

Dictamen nº: **129/24**

Consulta: **Alcalde de Villanueva del Pardillo**

Asunto: **Contratación Pública**

Aprobación: **14.03.24**

**DICTAMEN** del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 14 de marzo de 2024, emitido ante la consulta formulada por el alcalde de Villanueva del Pardillo, 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 ejecución de techo en pista polideportiva en el colegio Carpe Diem de dicho municipio, suscrito con HARADO DE CONSTRUCCIONES Y ASISTENCIA TÉCNICA, S.L.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El día 30 de enero de 2024, tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen preceptivo procedente del Ayuntamiento de Villanueva del Pardillo.

A dicho expediente se le asignó el número 54/24, 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).

Al estimarse que el expediente remitido se encontraba incompleto, se solicitó al órgano consultante el envío de documentación complementaria que fue recibida en la Comisión Jurídica Asesora el 23 de febrero de 2024, reanudándose el plazo para la emisión del dictamen.

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 14 de marzo de 2024.

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

Por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Villanueva del Pardillo de 15 de noviembre de 2022, se aprobó el proyecto de ejecución de techo en pista polideportiva en el colegio Carpe Diem de dicho municipio.

La Junta de Gobierno Local, en sesión extraordinaria urgente celebrada el 29 de diciembre de 2022, aprobó el expediente de contratación de las obras, así como el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT).

Tras la oportuna licitación, el contrato fue adjudicado a Harado De Construcciones Y Asistencia Técnica, S.L. por acuerdo de la Junta de Gobierno Local adoptado en sesión del día 6 de marzo de 2023.

El contrato se suscribió con la adjudicataria el 28 de marzo de 2023, por un importe de 158.999,42 euros, más el IVA correspondiente (33.389,88 euros) y un plazo de ejecución de tres meses a contar desde el acta de comprobación del replanteo. Para responder de la ejecución

del contrato, el contratista constituyó una garantía definitiva por importe de 7.950 euros mediante seguro de caución.

Con fecha 18 de abril de 2023, la empresa contratista presenta un escrito en el que indica que los cálculos de la estructura, que es la parte más importante del proyecto, ascienden a un importe total de 109.807,03 euros siendo este un porcentaje del 71,7% del presupuesto de la obra, y están realizado con la norma EHE-08 y la instrucción de Acero estructural EAE, según se puede comprobar en el propio anexo de cálculo de la estructura, si bien, el 10 de agosto de 2021 se publicó el Real Decreto 470/2021 de 29 de junio, quedando derogados el Real Decreto 1247/2008, de 18 de julio, por el que se aprueba la instrucción de hormigón estructural (EHE-08), y el Real Decreto 751/2011, de 27 de mayo, por el que se aprueba la Instrucción de Acero Estructural (EAE). Refiere que el proyecto salió a licitación en fecha 29 de diciembre de 2022, habiendo transcurrido más de un año de la derogación de la EHE-08 y la EAE, por lo que no cumple la normativa vigente actual respecto al cálculo de la estructura. Señala que es absolutamente necesario calcular nuevamente una nueva estructura consensuada entre empresa constructora, dirección de obra y el promotor de la obra con una solución que cumpla la normativa vigente de cálculo de estructuras, sin que se puedan iniciar los trabajos hasta resolver esa incidencia.

El 20 de abril de 2023, se citó al contratista para la firma del acta de comprobación del replanteo, si bien no se realizó dicha firma, en base a las reservas presentadas por el contratista el 18 de abril de 2023 y que posteriormente fueron ratificadas en un escrito recibido el 28 de abril de 2023.

El 18 de mayo de 2023, los servicios técnicos municipales informan que realizada consulta al arquitecto redactor del proyecto, confirma que tanto el dimensionamiento estructural como el resto de documentos que integran el proyecto se ajustan estrictamente a la normativa

correspondiente de aplicación, es decir, al Código Estructural y que la errata en el apartado de la Memoria denominado ANEJO DE ESTRUCTURA, se debe a un error material de salida del programa informático. Se adjunta como anexo I dicha “fe de errata” y como anexo II el anejo de estructura una vez corregido el error material. Se indica que se deberá firmar el acta de replanteo en el plazo de 5 días hábiles desde la recepción de la notificación y de no firmarse el acta de replanteo en dicho plazo, podrá incurrir en las penalidades previstas en la cláusula vigesimosexta del PCAP, así como ser motivo de resolución del contrato.

