

Dictamen nº: **571/24**

Consulta: **Alcaldesa de Alcalá de Henares**

Asunto: **Contratación Pública**

Aprobación: **26.09.24**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 26 de septiembre de 2024, emitido ante la consulta formulada por la alcaldesa de Alcalá de Henares, a través del consejero de Presidencia, Justicia y Administración Local, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en relación con el expediente sobre resolución del contrato denominado “*Servicio para la ejecución de las medidas de mejora y modernización del comercio de proximidad, incluidas en el Plan Integral de Dinamización Comercial 2021- 2023 para el Distrito II de Alcalá de Henares, con arreglo al Proyecto Edusiah (Lote 1: escaparate virtual del comercio con sistema de fidelización digital y guía de digitalización para el comercio de barrio.)*”, suscrito con la empresa IBEROMEDIA ACC, S.L. (en adelante, “*la contratista*”).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 12 de agosto de 2024 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 559/24, 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 de la Comunidad de Madrid (en adelante, ROFCJA), aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero, del Consejo de Gobierno.

La ponencia ha correspondido, por reparto de asuntos, al letrado vocal D. Francisco Javier Izquierdo Fabre, quien formuló y firmó la propuesta de dictamen, deliberada y aprobada por el Pleno de la Comisión Jurídica Asesora, en sesión celebrada el día 26 de septiembre de 2024.

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

1.- La Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Alcalá de Henares, en sesión celebrada en fecha 27 de mayo de 2022, acordó el inicio del expediente de contratación del servicio para la ejecución de las medidas de mejora y modernización del comercio de proximidad incluidas en el Plan Integral de Dinamización Comercial 2021-2023 para el distrito II de Alcalá de Henares (Expte. 6462 EDUSIAH).

Por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 22 de julio de 2022, se aprobaron los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP) y de Prescripciones Técnicas (en adelante PPT), con procedimiento abierto y pluralidad de criterios, y con un presupuesto de contrata de cada uno de los dos lotes que se compone el contrato de:

Lote 1: Escaparate virtual del comercio con sistema de fidelización digital y guía de digitalización para el comercio de barrio: 39.230 euros, IVA incluido.

Lote 2: Mejora de la señalización digital para el Comercio de barrio: 26.000 euros, IVA incluido.

En la misma sesión, de fecha 22 de julio de 2022, se aprueba el expediente de contratación y se dispone la apertura del procedimiento de adjudicación.

2.- Tras la finalización del plazo de presentación de ofertas sin que ningún licitador presentara proposición, la Junta de Gobierno Local, en sesión de 26 de agosto de 2022, acordó declarar desierta la licitación y proceder a la apertura de un nuevo plazo de presentación de ofertas, pasando el expediente a denominarse 6462BIS EDUSIAH.

Finalmente, por Acuerdo de la Junta de Gobierno local de fecha 25 de noviembre de 2022, se adjudicó el Lote 1 a la empresa IBEROMEDIA ACC, S.L., por la cantidad de 30.068,50 euros, IVA incluido.

Con fecha 5 de diciembre de 2022, se formalizó el correspondiente contrato administrativo, en cuya cláusula tercera se establece que *“el contrato entrará en vigor el mismo día en que se realice la última de las firmas de los intervenientes, teniendo una duración máxima de 4 meses a contar desde dicha fecha. La empresa adjudicataria deberá atenerse en cuanto a la ejecución de los servicios objeto del presente contrato al cronograma y acciones presentadas en su oferta en virtud de lo dispuesto en la cláusula 10 del PPT”*, por lo que el contrato debería estar concluido antes del día 5 de abril de 2023.

Por parte de la empresa adjudicataria IBEROMEDIA ACC, S.L. se constituyó garantía definitiva, mediante carta de pago, por importe de 1.242,50 euros.

3.- El 30 de agosto de 2023, la técnica responsable del contrato emitió informe, en el que refiere que, analizando este contrato, se observa que su objeto se articula en tres ejes principales o fases:

1.- Una plataforma de fácil acceso, con el objetivo de alojar de forma gratuita los datos de la oferta comercial existente del Distrito II, formada por todos los negocios que quieran participar para aumentar su visibilidad.

