

Dictamen nº: **555/24**
Consulta: **Alcalde de Manzanares El Real**
Asunto: **Contratación Pública**
Aprobación: **19.09.24**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 19 de septiembre de 2024, emitido ante la consulta formulada por el alcalde de Manzanares El Real, 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 adecuación de la Cañada Real de ese municipio, adjudicado a la empresa GENERAL DE CONSTRUCCIONES CIVILES, S. A. (GECOCSA)

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 7 de agosto 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 Manzanares El Real.

A dicho expediente se le asignó el número 558/24, 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).

La ponencia ha correspondido, por reparto de asuntos, al letrado vocal, D. Carlos Hernández Claverie, 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 19 de septiembre de 2024.

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

1. Con fecha 3 de marzo de 2023, mediante Resolución de la Alcaldía del Ayuntamiento de Manzanares El Real, se aprobó el expediente de contratación y se dispuso la apertura del procedimiento de adjudicación del contrato de obras de adecuación de la Cañada Real de Manzanares El Real, por procedimiento abierto, aprobándose los pliegos de prescripciones técnicas y de cláusulas administrativas particulares, y se autorizó el gasto.

Con fecha 4 de abril de 2023 se adjudicó el contrato a la mercantil GECOCSA, por un importe de 210.087,21 euros, más IVA. El plazo de ejecución es de 106 días naturales, según mejora de la adjudicataria, iniciándose a la firma del acta de replanteo.

El contrato se formalizó el 13 de abril de 2023 y el acta de replanteo se suscribió el 23 de mayo de 2023, firmándose por las partes la viabilidad de la obra, la disposición de los terrenos, y la inexistencia de pedimentos para su ejecución.

2. Con fecha 3 de abril de 2024 se emite informe por el director de las obras en el que comunica que la empresa adjudicataria renuncia a la finalización de las obras, existiendo una serie de obras no terminadas y remates pendientes, que el Ayuntamiento debe ejecutar a su costa e indicándose la necesidad de que por el mismo se proceda de inmediato a completar la señalización. El informe concluye con una valoración final de los trabajos realizados por la adjudicataria hasta el abandono de las obras.

El informe viene acompañado de un acta de visita de las obras, fechado el 21 de febrero de 2024, donde se recogen el estado de las obras, incluyendo material fotográfico.

A la vista de ese informe, por la Alcaldía se solicita informe a la Secretaría municipal sobre resolución del contrato, siendo emitido el 28 de junio de 2024. En ese informe, la secretaría municipal refiere que concurre la causa de resolución del contrato por demora en el cumplimiento de los plazos y el incumplimiento de la obligación principal, dándose además la circunstancia de que, el cumplimiento de los criterios de adjudicación se recogió expresamente en la cláusula administrativa 24.3 de los pliegos, como obligación esencial, siendo precisamente el menor plazo ofertado por la adjudicataria un criterio de adjudicación.

TERCERO.- Mediante Resolución del alcalde de fecha 28 de junio de 2024, se acuerda incoar el procedimiento de resolución del contrato de obras de adecuación de la Cañada Real por incumplimiento del plazo y de obligación esencial del contrato, acordando la incautación de la garantía.

Con fecha 1 de julio de 2024 se confirió trámite de audiencia a la contratista y al avalista.

Con fecha 16 de julio de 2024, la empresa adjudicataria del contrato formula alegaciones indicando que, de conformidad con el artículo 583 del Texto Refundido de la Ley Concursal, ha realizado la comunicación de negociaciones con acreedores ante el Juzgado de Salamanca, habiéndose admitida con efectos de 8 de marzo de 2024. Añade que ello ha conllevado reticencias en proveedores e incidencias laborales y financieras que ha provocado la imposibilidad de ejecutar la obra. Entiende la adjudicataria que procede la resolución del contrato por la declaración del concurso o la declaración de insolvencia en

cualquier otro procedimiento, prevista como causa de resolución en el apartado b) del artículo 211 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.

El 31 de julio de 2024 se emite informe por la Concejalía responsable de las obras en el que refiere que el incumplimiento del contrato fue previo a declararse la empresa en concurso de acreedores, en tanto debía haber finalizado las obras el 5 de noviembre de 2023.

En esa misma fecha se formula por la Secretaría municipal una propuesta de resolución del contrato por demora e incumplimiento de las obligaciones esenciales de contrato.

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 a la resolución culpable del contrato 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 (LCSP).

SEGUNDA.- El contrato cuya resolución se pretende se adjudicó por acuerdo de la Alcaldía el 4 de abril de 2023 y se formalizó el posterior día 13, por lo que resulta de aplicación la LCSP, tanto en el aspecto sustantivo como en el procedural.

De esta forma, el artículo 212.1 de la LCSP 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, 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 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. Sin embargo, no consta que en el curso del procedimiento se haya emitido de la Intervención municipal.