El 19 de mayo de 2023, se puso a disposición de la empresa contratista el anterior informe y se le confirió un plazo de 5 días hábiles para firmar el acta de comprobación del replanteo.

La empresa contratista presentó un escrito en el ayuntamiento el 24 de mayo de 2023 en el que manifestó que se podía comprobar que en todas las salidas de las hipótesis de cálculo del programa CYPE efectuado para la cimentación y para aceros laminados y armados estaban realizados con el Código Estructural y en acero conformado con los Eurocódigos 3 y 4, mientras que en el Proyecto primitivo licitado se emplea la norma EHE-08 para la cimentación y el CTE DB SE-A para los aceros, con lo que se observa que no se trata de una errata, sino de unos cálculos completamente diferentes aplicando distintas normativas, con lo que se demuestra que los cálculos incluidos en el proyecto licitado no cumplían la normativa vigente.

Añade que no se ha firmado el acta de replanteo por las reservas de la empresa contratista, detectando el problema del cálculo erróneo en el proyecto y que se ha agotado el plazo de un mes desde la firma del contrato establecido por el PCAP y la legislación de contratos para la firma del acta de comprobación del replanteo, por causas no imputables a la empresa contratista y que no se considera obligada a la firma del acta para la que ha sido requerida.

El 16 de junio de 2023, el director de las obras, revisado el cálculo del “ANEJO CÁLCULO ESTRUCTURA – CUBIERTA PISTA CEIP CARPE DIEM” realizado por el arquitecto redactor del proyecto, dio su conformidad para poder iniciar los trabajos.

El 21 de junio de 2023, el responsable del contrato emite informe en el que señala que, a pesar de que ha transcurrido el plazo de un mes para firmar el acta de comprobación del replanteo, y una vez consultado tanto al proyectista como a la Dirección Facultativa que no hay impedimento para iniciar las obras, en aras de una mayor eficiencia y producir el menor perjuicio para todas las partes, se propone una nueva fecha para la firma de dicha acta el 30 de junio de 2023.

El día 30 de junio de 2023, se extiende el acta firmada por el director facultativo de las obras, el ingeniero de Obras Públicas y el concejal delegado de Infraestructuras haciendo constar que no se ha formalizado el acta por no haber comparecido el representante de la empresa contratista.

El 4 de julio de 2023, se emite un informe técnico en el que se indica que el director de la obra no ha considerado necesario una modificación de las obras proyectadas; que las reservas formuladas por el contratista no están suficientemente fundadas y que se ha informado de todo ello al contratista, ofreciéndole un nuevo plazo para firmar el acta de comprobación del replanteo. Señala que el no acudir, sin una causa justificada, al acto de comprobación del replanteo se considerará como incumplimiento del contrato por lo que se propone la resolución de este e iniciar el procedimiento de la incautación de la garantía definitiva, así como la prohibición de contratar de la empresa contratista con el ayuntamiento, por un periodo de un año.

**TERCERO.-** La Junta de Gobierno Local, en sesión celebrada el día 25 de julio de 2023, acordó el inicio del procedimiento de resolución del contrato por incumplimiento imputable al contratista.

Conferido trámite de audiencia a la empresa contratista, el 16 de agosto de 2023, la mercantil adjudicataria presenta escrito de alegaciones, en el cual se opone a la resolución del contrato manifestando que no fue citada a la firma del acta de comprobación del replanteo el día 30 de junio de 2023. Asimismo, alega que la normativa utilizada en el cálculo de la estructura es la EH-08 para cimentaciones y para aceros conformados laminados y armados el CTE DB SE-A, normativa derogada por el Real Decreto 470/2021 y que procedería la resolución por causa imputable a la Administración por “*la demora injustificada en la comprobación del replanteo*”.