2.- Creación de una APP con soporte en Android e IOS para un sistema de fidelización de acumulación de puntos por compras de clientes. que muestre todos los comercios adheridos a dicho sistema de fidelización y la ubicación de éstos.

3.- Realización de una Guía de Digitalización del Comercio de Proximidad, editada en papel impreso, que se caracterizará por tener un lenguaje claro y conciso, explicando los diferentes procesos que es conveniente abordar por parte del pequeño comercio para adentrarse en el mundo digital.

Según el informe, la contratista no ha prestado el servicio objeto del contrato, incurriendo en un incumplimiento de la obligación esencial y, por tanto, trayendo como consecuencia la resolución del contrato. Se indica que en el expediente figuran múltiples requerimientos realizados vía e-mail a la interlocutora de la contratista, instando a la finalización del servicio, que no han sido atendidos ni respondidos. La informante refiere que “*existe una factura/certificación abonada, presentada por la empresa por el concepto “Servicio de Mejora y Modernización Comercio de Proximidad incluido en el Plan de dinamización 2021-2022 Distrito*

11. Lote 1, (Expte. N° 6462 BIS EDUSIAH), por importe de 15.034,24 €, sin que conste a esta técnico que se ha realizado prestación por dicho importe ya que, si bien, hubo unos trabajos previos de muy poca relevancia, fueron ejecutados de manera muy deficiente, conforme se hace constar en los citados requerimientos a la interlocutora de la empresa...”.

El informe recoge el contenido del artículo del artículo 311.3 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), en relación con la ejecución del contrato de servicios, y considera que el importe de dicha factura deberá ser devuelto por IBEROMEDIA ACC, S.L. al Ayuntamiento de Alcalá de Henares, en la futura liquidación del contrato, si este se resuelve.

Además, se indica que dicho incumplimiento no debe acarrear únicamente la resolución del contrato, sino que el órgano de contratación debería adoptar acuerdo para imponer penalidades, conforme establecen los PCAP, dada la imputabilidad manifiesta al contratista de dicho incumplimiento, de conformidad con la cláusula 11, que contiene una remisión a la cláusula 18 del PPT.

El escrito recoge que, entre los incumplimientos en los que han incurrido IBEROMEDIA ACC, S.L., destacan los siguientes:

“Incumplimiento en el plazo de ejecución del contrato. El plazo de ejecución es de 4 meses desde la firma del contrato, por lo que la finalización del mismo habría sido el 5 de abril de 2023. Ha transcurrido sobradamente el plazo de ejecución, sin que haya realizado a la fecha de este informe, la realización del servicio

contratado y sin que la empresa contratista haya realizado comunicación alguna con respecto a esta grave disfunción.

El incumplimiento se ha producido en los tres ejes principales o fases en las que se desarrolla este contrato, que justifica las penalidades que se detallan, conforme a la cláusula 18 del PPT (referente al incumplimiento sucesivo de plazos):

A) Plataforma (página web) del Escaparate Virtual, como primera infracción: 2.000 €.

B) APP de fidelización, como segunda infracción: 4.000 €.

C) Guía de Digitalización, como tercera infracción: 6.000 €”.

El informe continúa indicando que, en relación con el resto de obligaciones establecidas en los pliegos en la prestación del servicio y con la citada cláusula 18, en su inciso segundo, se proponen las siguientes penalidades:

1.- En cuanto a la realización de un trabajo previo de sensibilización y captación de comercios y servicios para la adhesión al sistema, la empresa adjudicataria realizó dicho trabajo de una manera tan deficiente, que tuvo que ser ejecutado finalmente por la Concejalía Delegada de Comercio, gestionando y facilitando los datos de los comerciantes del Distrito II a la empresa adjudicataria. Esta primera infracción se cuantifica en 1.000 €.

2.- Informar al ayuntamiento, con frecuencia mensual, de la marcha de los trabajos encomendados. Según el informe, ha incumplido el cronograma de trabajo planteado en su oferta, desde un principio. Esta segunda infracción se cuantifica en 2.000 €.

3.- La Guía de Digitalización del Comercio, presentada como borrador, ha sido elaborada basándose en un lenguaje técnico de

una aplicación informática Word Press, quedando muy lejos del cumplimiento del fin objeto de la misma. Tercera infracción cuantificada en 3.000 €.