De acuerdo con la normativa expuesta resulta que la competencia para resolver los contratos corresponde al órgano de contratación. En este contrato fue la Alcaldía la adjudicataria del contrato y, por ende, será ese mismo órgano el que deba acordar la resolución.

En materia de procedimiento, en nuestro caso, se ha dado audiencia al contratista, el cual formuló alegaciones oponiéndose a la resolución contractual culpable planteada por la Administración. También figura en el expediente la audiencia al avalista, aunque no consta que haya formulado alegaciones.

Con posterioridad a la audiencia, se ha incorporado un informe de la concejalía responsable del contrato, si bien se limita a analizar y contestar lo alegado por el contratista, por lo que no se aprecia que cause indefensión alguna a aquél, resultando innecesario dar nuevo trámite de audiencia.

Por último, se ha incorporado informe jurídico de la Secretaría municipal, que contiene una propuesta de resolución motivada.

Por tanto, se han cumplido todos los trámites preceptivos previstos a excepción del informe de la Intervención municipal que deberá recabarse con carácter previo al acuerdo definitivo.

En efecto, el informe de la Intervención es exigible conforme a lo establecido en el artículo 114.3 del TRRL, ahora bien, como hemos señalado en nuestros dictámenes 758/22, de 15 de diciembre y 19/24, de 18 de enero, entre otros, 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 se incorpore al procedimiento y, solo en el caso de que recogiera nuevos elementos cuyo desconocimiento pudiera causar indefensión, retrotraer el procedimiento para dar nueva audiencia al contratista y emitir nueva propuesta de resolución para sometimiento al dictamen de esta Comisión.

En cuanto al plazo para resolver el procedimiento cuyo incumplimiento determina la caducidad del mismo, tras la promulgación de 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, en el ámbito de esta

Comunidad el plazo es de ocho meses, equiparándose al establecido en el artículo 212.8 de la LCSP/17 para la Administración del Estado.

En efecto, la citada ley ha establecido un plazo específico para el procedimiento de resolución contractual, en 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 ríjan por la legislación sobre contratos públicos. Ocho meses. Caducidad (iniciados de oficio). Desestimatorio (iniciados a instancia del contratista)”».*

Dicha previsión legal resulta de aplicación a los procedimientos iniciados tras su entrada en vigor, por lo que, al presente procedimiento iniciado en 2024, le es aplicable el plazo de caducidad de ocho meses.

En el procedimiento objeto de este dictamen, a la fecha de su emisión, el plazo no se encuentra cumplido al haberse acordado la incoación el pasado 28 de junio, y ello, aunque el órgano instructor no ha hecho uso de la facultad de suspender el procedimiento prevista en el 22.1 d) de la LPAC.

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

El Ayuntamiento de Manzanares El Real invoca como causas de resolución del contrato las previstas en el artículo 211.1. d) y f) de la LCSP que prevén, respectivamente, la resolución del contrato por demora en el cumplimiento de los plazos establecidos y por incumplimiento de una obligación esencial prevista en el pliego. A tal

efecto, siendo el plazo de ejecución un criterio considerado para la adjudicación, la cláusula 24.3 del PCAP lo recoge como obligación esencial.

En la resolución de los contratos, dada la relevancia que ello conlleva para el interés general y para el contratista, debe atenderse a criterios de proporcionalidad. En ese sentido, la Sentencia de 8 de marzo de 2018 (recurso 921/2015) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid recuerda la doctrina fijada en la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2004 en cuanto a que: “(...) *la resolución implica una extinción anticipada de un contrato perfeccionado, que constituye un modo anormal de terminación de la relación contractual por la concurrencia de alguna circunstancia en la vida del contrato que impide o hace inconveniente su prosecución hasta su extinción normal. De acuerdo con dicha naturaleza el incumplimiento que justifica la resolución ha de ser sustancial, no basta con cualquier apartamiento de las obligaciones asumidas en el contrato, sino que ha de afectar a la obligación esencial de una de las partes en el caso de obligaciones bilaterales o recíprocas. Esto es, de acuerdo con la jurisprudencia, tanto de la Sala Tercera como de la Primera del Tribunal Supremo, ha de tratarse de incumplimiento básico, grave, de la obligación, en el sentido de que no se realiza la conducta en qué consiste la prestación, quedando frustrado el fin objetivo del contrato o haciendo imposible la realización de la prestación por parte del contratista. O dicho, en otros términos, también en este ámbito de la resolución contractual ha de observarse el principio de proporcionalidad que exige para resolver el que el incumplimiento afecte a la esencia de lo pactado, no bastando aducir la no realización de prestaciones, que no impidan por su entidad alcanzar el fin del contrato*”-

En el contrato de obras cuya resolución se propone, se constata que el plazo de ejecución era de 106 días desde el acta de replanteo

firmado el 23 de mayo de 2023, por tanto, al día 10 de septiembre de ese año las obras deberían haber concluido, y si bien la concejalía responsable del contrato refiere que se le permitió prorrogar el plazo hasta noviembre, es lo cierto que, según consta en el acta de visita incorporado por la dirección de la obra ,fechada el 21 de febrero de 2024, los trabajos estaban sin concluir. De hecho, en el informe de esa dirección se hace constar que la empresa ha abandonado la obra, lo que había ya comunicado la misma contratista. La propia adjudicataria en sus alegaciones manifiesta su imposibilidad de ejecutar la obra por causas ajenas a la Administración.

