

Dictamen nº: **12/18**  
Consulta: **Rector de la Universidad Autónoma de Madrid**  
Asunto: **Contratación Administrativa**  
Aprobación: **11.01.18**

**DICTAMEN** del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad en su sesión de 11 de enero de 2018, sobre la consulta formulada por el rector de la Universidad Autónoma de Madrid a través del consejero de Educación e Investigación al amparo del artículo 5.3.f) d. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en relación con el expediente de resolución del contrato de obra denominado “*Obras para la implantación de los laboratorios del SIDI de la Universidad Autónoma de Madrid en el nuevo edificio trimodular (primera fase)*”.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Mediante oficio que ha tenido entrada en la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid con fecha 26 de diciembre de 2017, el rector de la Universidad Autónoma de Madrid, a través del consejero de Educación e Investigación, ha solicitado dictamen preceptivo sobre la resolución del contrato de obra denominado “*Obras para la implantación de los laboratorios del SIDI de la Universidad Autónoma de Madrid en el nuevo edificio trimodular (primera fase)*”.

En dicha fecha ha comenzado el cómputo del plazo de quince días para la emisión del dictamen conforme a lo previsto en el artículo 23.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora, aprobado por el Decreto 5/2016, de 19 de enero, del Consejo de Gobierno (ROFCA) al haberse solicitado la emisión del dictamen con carácter de urgencia.

La ponencia ha correspondido por reparto de asuntos al letrado vocal D. Carlos Yáñez Díaz, quien formuló y firmó la propuesta de dictamen, deliberada y aprobada por el Pleno de la Comisión Jurídica Asesora en sesión celebrada el día de enero de 2018.

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

1. El 24 de mayo de 2017 se aprobó por la Gerencia de la Universidad Autónoma de Madrid (UAM) el expediente de contratación y los pliegos de cláusulas administrativas particulares que habían de regir el contrato para las obras para la implantación de los laboratorios del SIDI de la Universidad Autónoma de Madrid en el nuevo edificio trimodular (primera fase).

El contrato se adjudicaría por procedimiento abierto siendo el precio el único criterio de adjudicación con un presupuesto base de licitación de 805.095,61 euros y un plazo de ejecución de cuatro meses.

Tras la oportuna tramitación el contrato fue adjudicado el 27 de julio de 2017 a la mercantil DÍAZ CUBERO S.A. (*en adelante, la contratista*) por un precio de 489.045,67 euros (IVA no incluido), siendo formalizado el 21 de agosto de 2017.

2. Consta un acta de comprobación de replanteo de fecha 10 de octubre de 2017 en el que se indica que la obra es viable a juicio del

arquitecto-director que autoriza el inicio de la obra comenzando a contar el plazo de ejecución desde el día siguiente a su firma.

El acta aparece firmada por el representante de la UAM y por el ingeniero redactor pero no por la contratista.

Consta un escrito de la contratista con fecha de registro de entrada del 10 de octubre de 2017 en el que se indica que, tras diversas reuniones con la UAM y la dirección facultativa de las obras, la contratista ha mantenido que no es posible ejecutar las obras tal y como aparecen definidas en el proyecto, debido a:

a) la existencia de partidas no desarrolladas, especificadas ni definidas en el proyecto que las hacen irrealizables.

b) la existencia de partida de “*equipos e instalaciones*” que, tal y como están definidas en el proyecto y acorde a los precios unitarios en que están valoradas, permite colocar cualquier equipo disponible en el mercado que no cumpliría las expectativas y condiciones técnicas de las instalaciones que posteriormente se quisiesen instalar sin que, hasta la fecha, se haya dado una solución que haga viable la adecuación de estos equipos a las instalaciones pretendidas.

Por todo ello manifiesta su disconformidad con el replanteo e inicio de las obras.

El 25 de octubre de 2017 emite informe el director de infraestructuras de la UAM en el que afirma que en el mes de septiembre mantuvieron una serie de reuniones con la contratista en las que se estableció un planning de obra con costes de ejecución por certificaciones aprobándose el 21 de septiembre el plan de seguridad y salud.

Una vez firmado el plan de obra se requirió a la empresa para el comienzo inmediato de las obras sin ninguna implantación por su parte.

El 6 de octubre se convocó a la contratista y a la dirección facultativa para firmar el acta de comprobación de replanteo e inicio de obras. En ese momento la empresa se niega a firmar el acta.