Se emitió informe técnico el 20 de septiembre de 2023, en relación a las alegaciones formuladas por la empresa contratista, en las que se señaló, en síntesis, que las alegaciones presentadas no eran suficientes desde el punto de vista técnico para no firmar el acta de comprobación del replanteo, por dos motivos fundamentales: el momento de manifestar las objeciones al proyecto tenían que haber sido en el momento de la publicación de la licitación y antes de la presentación de la oferta y las alegaciones no se consideran suficientemente fundadas, ya que se basaban en que el cálculo de la estructura en el proyecto estaba realizada con una normativa derogada, pero en su justificación presentaba unos nuevos cálculos con la misma normativa derogada pero incrementando los coeficientes de seguridad relativos a nieve y viento por lo cual los resultados tenían que ser forzosamente distintos. Por ello, acababa reiterando la propuesta de resolución del contrato.

El 28 de septiembre de 2023, se emite un informe por un técnico de Administración General en el que se pone de manifiesto no constar en el expediente la notificación a la empresa contratista de la citación para la

firma del acta de comprobación del replanteo el día 30 de junio de 2023, por lo que, aún a pesar de que todo parece indicar un incumplimiento culpable del contratista de los plazos de ejecución del contrato, en aras de evitar la indefensión del adjudicatario, entiende que se debe de realizar la notificación administrativa a la mercantil con objeto de citarle para la firma del acta de inicio de las obras.

El 6 de noviembre de 2023, la Junta de Gobierno Local acordó:

*“PRIMERO.- Estimar parcialmente las alegaciones presentadas por el contratista el día 16 agosto 2023, en lo relativo a la falta de citación para la firma del acta de comprobación del replanteo, y por ende, suspender la tramitación del expediente de resolución del contrato de obras de ejecución de techo en pista polideportiva en el colegio Carpe Diem de Villanueva del Pardillo, formalizado en fecha 28/3/2023 con la mercantil HARADO DE CONSTRUCCIONES Y ASISTENCIA TECNICA S.L., retrotrayéndose el expediente de ejecución del contrato al trámite de formalización y firma del Acta de replanteo, citándose al contratista en forma debida.*

*SEGUNDO. - Desestimar las alegaciones formuladas por el contratista en lo relativo al contenido del Proyecto técnico de ejecución de obras, por las razones esgrimidas en los informes técnicos y jurídicos municipales firmados electrónicamente los días 4 julio y 20 septiembre y 28 septiembre 2023, que forman parte del expediente y cuya fundamentación y conclusión se ha reproducido en los Antecedentes.*

*TERCERO. - De no comparecer el contratista a la formalización y firma del acta de comprobación de replanteo, continuar con la tramitación del expediente de resolución contractual por causa imputable al contratista, notificando en debida forma el trámite de audiencia a éste y al avalista o asegurador del mismo, por plazo de*

*diez días naturales, a los efectos de que presenten las alegaciones y documentos que consideren convenientes.*

*CUARTO. - Formuladas, en su caso, las alegaciones, dar traslado de ellas a los servicios técnicos y jurídicos municipales para la emisión de los correspondientes informes.*

*QUINTO. - En caso de que el contratista formule oposición a la resolución del contrato, requerir Dictamen del Órgano Consultivo de la Comunidad Autónoma de Madrid.*

*SEXTO. Realizar cuántos trámites posteriores sean necesarios, hasta la conclusión del expediente”.*

Con fecha 6 de noviembre de 2023, se notificó a la mercantil el requerimiento para que compareciera a la firma del acta de comprobación del replanteo el día 16 de noviembre de 2023 a las 10:00 horas.

El contratista no compareció en la fecha indicada a la firma. En esa misma fecha, la mercantil presenta escrito, reiterando lo manifestado en sus escritos anteriores y añadiendo que no podía prestar su conformidad a la firma del acta de comprobación de replanteo 233 días después de la firma del contrato debido a la gran subida de precios de los materiales que se había producido durante este periodo de tiempo y también porque el Ayuntamiento de Villanueva del Pardillo no se había acogido al Real Decreto Ley 3/2022, de 1 de marzo, que establece medidas excepcionales en materia de revisión de precios, por ello solicita que si el ayuntamiento pretende resolver el contrato, sea de mutuo acuerdo.

