos que no tengan carácter básico, las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las de derecho privado.

Además, tratándose de la ejecución de obras cuyo objeto consiste en una edificación, será de aplicación, con carácter supletorio, la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, a excepción de lo dispuesto sobre garantías de suscripción obligatoria.

La misma LCSP/17, resultará aplicable en materia de procedimiento lo que supone la aplicación en particular de sus artículos 191 y 212. Además, ante la falta de desarrollo reglamentario en el aspecto objeto de estudio de las disposiciones vigentes en materia de contratación del

sector público, debe considerarse lo dispuesto en el artículo 109 RGLCAP, referido específicamente al *“procedimiento para la resolución de los contratos”*.

De forma subsidiaria se aplicará, la legislación de procedimiento administrativo, en concreto la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC).

En relación con el plazo para resolver el procedimiento, cuyo incumplimiento determina la caducidad conforme a lo establecido en el artículo 212.8 de la LCSP/17, 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 procedimental 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. Por ello, esta Comisión Jurídica Asesora ha venido considerando aplicable el plazo de tres meses previsto en el artículo 21 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas

(en adelante, LPAC). En aplicación de este mismo criterio, el anterior procedimiento tramitado en el año 2022 para resolver el contrato de obras que nos ocupa se declaró caducado.

Pues bien, no obstante lo anterior, la Ley 11/2022, de 21 de diciembre, de Medidas Urgentes para el Impulso de la Actividad Económica y la Modernización de la Administración de la Comunidad de Madrid (Ley 11/2022), ha establecido un plazo específico para el procedimiento de resolución contractual, pues su artículo 31, bajo la rúbrica, *“Modificación de la Ley 1/2001, de 29 de marzo, por la que se establece la duración máxima y el régimen de silencio administrativo de determinados procedimientos”*, establece que: *«La Ley 1/2001, de 29 de marzo, por la que se establece la duración máxima y el régimen de silencio administrativo de determinados procedimientos, queda modificada como sigue... Tres. Se introduce un nuevo epígrafe en el apartado 3 del Anexo, que será el apartado 3.9.con la siguiente redacción: “3.9. Expedientes de resolución contractual que se rijan por la legislación sobre contratos públicos. Ocho meses. Caducidad (iniciados de oficio). Desestimatorio (iniciados a instancia del contratista)”*». Dicha previsión resulta de aplicación a los procedimientos iniciados tras su entrada en vigor.

En este caso, según consta, el inicio del procedimiento de resolución que nos ocupa se produjo el día 12 de mayo de 2023, por lo que le resulta de aplicación el plazo de ocho meses conforme a lo anteriormente expuesto. Además, el rigor temporal que supone la necesidad de tramitar estos procedimientos en el plazo de ocho meses, puede verse atemperado por la suspensión del procedimiento para la solicitud de informes preceptivos y determinantes del contenido de la resolución, tal y como establece el artículo 22.1 d) de la LPAC, al señalar que el plazo máximo legal para resolver y notificar un procedimiento podrá suspenderse, entre otras circunstancias, en la siguiente: *“... Cuando se soliciten informes preceptivos a un órgano de la misma o distinta Administración, por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los*

interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos. Este plazo de suspensión no podrá exceder en ningún caso de tres meses. En caso de no recibirse el informe en el plazo indicado, proseguirá el procedimiento”.

En este procedimiento, mediante Resolución n.º 71/2023, de 4 de agosto de 2023, del viceconsejero de Sanidad y director general del Servicio Madrileño de Salud, se acordó suspender el plazo para la tramitación del procedimiento hasta la emisión del preceptivo informe de esta Comisión Jurídica Asesora y, la indicada resolución se notificó a la UTE contratista el 4 de agosto de 2023 y a la dirección facultativa el día 9 de agosto, habiéndose solicitado el dictamen el día 26 de octubre de 2023. Por tanto, desde esta última fecha y hasta la emisión del dictamen, se encuentra paralizado el procedimiento.

En cualquier caso y según todo lo dicho, el procedimiento no ha caducado.

TERCERA.- Debemos en este punto hacer un análisis particular sobre el desarrollo del procedimiento que se ha tramitado.

Según se hizo patente al repasar secuencialmente la tramitación, en este caso, se ha dado audiencia a la UTE concesionaria, la cual formuló alegaciones oponiéndose a la resolución de la concesión por causa imputable a la empresa adjudicataria planteada por la Administración; aunque, no se ha conferido trámite de audiencia a la avalista, pese a proponerse la incautación de las garantías contractuales.

Siguiendo en este punto lo expuesto en nuestro dictamen 159/21, de 6 de abril y en el más reciente 611/22, de 4 de octubre, debe tenerse en cuenta que el artículo 109 del RGCAP, exige la audiencia al avalista o asegurador “*si se propone la incautación de la garantía*”.

Por su parte, el artículo 213.3 de la LCSP/17 dispone: *“Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada”* y el artículo 113 del RGLCAP: *“En los casos de resolución por incumplimiento culpable del contratista, la determinación de los daños y perjuicios que deba indemnizar éste se llevará a cabo por el órgano de contratación en decisión motivada previa audiencia del mismo, atendiendo, entre otros factores, al retraso que implique para la inversión proyectada y a los mayores gastos que ocasione a la Administración”*.

En el procedimiento contractual que nos ocupa, según consta, las garantías constituidas para el cumplimiento de la ejecución del contrato, fueron dos avales del Banco Santander, S.A, por importe de 425.040,86 €, cada uno de ellos y, pese a lo exigido, no consta conferido trámite de audiencia a la indicada entidad bancaria avalista.

Sobre la trascendencia de la escrupulosa observancia del derecho de defensa en el procedimiento de resolución contractual de las avalistas, procede recordar 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 en su 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 (los avales, en este caso) 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.

En consecuencia, operando la incautación de modo automático en caso de resoluciones de contratos en que se pretende la indemnización de daños y perjuicios -como ocurre en el presente-, debió darse audiencia en el procedimiento a la entidad avalista, en los términos que ya señaló el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid en su dictamen 483/12, de 19 de septiembre, donde, recogiendo la doctrina ya expuesta en sus dictámenes 370/09, de 17 de junio o el 70/10, de 17 de marzo, así como la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencia de 14 de diciembre de 2004 (recurso 4188/1999) dictaminó en contra de la procedencia de la resolución sometida a consulta en los casos de omisión de la audiencia al avalista, por las repercusiones que puede tener en la validez del procedimiento de resolución instado, al afectar a la indefensión de este.

En consecuencia, habiéndose omitido la audiencia a la entidad avalista en este caso, procede la retroacción del procedimiento para cumplimentar el preceptivo trámite. De igual modo, una vez se realice, se deberá formular una nueva propuesta de resolución que recoja la totalidad del procedimiento desarrollado, para su remisión, junto con el resto del expediente, a esta Comisión Jurídica Asesora.

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

CONCLUSIÓN

Procede la retroacción del procedimiento, para su correcta tramitación en la forma prevista en la consideración jurídica tercera del presente 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 7 de noviembre de 2023

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen n.º 599/23

Excma. Sra. Consejera de Sanidad

C/ Aduana, 29 - 28013 - Madrid