El informe destaca que la contratista no concreta cuáles son las partidas que no están especificadas ni definidas si bien en las reuniones se les han explicado cuantas dudas manifestaban sobre la puesta en obra de determinadas instalaciones y se les indicó el lugar del proyecto donde podía encontrar los datos solicitados llegando incluso a tener reuniones con alguna empresa susceptible de poder ser subcontratada por la contratista para explicar con mayor detalle determinadas instalaciones.

En cuanto a los precios unitarios de determinadas instalaciones se indicó a la contratista que tales precios se obtuvieron de consultas a fabricantes e instaladores sin que se puedan instalar elementos que no cumplan con las especificaciones del proyecto.

De esta forma considera que las causas por las que la contratista se niega a firmar el acta de comprobación de replanteo son infundadas y entiende que se debe proceder a la resolución del contrato.

**TERCERO.-** Con fecha 2 de noviembre de 2017 el gerente de la UAM acuerda el inicio del procedimiento de resolución del contrato.

Al día siguiente el jefe del Servicio de Contratación concede el trámite de audiencia a la contratista y a la aseguradora que prestó la garantía definitiva.

Por escrito de 13 de noviembre remitido por burofax con esa misma fecha y con entrada el día 14 la contratista afirma que la UAM conoce cuales son las partidas indefinidas ya que se han mantenido varias reuniones (reconocidas por la UAM) en las que se les explicó cuáles eran los aspectos de la obra en los que no existían especificaciones y definiciones concretas de las que carece el proyecto y que hace la obra inviable.

Asimismo indica que no se les ha remitido ningún informe aclaratorio “*sobre los puntos sobre los que venimos reclamando aclaración*” sin que el informe del director de infraestructuras aporte ninguna información sobre las dudas planteadas.

Por todo ello se opone a la resolución del contrato, solicita que se le remita un informe de la dirección facultativa que justifique el estudio técnico y económico de las partidas no definidas correctamente reservándose el derecho a exigir indemnización de daños y perjuicios.

No consta que la aseguradora que prestó la garantía definitiva presentase alegaciones.

El 28 de noviembre emitió informe la Asesoría Jurídica de la UAM en el que considera que no hay causa real por la que la contratista no pueda firmar el acta de comprobación del replanteo e iniciar las obras.

Considera aplicable la causa de resolución del artículo 223 f) del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP) en relación con la cláusula 14 del pliego de cláusulas administrativas particulares que considera que el incumplimiento de los plazos por el contratista por causas imputables al mismo puede ser casusa de penalización o resolución con pérdida de la garantía.

Consta una propuesta de resolución del contrato fechada el 24 de noviembre en la que se considera que la contratista se comprometió a cumplir el contrato de acuerdo con el proyecto aprobado por la UAM tal y como se hacía constar en la cláusula primera del contrato sin que durante la tramitación del procedimiento de adjudicación la contratista manifestase reparo alguno sobre el proyecto.

Considera que es aplicable la causa de resolución del artículo 223 f) TRLCSP en relación con la cláusula 14ª del liego de cláusulas administrativas particulares así como la incautación de la garantía definitiva de conformidad con la citada cláusula y lo establecido en los artículos 100 c) y 225.4 del TRLCSP.

El 12 de diciembre de 2017 el rector de la UAM solicita con carácter urgente el dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora.

No consta que se haya suspendido el plazo para resolver el procedimiento al recabar el informe preceptivo de esta Comisión.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

### **CONSIDERACIONES DE DERECHO**

**PRIMERA.-** La petición de dictamen se ha de entender realizada al amparo de lo dispuesto en el artículo 5.3.f) d. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, a cuyo tenor la Comisión Jurídica Asesora deberá ser consultada en los expedientes tramitados por las Universidades públicas en los supuestos de *“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 de las*

*Administraciones públicas*”, y ha sido formulada por órgano competente para ello en virtud de lo dispuesto en el artículo 18.3.d) del ROFCJA.

El dictamen ha sido evacuado dentro del plazo de urgencia establecido en el artículo 23.2 de dicho reglamento.

**SEGUNDA.-** El contrato se adjudicó por resolución del gerente de la UAM de 27 de julio de 2017 y se formalizó el 21 de agosto, por lo que resulta de aplicación el TRLCSP en cuanto normativa vigente en dicho momento.