El 28 de noviembre de 2023, se emite informe jurídico en el que se indica la falta de notificación al avalista del acuerdo de inicio del procedimiento para la resolución del contrato y se insta a su notificación.

El 4 de diciembre de 2023, la Junta de Gobierno Local acordó continuar la tramitación del expediente de resolución del contrato de obras por causa imputable al contratista, habida cuenta de su incomparecencia al acto de formalización y firma del acta de comprobación del replanteo, habiendo sido citado en forma debida.

Consta la notificación de dicho acuerdo al avalista y a la empresa contratista.

La mercantil adjudicataria formula alegaciones el 22 de diciembre de 2023 oponiéndose a la resolución del contrato por causa imputable a la contratista e instando la resolución por mutuo acuerdo entre ambas partes en orden a evitar un procedimiento de reclamación de la indemnización que legalmente le corresponda.

El 17 de enero de 2024, se ha emitido un nuevo informe técnico por el responsable del contrato que incide en los términos de los anteriores en el sentido de reiterar la propuesta de resolución del contrato por causa imputable a la empresa contratista.

El 25 de enero de 2024, emite informe un técnico de Administración General con el conforme del secretario del ayuntamiento, favorable a la resolución del contrato por incumplimiento imputable a la empresa contratista por la causa prevista en el artículo 245 a) 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).

En esa misma fecha, 25 de enero de 2024, el alcalde de Villanueva del Pardillo firma la petición de dictamen, que como hemos dicho, tuvo entrada en esta Comisión Jurídica Asesora el día 30 de enero de 2024.

Según la documentación complementaria remitida, el 19 de febrero de 2024, la Junta de Gobierno Local acordó suspender el procedimiento de resolución contractual por el tiempo que mediara hasta la emisión del dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora.

Figuran en la documentación remitida los oficios de comunicación de dicho acuerdo de suspensión a la empresa contratista y al avalista, pero no su salida del ayuntamiento ni la efectiva recepción por los interesados.

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 Presidencia, Justicia y Administración Local, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 18.3 b) del ROFCJA (“*3. Cuando por Ley resulte preceptiva la emisión de dictamen de la Comisión Jurídica Asesora, este será recabado: (...) c) Las solicitudes de dictamen de las Entidades Locales se efectuarán por los alcaldes-presidentes de las*

*mismas, y se cursarán a través del consejero competente en relaciones con la Administración Local”).*

El contratista ha formulado su oposición de forma expresa y por ello, resulta preceptivo el dictamen de esta Comisión ex artículo 191.3 de la LCSP/17.

**SEGUNDA.-** El contrato cuya resolución se pretende se adjudicó por acuerdo de la Junta de Gobierno Local el día 6 de marzo de 2023 y se formalizó el 28 de marzo de 2023, por lo que resulta de aplicación la LCSP/17 tanto en el aspecto sustantivo como en el procedural.

De esta forma, el artículo 212.1 de la LCSP/17 establece que: “*la resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, en su caso, siguiendo el procedimiento que en las normas de desarrollo de esta Ley se establezca*”. Ante la falta de desarrollo reglamentario en el aspecto objeto de estudio, debe considerarse, asimismo, lo dispuesto en el artículo 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP) referido específicamente al “*procedimiento para la resolución de los contratos*” en lo que no se oponga a la ley.

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

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

apartado tercero del artículo 191 dispone que sea preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de interpretación, nulidad y resolución, cuando se formule oposición por parte del contratista.

Por lo que se refiere al ámbito de la Administración local, el artículo 114.3 del texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local (en adelante, TRRL) aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, establece como necesarios los informes de la Secretaría y de la Intervención de la corporación.

De acuerdo con la normativa expuesta resulta que la competencia para resolver los contratos corresponde al órgano de contratación. En este caso el contrato fue adjudicado por la Junta de Gobierno Local, que era el órgano de contratación por delegación del alcalde de 21 de junio de 2019, por lo que la Junta de Gobierno Local es también el órgano competente para la resolución.