Según el informe, este incumplimiento del lote 1 «*conlleva una repercusión esencial en la ejecución del lote 2 del contrato, consistente en la "Mejora de la señalización digital para el comercio de barrio", mediante una instalación de dos tótems, que serían el soporte para poder vislumbrar toda la oferta comercial existente en el Escaparate Virtual, y ha implicado la necesidad de no poder incorporar dicho contrato dentro del ámbito del proyecto Edusiah, cofinanciado por FEDER al 50 %, ocasionando perjuicios en la financiación del lote 2, cuantificados por un importe de 13.000 €. Como quiera, que el artículo 194.2 LCSP, pueda ser aplicable al presente caso, este técnico entiende que dicha cuantía de daños está cubierta por las penalidades propuestas».*

En definitiva, el informe propone lo siguiente:

Por el incumplimiento esencial de la obligación del contrato, la resolución del mismo, con la devolución del importe abonado de la factura nº 2300015, por un importe de 15.034,25 €, con los intereses legales correspondiente en su caso.

Por incumplimientos en los plazos de ejecución, en los tres ejes principales o fases en las que se desarrolla este contrato, un total de 12.000 €, conforme al siguiente detalle:

- A) Plataforma (página web) del Escaparate Virtual, como primera infracción :2.000 €.
- B) APP de fidelización, como segunda infracción: 4.000 €
- C) Guía de Digitalización, como tercera infracción: 6.000 €.

Por incumplimiento del resto de las obligaciones para la prestación del servicio objeto de este contrato, un total de 6.000 €, con el siguiente desglose:

- A) Por la realización deficiente del trabajo previo de sensibilización y captación de comercios y servicios para la adhesión al sistema, una primera penalización por importe de 1.000 €.
- B) Por no informar al ayuntamiento, con frecuencia mensual, de la marcha de los trabajos encomendados, una segunda infracción, por importe de 2.000 €.
- C) Por la elaboración incorrecta de la Guía de Digitalización del Comercio, una tercera infracción, por importe de 3.000 €.

Como consecuencia, y con fecha 25 de octubre de 2023, la concejal delegada de Comercio formula a la Junta de Gobierno Local propuesta de inicio del expediente de resolución del contrato suscrito con IBEROMEDIA ACC, S.L.; por el incumplimiento del plazo de ejecución del contrato. Si se aprueba la resolución del contrato, se deberá reclamar la devolución de la cantidad abonada de 15.034,24 euros a la empresa en la liquidación del contrato.

Asimismo, se propone el inicio de expediente de imposición de penalidades por incumplimiento en los plazos de ejecución, por un importe total de 12.000 euros, y por incumplimiento del resto de las obligaciones para la prestación del servicio objeto de este contrato, por un importe total de 6.000 euros.

TERCERO.- La Junta de Gobierno Local, en sesión celebrada el 17 de noviembre de 2023, con transcripción en su acuerdo del informe elaborado por la responsable del contrato, aprueba la propuesta formulada por la concejal delegada de Comercio y

acuerda iniciar el expediente de resolución contractual, con imposición de las referidas penalidades.

Conferido trámite de audiencia a la empresa contratista mediante oficio de 28 de noviembre de 2023, la mercantil adjudicataria presenta el 7 de diciembre de 2023 un escrito de alegaciones en el que manifiesta su radical oposición a la resolución, *“dado que hasta la fecha no se ha producido incumplimiento alguno por parte de nuestra empresa. Durante el tiempo que ha transcurrido desde la firma del contrato, se han realizado los desarrollos necesarios del escaparate virtual, se han publicado los comercios, y la plataforma ha estado operativa, pero no hubo participación de los comercios, labor que no está contemplada en el pliego de condiciones que nos corresponde. Además, coincidiendo con la campaña electoral, hemos dejado de recibir comunicaciones por parte del personal del ayuntamiento por falta de tiempo y disponibilidad”*.

La empresa refiere *“que ha encargado a una empresa auditora externa realizar una auditoría del desarrollo realizado y fechas de lanzamiento, inspeccionando los logs internos de los servidores de la empresa. Dicho informe, junto al correspondiente historial de comunicaciones, serán aportados como pruebas legales en los próximos días. Queremos dejar clara nuestra posición de que no hubo incumplimiento por nuestra parte, ya que llevamos más de 20 proyectos similares con varios ayuntamientos y en ninguno de ellos hemos tenido ningún incumplimiento”*.