En cuanto a la competencia para acordar la resolución de los contratos administrativos, el artículo 210 del TRLCSP dispone que *“dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, (...) acordar su resolución y determinar los efectos de esta”*.

En este caso, el órgano de contratación es el rector conforme lo dispuesto en el artículo 111 de los Estatutos de la UAM aprobados por Decreto 214/2003, de 16 de octubre, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueban los Estatutos de la Universidad Autónoma de Madrid si bien la competencia se encuentra delegada en el gerente por Resolución del Rector de 29 de junio de 2017 (B.O.C.M. núm. 157, de 4 de julio de 2017) al disponer que se delegan en el gerente:

*“Cuantas funciones vengan atribuidas por la legislación vigente al Rector en materia de contratación administrativa, sin más límites que los que pudiera imponer la normativa aplicable a dicha materia, siempre que el valor estimado del contrato no supere 6.000.000 de euros, e indistintamente en los Decanos y Director de la EPS y Vicerrector de Investigación la aprobación de los contratos calificados como menores, que correspondan a las dotaciones*

*presupuestarias de los que sean responsables en los presupuestos anuales”.*

Por lo que se refiere al procedimiento de resolución contractual, habrá que estar a lo dispuesto en la normativa vigente en el momento de su inicio (esto es, el 2 de noviembre de 2017), lo que supone igualmente la aplicación en el caso analizado del TRLCSP, en particular de sus artículos 211 y 225.3. Además, ante la falta de desarrollo reglamentario en el aspecto objeto de estudio de las disposiciones vigentes en materia de contratación del sector público, debe considerarse lo dispuesto en el artículo 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), referido específicamente al “*procedimiento para la resolución de los contratos*”.

De forma subsidiaria se aplicara, conforme la disposición final 3<sup>a</sup> del TRLCSP la legislación de procedimiento administrativo, en concreto la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC).

En particular, el artículo 211.1 TRLCSP requiere que en el correspondiente expediente se dé audiencia al contratista. Asimismo, el artículo 109 del RGCAP exige la audiencia al avalista o asegurador “*si se propone la incautación de la garantía*”, como es el caso. En el caso sujeto a dictamen, se ha respetado el derecho de audiencia de la contratista, que ha formulado las alegaciones que ha tenido por conveniente, y de la avalista, que no ha presentado escrito no obstante ser notificada de la incoación del procedimiento según está acreditado en los folios 183-185 del expediente administrativo.

En el procedimiento se ha emitido informe favorable a la resolución por la Asesoría Jurídica de la UAM.

Igualmente, se ha incorporado al expediente administrativo la oportuna propuesta de resolución, en la que se desestiman las alegaciones de la contratista. Esta, según hemos manifestado, entre otras ocasiones, en el Dictamen 191/16, de 9 de junio, no debe limitarse a ser un borrador incompleto de una resolución finalizadora del procedimiento, sino que 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.

En el expediente administrativo remitido a esta Comisión Jurídica Asesora, la propuesta de resolución se pronuncia en términos similares a lo recogido en el informe de la Asesoría Jurídica que es de fecha posterior a la propuesta.

De conformidad con el apartado tercero del artículo 211 del TRLCSP, será 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, como es el caso, en que hay discrepancia en torno a la existencia misma de un incumplimiento contractual.

En relación con el plazo para resolver, en los procedimientos de resolución de contratos iniciados de oficio, el incumplimiento del plazo de tres meses para resolver el procedimiento determina la caducidad del procedimiento (art. 25.1.b de la LPAC). En el caso sujeto a dictamen, atendida la fecha de inicio de procedimiento, que tuvo lugar el 2 de noviembre de 2017, el procedimiento no está caducado al emitir esta Comisión su dictamen, si bien la Administración que suscita la consulta no ha hecho uso de la facultad de suspender el procedimiento de conformidad con el artículo 22.1 d) de la LPAC, que señala que el

plazo máximo legal para resolver y notificar un procedimiento podrá suspenderse cuando se soliciten informes preceptivos a un órgano de la misma o distinta Administración. De esta forma la resolución que recaiga en el procedimiento deberá notificarse antes del 2 de febrero de 2018.

**TERCERA.-** La propuesta de resolución considera que la resolución contractual se justifica por la negativa del contratista a firmar el acta de comprobación del replanteo alegando una serie de defectos en el proyecto que no llega a concretar en ningún momento con lo cual ha incumplido *“la más elemental de las obligaciones del contratista, que no es otra que la de ejecutar la obra”*.