En materia de procedimiento en nuestro caso, se ha dado audiencia al contratista, el cual formuló alegaciones oponiéndose a la resolución contractual planteada por la Administración. Del expediente examinado también resulta que se ha dado audiencia a la compañía aseguradora, que no ha formulado alegaciones.

Figura en el procedimiento el informe de 25 de enero de 2024, emitido por un técnico de Administración General que, al contar con el conforme del secretario del ayuntamiento, cabe entender que cumple con la previsión del artículo 114.3 del TRRL. Dicho informe se ha incorporado al expediente tras el trámite de audiencia lo que respeta la previsión del artículo 82.1 de la LPAC (*“la audiencia a los interesados será anterior a la solicitud del informe del órgano competente para el asesoramiento jurídico o a la solicitud del dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, en el caso que éstos formaran parte del procedimiento”*).

No ocurre lo mismo con el informe de 17 de enero de 2024 de los servicios técnicos municipales, pues como hemos señalado reiteradamente (así, el dictamen 294/19, de 11 de julio; dictamen 155/18, de 5 de abril y el dictamen 516/16, de 17 de noviembre, entre otros muchos) la audiencia a los interesados debe practicarse inmediatamente antes de dictar la propuesta de resolución, sin perjuicio de lo señalado anteriormente en cuanto al informe del órgano competente para el asesoramiento jurídico, 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 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 y, en consecuencia, no procede la retroacción del procedimiento. Así ocurre en el presente caso, pues el citado informe técnico incide en los términos de los anteriormente formulados de los que han tenido oportuno conocimiento los interesados, por lo que no cabe considerar que se haya generado indefensión.

No se ha formulado informe por la Intervención Municipal, que es exigible conforme a lo establecido en el artículo 114.3 del TRRL. Al respecto reiterar lo que hemos señalado en nuestro dictamen 758/22, de 15 de diciembre o en el dictamen 19/24, de 18 de enero, entre otros, en los que indicamos que “*contando el órgano competente con suficientes elementos de juicio, jurídicos y técnicos, respecto de la decisión a adoptar, la omisión del trámite constituye una mera irregularidad no invalidante, determinante de anulabilidad (artículo 48.2 LPAC)*”, lo que es trasladable al caso que nos ocupa, sin perjuicio, de recordar al órgano competente, la necesidad de que el informe de la Intervención municipal –que en este caso es el que falta en el expediente de resolución contractual– se incorpore al procedimiento y se otorgue nueva audiencia a los

interesados, en la circunstancia poco probable de que recogiera nuevos elementos cuyo desconocimiento pudiera causarles indefensión.

No figura en el procedimiento una propuesta de resolución en la forma en que viene siendo exigida por esta Comisión Jurídica Asesora. En efecto, como ya hemos tenido ocasión de señalar en anteriores dictámenes (así nuestro dictamen 191/16, de 9 de junio y el dictamen 327/17, de 3 de agosto, entre otros) la propuesta de resolución “*ha de recoger motivadamente la posición de la Administración una vez tramitado el procedimiento con el objeto de permitir a este órgano consultivo conocer la postura de la Administración y contrastarla con la oposición del contratista que motiva la remisión para dictamen. Además, se ha de recordar la necesidad de motivar los actos administrativos que limiten derechos subjetivos o intereses legítimos -artículo 35.1.a) de la LPAC-, lo que hace conveniente incluir en la resolución que en su día sea dictada (se supone que también en su propuesta) para culminar el procedimiento toda la fundamentación fáctica y jurídica de la misma, evitando abusar innecesariamente de la motivación in aliunde que, en cualquier caso, stricto sensu requeriría de la cita de aquellos documentos que le sirvan de sostén*”.

El conocimiento de la postura final de la Administración consultante a través de la propuesta de resolución resulta relevante toda vez que el órgano consultivo no está llamado a elaborar propuestas de resolución, sino a valorar las elaboradas por la Administración consultante, ratificándolas o desautorizándolas aportando en este caso explícita o implícitamente una solución alternativa.