Así, se constata una demora relevante en el plazo de ejecución que, de hecho, ha devenido en el incumplimiento de la obligación principal. Esa demora ya facultaba al Ayuntamiento a proceder a la resolución, al establecer el artículo 193.3 de la LCSP que, cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiere incurrido en demora respecto al cumplimiento del plazo total, la Administración podrá optar, atendidas las circunstancias del caso, por la resolución del contrato o por la imposición de las penalidades diarias. En ese sentido, la demora se recoge como causa de resolución en el citado artículo 211.1 d) de la LCSP, y en este caso, el cumplimiento del plazo de ejecución ofertado se configuraba además como una obligación esencial según los pliegos y con ello, en causa de resolución del apartado f) de ese mismo artículo.

Por otra parte, como hemos referido, la demora ha devenido en el incumplimiento de la obligación principal, que no es otra que la ejecución de las obras según el proyecto y los términos recogidos en los pliegos.

Resultando, por tanto, incontrovertida la concurrencia de las causas de resolución invocadas por el Ayuntamiento, lo que sostiene la contratista es que debe prevalecer el concurso de acreedores o la

insolvencia como causa de resolución, prevista en el apartado b) del artículo 211.1 de la LCSP citado.

Por su parte, la adjudicataria alega haber presentado la comunicación de apertura de negociaciones con acreedores, prevista en el artículo 583 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal. Sin embargo, ello no equivale ni implica el concurso de acreedores ni la insolvencia definitiva de la empresa, que sí son la causa legal de resolución. Asimismo, el artículo 597 del citado texto refundido, establece: *“La comunicación, por sí sola, no afectará a los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento”*.

En todo caso, cabe recordar la doctrina del Tribunal Supremo recogida en su Sentencia de 8 de marzo de 2022 (Rec. 4599/2019), según la cual, siguiendo el criterio fijado en las sentencias 1653/2020 y 1666/2020, ambas de 3 de diciembre de 2020, *“en caso de haber sido declarado en concurso el contratista, con apertura de la fase de liquidación, si tal causa de resolución concurre con el incumplimiento culpable del contratista como causa de resolución anterior y que persiste, cabe apreciar que procede resolver por esta segunda causa”*.

Esta doctrina se ha traspuesto en la vigente LCSP en el apartado 2 de su artículo 211, donde se establece: *“En los casos en que concurran diversas causas de resolución del contrato con diferentes efectos en cuanto a las consecuencias económicas de la extinción, deberá atenderse a la que haya aparecido con prioridad en el tiempo”*.

En el caso concreto que nos ocupa, quedo totalmente acreditado la demora en la ejecución de las obras y la falta de finalización de las mismas anterior a la comunicación preconcursal. Por tanto, aun cuando en hipótesis se considerase ésta como manifestación de insolvencia y, con ella, la concurrencia de causa de resolución del

contrato, prevalecería el incumplimiento culpable previo, con los efectos económicos que ello conlleva.

CUARTA.- En cuanto a los efectos de la resolución, es de aplicación el artículo 213.3 LCSP, donde se establece que cuando la resolución del contrato sea por incumplimiento culpable del contratista, este debe indemnizar de los daños y perjuicios ocasionados, siendo efectiva la indemnización, en primer término, sobre la garantía. Por su parte, el apartado 4 del mismo precepto establece que, en todo caso, el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que, en su caso, hubiese sido constituida. Así pues, la incautación de la garantía opera de modo automático en aras a garantizar el pago del importe de los daños y perjuicios causados, como se señala en nuestro dictamen 556/19, de 19 de diciembre o en el 580/20, de 22 de diciembre, sin que resulte precisa la valoración previa de los daños, y en ese sentido, lo recoge la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 2019 (recurso 3556/2017).

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

CONCLUSIÓN

Previa petición de informe a la Intervención municipal, procede la resolución del contrato de obras de adecuación de la Cañada Real de ese municipio, adjudicado a la empresa GENERAL DE CONSTRUCCIONES CIVILES, S. A. (GECOCSA)

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 19 de septiembre de 2024

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 555/24

Sr. Alcalde de Manzanares El Real

C/ Palomar, 21 – 28410 Manzanares El Real