Con fecha 22 de mayo de 2024, emite informe el secretario titular del Órgano de Apoyo a la Junta de Gobierno Local y de la Asesoría Jurídica en relación con la tramitación y la legalidad del procedimiento, la normativa aplicable, su duración máxima, la concurrencia de las causas de resolución aducidas y las alegaciones

de la contratista, señalando, respecto de estas, que “*se ha podido constatar con la responsable del contrato que ni el informe al que hace referencia la entidad adjudicataria ni el historial de comunicaciones que menciona, se ha hecho llegar al ayuntamiento. Es más, por parte de la técnico, se ha intentado establecer comunicación para mantener una reunión y buscar posibles soluciones, tal y como solicita la empresa en su escrito, sin que en ningún caso se haya obtenido respuesta.*

Hay que destacar que en ningún momento la empresa ha tenido interés alguno en resolver la situación producida y realizar las prestaciones objeto del contrato, puesto que se le han efectuado varios requerimientos por parte del Ayuntamiento, los cuales serán aportados al expediente, instándoles a su cumplimiento, siendo todos ellos desatendidos por los responsables de la empresa”.

Igualmente hay que indicar, que la empresa adjudicataria con su incumplimiento ha producido un daño o perjuicio al Ayuntamiento que se plasma en el ocasionado a la financiación del Lote 2 del contrato relativo a la “*Mejora de la señalización digital para el Comercio de barrio*”, al no haber podido ejecutarse algunas de las prestaciones del mismo, ya que complementaba al Lote 1, trayendo como consecuencia, tal y como determina la técnico responsable en su informe, la imposibilidad “*...de incorporar dicho contrato dentro del ámbito del Proyecto Edusiah, cofinanciado por FEDER al 50%, ocasionando perjuicios en la financiación del lote 2, cuantificados por un importe de 13.000 €*”.

Por su parte, la Intervención municipal emite informe favorable el 3 de julio de 2024, señalando que “*hasta la fecha, la Junta de Gobierno Local ha aprobado las siguientes certificaciones:*

El 3 de marzo de 2023 se aprobó la certificación número 1, correspondiente a los trabajos realizados de diciembre de 2022 a

enero de 2023, por importe de 15.034,25 euros € IVA 21 % incluido, y el pago de la factura 2300015, de fecha 1 de febrero de 2023, que fue pagada el 21 de marzo de 2023. Por lo tanto, el importe total facturado y pagado asciende a un total de 15.034,25 euros”.

Finalmente, tras propuesta de la concejal delegada de Comercio realizada el 4 de julio de 2024, la Junta de Gobierno Local, en su sesión de 5 de julio de 2024, adopta el siguiente acuerdo:

“Aprobar la propuesta de resolución del contrato suscrito con IBEROMEDIA ACC, S.L., para la mejora y modernización del comercio de proximidad incluidas en el Plan Integral de dinamización comercial 2021-2023, para el Distrito II de Alcalá de Henares, con arreglo al proyecto EDUSIAH (EXPTE 6462BIS EDUSIAH), Lote 1: Escaparate virtual del comercio con sistema de fidelización digital y guía de digitalización para el comercio de barrio adjudicado a la empresa IBEROMEDIA ACC, S.L., con la devolución del importe abonado de la factura nº 2300015 por un importe de 15.034,25 € con los intereses legales correspondiente en su caso, al haber sido formulada oposición por parte del contratista; así como la imposición de una penalidad de 12.000,00 € por los siguientes incumplimientos:

A) Plataforma (página web) del Escaparate Virtual, como primera infracción 2.000 €. B) APP de fidelización, como segunda infracción: 4.000 €. C) Guía de Digitalización, como tercera infracción: 6.000 €.