En este caso, no consideramos necesaria la retroacción del procedimiento para la formulación de la propuesta de resolución toda vez que el acuerdo de inicio del procedimiento recoge de manera clara los hechos relevantes y la fundamentación legal de las causas de resolución, así como los efectos de dicha resolución, habiendo quedado además

contestadas las alegaciones de la empresa contratista por los informes emitidos en el curso del procedimiento.

Resta por analizar la cuestión relativa al 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 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.

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, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC).

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, 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, por lo que al presente procedimiento le resulta de aplicación el plazo de ocho meses.

En este caso, el procedimiento de resolución contractual se inició por acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 25 de julio de 2023, si bien tras advertirse la falta de notificación a la empresa contratista de la citación para el acto de comprobación del replanteo de 30 de junio de 2023, quedó suspendido hasta el 4 de diciembre de 2023, fecha en la que se levantó la suspensión. Resulta del expediente que el procedimiento se ha suspendido por acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 19 de febrero de 2024, por la petición de dictamen a esta Comisión Jurídica Asesora, si bien no consta en el expediente examinado el acuse de recibo de la comunicación de dicho acuerdo de suspensión a la empresa contratista y a la avalista, necesario para que la suspensión surta efecto. No obstante, a la fecha de emisión del presente dictamen, no ha transcurrido el plazo de ocho meses previsto por la normativa de

la Comunidad de Madrid, tras la modificación operada por la Ley 11/2022, anteriormente citada.

**TERCERA.-** Una vez analizado el procedimiento, debemos estudiar si concurre o no causa de resolución del contrato.

El órgano proponente alega el incumplimiento culpable del contratista, invocando el apartado a) del artículo 245 de la LCSP/17 que establece entre las causas de resolución del contrato de obras: “*La demora injustificada en la comprobación del replanteo*”.

Como es sabido, la comprobación del replanteo es el primer acto de ejecución del contrato, siendo obligatorio para ambas partes, tal y como establece el artículo 237 de la LCSP/17: “*La ejecución del contrato de obras comenzará con el acta de comprobación del replanteo. A tales efectos, dentro del plazo que se consigne en el contrato que no podrá ser superior a un mes desde la fecha de su formalización salvo casos excepcionales justificados, el servicio de la Administración encargada de las obras procederá, en presencia del contratista, a efectuar la comprobación del replanteo hecho previamente a la licitación, extendiéndose acta del resultado que será firmada por ambas partes interesadas, remitiéndose un ejemplar de la misma al órgano que celebró el contrato*”.

Como indica la Sentencia de 26 de abril de 2005 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (recurso 183/2002), “*la comprobación del replanteo, que, a diferencia del replanteo, tiene lugar una vez que el contrato ya ha sido perfeccionado, supone la constatación de que el soporte físico previsto para una obra, que sólo existe hasta ese momento en proyecto, sirve a los intereses pretendidos por las dos partes. Por eso se exige la presencia de un representante del servicio de la Administración encargado de las obras y del contratista. En ese momento, y sobre el terreno donde se van a ejecutar las obras, el contratista podrá formular los*

*reparos que estime convenientes, incluidos los defectos del proyecto. Si no formula ninguno no puede después dejar de cumplir el contrato en los términos fijados por el proyecto y las prescripciones técnicas impuestas por la Administración. Para el contratista la comprobación del replanteo es un trámite esencial puesto que su responsabilidad contractual en la forma y tiempo de ejecución de la obra comienzan tras confeccionarse el acta de comprobación. Pero para la Administración también es un trámite esencial, ya que, levantada el acta de comprobación, y no constando reparos del contratista, la Administración puede prever razonablemente el plazo de ejecución del contrato, y con ello, la satisfacción de los intereses generales representados en todo contrato público”.*

La finalidad de la comprobación del replanteo es la de asegurar que el contrato puede ejecutarse para que las obras puedan realizarse sin demora, si son viables, y, en otro caso, facilitar que se introduzcan las modificaciones necesarias en el proyecto, o, en último término, poner fin al contrato por la imposibilidad de la ejecución de las obras en los términos pactados. La legislación contractual otorga especial relevancia al referido acto de comprobación del replanteo, de modo que, como es sabido, la demora es causa legal de resolución del contrato.

Lo dispuesto en la LCSP/17 debe ser completado con lo previsto en los artículos 139 y 140 del RGLCAP.

En primer lugar, el artículo 139.1 establece la obligación de asistencia que pesa sobre el contratista al decir que “*si el contratista no acudiere, sin causa justificada, al acto de comprobación del replanteo su ausencia se considerará como incumplimiento del contrato con las consecuencias y efectos previstos en la Ley*”. Según el artículo 139.2 “*cuando el resultado de la comprobación del replanteo demuestre, a juicio del director de la obra y sin reserva por parte del contratista, la disponibilidad de los terrenos y la viabilidad del proyecto, se dará por aquél la autorización para iniciarlas, haciéndose constar este extremo*

*explícitamente en el acta que se extienda, de cuya autorización quedará notificado el contratista por el hecho de suscribirla, y empezándose a contar el plazo de ejecución de las obras desde el día siguiente al de la firma del acta”.*

En este caso, según se constata en el expediente examinado, el contratista no ha acudido al acto de comprobación del replanteo desde la primera cita para dicho acto que se produjo el 20 de abril de 2023. No obstante, como hemos visto, con carácter previo a dicha cita, la empresa contratista puso reparos a dicha comprobación del replanteo mediante escrito formulado el 18 de abril de 2023 en el que adujo que los cálculos de la estructura, no habían sido realizados conforme a la normativa vigente y consideraba que era absolutamente necesario calcular nuevamente una nueva estructura consensuada entre la contratista, dirección de obra y el promotor de la obra con una solución que cumpliera la normativa vigente de cálculo de estructuras, sin que se puedan iniciar los trabajos hasta resolver esa incidencia. Por ello, habrá que estar a lo dispuesto en los apartados siguientes del citado artículo 139, que dejan en manos de la dirección de obras, y no del contratista, la decisión sobre si el contrato puede ejecutarse en los términos inicialmente pactados.

Así, el artículo 139.4 del RGLCAP dispone que “*cuando no resulten acreditadas las circunstancias a que se refiere el apartado anterior (se refiere a la disponibilidad de los terrenos en obras de infraestructuras hidráulicas) o el director de la obra considere necesaria la modificación de las obras proyectadas quedará suspendida la iniciación de las mismas, haciéndolo constar en el acta, hasta que el órgano de contratación adopte la resolución procedente dentro de las facultades que le atribuye la legislación de contratos de las Administraciones públicas. En tanto sea dictada esta resolución quedará suspendida la iniciación de las obras desde el día siguiente a la firma del acta, computándose a partir de dicha*

*fecha el plazo de seis meses a que se refiere el artículo 149, párrafo b ), de la Ley, sin perjuicio de que, si fueren superadas las causas que impidieron la iniciación de las obras, se dicte acuerdo autorizando el comienzo de las mismas, notificándolo al contratista y computándose el plazo de ejecución desde el día siguiente al de la notificación”.*

Y en el mismo sentido, el apartado 5 del referido artículo 139 cuando dice que “*lo dispuesto en el apartado anterior se aplicará igualmente cuando el contratista formulase reservas en el acto de comprobación del replanteo. No obstante, si tales reservas resultasen infundadas, a juicio del órgano de contratación, no quedará suspendida la iniciación de las obras ni, en consecuencia, será necesario dictar nuevo acuerdo para que se produzca la iniciación de las mismas y se modifique el cómputo del plazo para su ejecución*”.

En este caso, como hemos visto, ante las reservas iniciales de la empresa contratista, los servicios técnicos municipales se pusieron en contacto con el arquitecto redactor del proyecto, que confirmó que tanto el dimensionamiento estructural como el resto de documentos que integraban el proyecto se ajustaban estrictamente a la normativa correspondiente de aplicación y que la errata en el apartado de la Memoria denominado “ANEJO DE ESTRUCTURA”, se debía a un error material de salida del programa informático. Por ello, una vez corregido dicho error material, se consideró que el contrato podía ser ejecutado en los términos inicialmente previstos, pero el contratista volvió a no comparecer para el acto al que fue citado el día 24 de mayo de 2023, insistiendo en sus reservas iniciales y en el tiempo transcurrido desde la firma del contrato, para oponerse al referido acto.