B) Y la imposición de una penalidad de 6.000,00 € por los siguientes incumplimientos: A) Por la realización deficiente del trabajo previo de sensibilización y captación de comercios y servicios para la adhesión al sistema, una primera penalización

por importe de 1.000 €. B) Por no informar al ayuntamiento, con frecuencia mensual, de la marcha de los trabajos encomendados. Una segunda infracción por importe de 2.000 €. C) Por la elaboración incorrecta de la Guía de Digitalización del Comercio, una tercera infracción por importe de 3.000 €”.

Asimismo, se propone, de conformidad con el artículo 22.1.d) de la Ley 39/ 2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Pùblicas (LPAC), que se apruebe la suspensión del plazo de caducidad de ocho meses para resolver, por el tiempo que medie entre la petición del Dictamen de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del dictamen, 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, se indica que proseguirá el procedimiento.

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 pùblicas 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 25 de noviembre de 2022, por lo que resulta de aplicación la citada LCSP/17, tanto en el aspecto sustantivo como en el procedimiento.

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, por lo que la Junta de Gobierno Local es también el órgano competente para la resolución.

En el caso que nos ocupa, figura en el expediente examinado el informe de la Asesoría Jurídica y de la Intervención municipal, que han sido emitidos durante la instrucción del procedimiento. Por otro

lado, se ha dado audiencia a la contratista, el cual formuló alegaciones oponiéndose a la resolución contractual planteada por la Administración, y se ha formulado una propuesta de resolución, para su remisión, junto con el resto del expediente a esta Comisión Jurídica Asesora.

En cuanto 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 se inició por el acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 17 de noviembre de 2023, de modo que, en principio, y atendiendo a la indicada fecha, el expediente habría caducado cuando la solicitud de dictamen tuvo entrada en el registro de esta Comisión Jurídica Asesora, el 12 de agosto de 2024.

Ahora bien, consta asimismo que la Administración que recaba el dictamen ha hecho uso de la facultad de suspender el procedimiento al solicitar el dictamen de este órgano consultivo de

conformidad con el artículo 22.1 d) de la LPAC, que sigue la pauta ya establecida en el artículo 42.5.c) de la LRJ-PAC al señalar que el plazo máximo legal para resolver y notificar un procedimiento podrá suspenderse entre otras circunstancias “...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 cualquier caso, hay que recordar que, para que sea efectiva la suspensión del plazo es preciso, según este precepto, que se comuniquen a los interesados tanto la petición como la emisión de los informes cuya solicitud justifica la suspensión, requisito a cuyo efectivo cumplimiento queda condicionada la efectividad de la pretendida suspensión de plazo. En el presente expediente no hay constancia documental de la referida comunicación a los interesados, cuya omisión, en su caso, determinaría la ineficacia de la suspensión acorada y, por ende, la caducidad del presente procedimiento.

TERCERA.- En todo caso, es preciso analizar la naturaleza y la verdadera adecuación al ordenamiento jurídico y, en especial, a la LCSP/17, del procedimiento tramitado por el Ayuntamiento de Alcalá de Henares. Al respecto, cabe recordar que el artículo 192.2 de la LCSP/17 determina que “cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiere incumplido parcialmente la ejecución de las prestaciones definidas en el contrato, la Administración podrá optar, atendidas las circunstancias del caso, por su resolución o por la imposición de las penalidades que, para tales supuestos, se

determinen en el pliego de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo”. En el mismo sentido, el artículo 193.3, relativo a la “*demora en la ejecución*”, señala también 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 la proporción de 0,60 euros por cada 1.000 euros del precio del contrato, IVA excluido*”.

Ya el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, en su Dictamen 532/09, de 9 de diciembre, refería que “*del tenor literal del artículo 95.3 T.R.L.C.A.P., se desprende que no pueden simultanearse ambas vías, sino que la Administración contratante podrá optar, en el supuesto de incumplimiento del plazo, por la resolución del contrato o por la imposición de penalidades*”.

En el mismo sentido, el Dictamen 310/17, de 27 de julio, de esta Comisión Jurídica Asesora determinaba que «*de la dicción legal se desprende que el empleo de la preposición disyuntiva en el apartado 4 del artículo 212 del TRLCS parece tener claramente el carácter de opción y por lo tanto no cabe el ejercicio conjunto de ambas facultades, de manera que si la Administración opta por la imposición de penalidades no puede proceder a la resolución contractual. Como recuerda la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 18 de mayo de 2016 la finalidad de dichas penalidades “es intimar el debido cumplimiento del contrato y corregir los eventuales incumplimientos contractuales y no castigar conductas”. Ya declaró el Consejo de Estado en su Dictamen de 28 de diciembre de 1987 (si bien con referencia al artículo 45 de la Ley de Contratos del Estado) que la Administración al decidir imponer penalidades ha declarado el derecho para el contratista de seguir en la ejecución del contrato, por lo que para que*

pueda posteriormente acordar la resolución debe revisar de oficio previamente el acto que ha declarado ese derecho a la continuación del contrato aunque ello suponga un cumplimiento tardío del mismo».

También la jurisprudencia se ha manifestado en la misma dirección, pudiendo citarse la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 24 de abril de 2014, cuando afirma que : “*La imposición de penalidades es utilizada en la contratación administrativa como medio coercitivo o de presión al contratista, que se aplica para asegurar el cumplimiento regular de las obligaciones contractuales dentro del plazo prefijado, buscando así la terminación de la obra en el tiempo previsto, por lo que reiteradamente se ha entendido, y así también lo ha dicho esta Sala en Sentencias de 16 de Septiembre del 2009 y 20 de Febrero de 2014, que tales penalidades pueden imponerse una vez que el contratista incurra en mora durante la ejecución del contrato pero no una vez finalizada la obra, ya que como hemos expuesto su finalidad es intimar el debido cumplimiento del contrato y corregir los eventuales incumplimientos contractuales y no castigar conductas, al no tener estas penalidades naturaleza estrictamente sancionadora, por lo que perderían dicha finalidad. En efecto, de no ser así el artículo 95.3 del TRLCAP no daría a la Administración la posibilidad de optar entre resolver o compelir al contratista con esas penalidades”.*

Sobre la naturaleza de las penalidades y las peculiaridades del procedimiento para su imposición, nos pronunciábamos también en el Dictamen 354/22, de 7 de junio, recogiendo el contenido de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4^a, de 21 de mayo de 2019 –rec. 1372/2017 que, en relación con el expediente de imposición de penalidades dice:

«1º. Es punto común y pacífico que en lo sustantivo tales penalidades no responden al ejercicio de una potestad sancionadora, luego para su imposición no se sigue un procedimiento específico de naturaleza sancionadora ni éste es aplicable supletoriamente. Al respecto es jurisprudencia de esta Sala que responden al ejercicio de una facultad de coerción sobre el contratista para la correcta ejecución del contrato, facultad que implica poderes de dirección, inspección y control que, en garantía del interés público, se atribuye a la Administración (cf. sentencia de esta Sala, Sección Quinta, de 6 de marzo de 1997, recurso de apelación 4318/1991).

2º Su naturaleza ciertamente se acerca a la lógica de la multa coercitiva como instrumento cuyo fin es forzar, mediante su reiteración y hasta lograr el cumplimiento de determinada obligación contractual. Tal similitud se acentúa cuando con la penalidad se reacciona ante retrasos del contratista u otro cumplimiento defectuoso mantenido en el tiempo; ahora bien, cuando se impone como consecuencia de un incumplimiento puntual o ejecutado del contrato, ya no implica coerción alguna y su naturaleza se asemeja ciertamente a la sancionadora o cumple un fin resarcitorio.

3º Aun así, como tal penalidad tiene una sola regulación y no puede ostentar diversa naturaleza dependiendo de su finalidad, hay que estar al criterio jurisprudencial según el cual carece de una vocación sancionadora en sentido estricto, y se configura como una suerte de cláusula penal contractual (cf. artículo 1152 del Código Civil) cuya razón radica en el interés público que se satisface con el contrato y que es necesario tutelar.

4º En lo procedural la imposición de penalidades se ubica sistemáticamente en la LCSP 2007 en sede de ejecución

contractual, sin que se prevea para su ejercicio un procedimiento específico y diferenciado, lo que no es el caso de esos otros supuestos del artículo 194 de la LCSP de 2007 en los que sí prevé que la Administración contratante ejerza ciertas potestades mediante concretos procedimientos: es el caso de los supuestos de interpretación, modificación, resolución, reclamación de deudas, cesión o subcontratación (cf. artículo 195.1 de la LCSP 2007).