No obstante, no es hasta una fecha posterior, el 16 de junio de 2023, cuando el director de las obras, revisado el cálculo del “ANEJO CÁLCULO ESTRUCTURA – CUBIERTA PISTA CEIP CARPE DIEM” realizado por el arquitecto redactor del proyecto, dio su conformidad

para poder iniciar los trabajos. Por ello, que se citó de nuevo al contratista para el acto de comprobación del replanteo lo que, como hemos visto, fue indebidamente notificado el 30 de junio de 2023, y posteriormente, una vez advertido el error, lo fue de manera correcta para el 16 de noviembre de 2023, con nueva incomparecencia del contratista.

Si bien es cierto, conforme a lo descrito, que la conducta del contratista ha sido reticente desde el principio a la comprobación del replanteo, también lo es que sus reservas no eran del todo infundadas, según resulta de los informes técnicos emitidos en el curso de procedimiento y que obligaron a rectificar el proyecto en los términos vistos en los antecedentes, si bien una vez hechas las oportunas rectificaciones y dada la conformidad del director de las obras al proyecto, el contratista siguió mostrando su oposición a la comprobación del replanteo de manera infundada, según resulta de los informes técnicos que obran en el procedimiento. No obstante, también cabe considerar que la actuación de la Administración no ha sido muy rigurosa, pues una vez realizadas las reservas iniciales por la empresa contratista, debió haber procedido formalmente a suspender el inicio de las obras hasta solventar las deficiencias observadas, conforme a lo dispuesto en el artículo 139.4 del RGLCAP antes trascrito. Asimismo, como hemos visto, la citación al contratista para el acto de comprobación del replanteo en el mes de mayo de 2023, se realizó con carácter previo a que el director de las obras diera su conformidad una vez revisados los cálculos del proyecto, y, tras ello, no notificó la cita al contratista para el acto de comprobación del replanteo el 30 de junio de 2023, lo que hizo que esta citación se retrase hasta el mes de noviembre de ese año, habiendo incurrido también con su actuación en que se produzca la demora en la comprobación del replanteo que se invoca como causa de resolución.

Así las cosas, habida cuenta de la concurrencia de culpa de ambas partes en que se haya producido una demora en la comprobación del replanteo, entendemos que procede la resolución del contrato por la causa prevista en el artículo 245 a) de la LCSP/17, pero sin las consecuencias previstas en el artículo 213 2. y 3. de la LCSP/17, esto es, la Administración no debe proceder a la incautación de la garantía, ni tampoco cabe considerar que la contratista tenga derecho a ninguna indemnización.

Respecto a la posible concurrencia de culpas de Administración y contratista y las consecuencias de la misma, se manifestó el dictamen 16/13, de 16 de enero, del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid con cita de la doctrina del Consejo de Estado, según la cual “*no es inusual una concurrencia de comportamientos culposos del contratista y de la Administración, supuestos en el que es más ajustado al elemento justificativo de la garantía el moderar los efectos normativos inherentes al incumplimiento*”, y de la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2005 (recurso 30/2001), en el sentido de no apreciar ni la incautación de la fianza en beneficio de la Administración ni la indemnización de daños y perjuicios a favor del contratista, consecuencias que en principio habrían de seguirse de las respectivas conductas culposas de una y otro.

Esta misma doctrina fue acogida en el dictamen 175/17, de 4 de mayo, de esta Comisión Jurídica Asesora y es el criterio seguido en el dictamen 245/2018, de 27 de junio, del Consejo Consultivo de Castilla y León.

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

## **CONCLUSIÓN**

Procede la resolución del contrato por la causa prevista en el artículo 245 a) de la LCSP/17, sin incautación de la garantía ni indemnización para la empresa contratista.

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 14 de marzo de 2024

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen n.º 129/24

Sr. Alcalde de Villanueva del Pardillo

Pza. Mayor, 1 – 28229 Villanueva del Pardillo