5º Cobra así sentido la cita de la sentencia del Pleno de esta Sala, de 28 de febrero de 2007, recurso de casación 302/2004, que constituye la ratio decidendi de la sentencia impugnada. Pese a dictarse para un supuesto distinto, de ella cabría deducir que la imposición de penalidades no implica un procedimiento autónomo o diferenciado dentro del procedimiento contractual iniciado con la adjudicación, sino una decisión o trámite en particular de la fase de ejecución.

6º Esto no quita que para su adopción haya una regulación mínima en el artículo 196.8 de la LCSP 2007, lo que evita la idea de imposición de plazo: se prevé así que haya propuesta y decisión y que haya trámite de audiencia o alegaciones es una exigencia no expresamente prevista, sino que responde a un cabal entendimiento del principio de proscripción de la indefensión, exigencia común a todo acto mediante el cual el poder público imponga un gravamen.

7º Las previsiones del citado artículo 196.8 de las LCSP lleva a la idea cierta de que hay un expediente, pero no un procedimiento. En efecto, la idea de expediente supone la documentación de la sucesión de actuaciones que integran un procedimiento, pero puede implicar sólo la constancia documental de decisiones, lo que asemeja a las penalidades con

las multas coercitivas que adoptadas para la ejecución de acto incumplido que sí pone fin a un procedimiento.

8º De esta manera como ya la denominó la sentencia de esta Sala, Sección Quinta, de 30 de octubre de 1995 (recurso de apelación 5203/1991) con la imposición de penalidades se está ante una "decisión ejecutiva", si bien acordada en el curso del procedimiento de ejecución de un contrato, prevista en los contratos a modo de estipulación accesoria cuya regulación mínima se agota, en este caso, en el artículo 196.8 de la LCSP 2007. No precisa, por tanto, la aplicación supletoria de la Ley 30/1992 -hoy Ley 39/2015- para su regulación.

9º Quiebra de esta manera el presupuesto normativo del artículo 44.2 de la Ley 30/1992 pues la fase de ejecución contractual, dentro del procedimiento administrativo, no tiene por objeto ejercitar una potestad de "intervención" susceptible de producir efectos desfavorables o de gravamen: se está ante la regulación de dicha fase dentro del procedimiento contractual, cuya finalidad es la correcta ejecución de un contrato mediante el que se satisfacen intereses públicos».

En consecuencia, en este mismo dictamen concluíamos que «*por tanto, si por caducidad de la concesión se entiende la resolución del contrato de concesión, que es la sanción más grave que se puede imponer al contratista, no parece posible que en su tramitación se siga el procedimiento de imposición de penalidades que, entre otras diferencias, no exige la intervención con carácter preceptivo “del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma”, en caso de oposición del contratista (ex. artículo 191.3 LCSP/17)».*

En definitiva, no cabe entender adecuada la tramitación llevada a cabo por el Ayuntamiento de Alcalá de Henares ni la

adopción de un acuerdo que, de modo simultáneo, pretende la resolución del contrato y también la imposición de penalidades a la contratista, por contravenir la dicción literal de los artículos 192.2 y 193.3 de la LCSP/17, de modo que, con carácter previo, la Administración consultante debe decidir si opta por una u otra de ambas facultades, en consideración tanto a la entidad de los incumplimientos como a las necesidades de servicio público que pudieran justificar la continuación en la ejecución del contrato, y tramitar, en su caso, el procedimiento que corresponda en función de la opción elegida.

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

CONCLUSIÓN

No procede la resolución del contrato denominado “*Servicio para la ejecución de las medidas de mejora y modernización del comercio de proximidad, incluidas en el Plan Integral de Dinamización Comercial 2021- 2023 para el Distrito II de Alcalá de Henares, con arreglo al Proyecto Edusiah (Lote 1: escaparate virtual del comercio con sistema de fidelización digital y guía de digitalización para el comercio de barrio)*”, suscrito con la empresa IBEROMEDIA ACC, S.L. por las causas señaladas 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 26 de septiembre de 2024

La Vicepresidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 571/24

Sra. Alcaldesa de Alcalá de Henares

Pza. de Cervantes, 12 – 28801 Alcalá de Henares