Partiendo de ese hecho la propuesta considera aplicable la causa de resolución del artículo 223 f) del TRLCSP *“incumplimiento de las obligaciones esenciales calificadas como tales en los pliegos o en el contrato”* puesto que, a la fecha de la propuesta de resolución, no se habían iniciado las obras objeto del contrato.

En el caso que nos ocupa la contratista se ha negado a firmar el acta de comprobación del replanteo, trámite contemplado en el artículo 229 del TRLCSP. A su vez el artículo 139 del RGLCAP establece en su regla 5ª 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”*.

La remisión al apartado anterior se refiere a que, en los casos en los que no se acredite la disponibilidad de los terrenos o el director de

la obra considere necesario realizar modificaciones en las obras proyectadas, quedará en suspenso la iniciación de las obras hasta que el órgano de contratación adopte la resolución que proceda.

Como recuerda la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 26 de abril de 2005 (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. Las dos partes deben contemplar la comprobación del replanteo como una garantía propia, ya que la ejecución del contrato de obras comienza en este momento”.*

En el contrato objeto del presente dictamen, el contratista planteó en el momento de la comprobación del replanteo diversas objeciones

relativas a unas supuestas indefiniciones e imprecisiones del proyecto así como a la previsión en el proyecto de equipos e instalaciones que, por los precios unitarios contemplados, no permitirían posteriormente la eficaz utilización de las instalaciones.

Es necesario destacar que esas alegaciones del contratistas son completamente genéricas y que no ha precisado, ni en el momento del acta de comprobación del replanteo ni tampoco en el procedimiento de resolución, cuáles son esos defectos del proyecto con lo cual es imposible que la Administración pueda analizar su realidad y mucho menos subsanarlos. En concreto llama la atención la referencia a unos, supuestamente bajos, precios unitarios cuando el propio contratista efectuó una importante baja al precio de licitación.

Así, en la propia acta de comprobación del replanteo la Administración, desestimó esas alegaciones y ordenó el inicio de las obras, sin que el contratista procediera a ello. Posteriormente el director de infraestructuras emitió un informe considerando improcedentes las alegaciones del contratista, informe que para el contratista tampoco resuelve sus dudas lo cual no deja de tener sentido puesto que es el propio contratista el que no ha llegado a exponer en ningún momento de una manera seria cuales son las deficiencias del proyecto que impiden el inicio de las obras. Resulta imposible contestar a unas deficiencias que no llegan a explicarse por el contratista.

Ni siquiera en el procedimiento de resolución contractual el contratista ha llegado a exponer tales deficiencias sino que se limita, una vez más, a exponer que el proyecto tiene deficiencias e indefiniciones y a exigir una solución a las mismas.

Esta actitud del contratista no puede ser entendida sino como una negativa a ejecutar las obras con el consiguiente incumplimiento de los plazos contractuales.

El Consejo de Estado en el Dictamen 688/2004, de 27 de mayo, considera que la negativa del contratista a iniciar las obras tras la desestimación de las alegaciones formuladas en el acta de comprobación del replanteo determina que no se cumplan los plazos de ejecución del contrato lo que supone el incumplimiento de una obligación esencial.

Por ello se entiende que concurre la causa de resolución planteada al negarse la contratista a la ejecución del contrato.

En cualquier caso, la validez de la resolución que, en su caso, sea dictada, estará condicionada a su conclusión dentro del plazo máximo de tres meses para resolver, conforme a lo expuesto al tratar sobre la caducidad del procedimiento.

**CUARTA.-** Por último ha de hacerse una referencia a la incautación de la garantía definitiva, toda vez que el artículo 225.4 del TRLCSP establece que el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso sobre la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía.

El artículo 225.3 del TRLCSP, establece lo siguiente:

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

Como hemos recogido en anteriores dictámenes de esta Comisión Jurídica Asesora, siguiendo la doctrina mayoritaria del Consejo

Consultivo de la Comunidad de Madrid, del precepto transcrito no puede inferirse la incautación de la garantía como un efecto automático inherente a la resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista. En este punto cabe recordar que el artículo 114.4 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas y posteriormente el artículo 113.4 del Texto Refundido, aprobado por Real Decreto legislativo, 2/2000, de 16 de junio, determinaban, para los casos de resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista, la incautación automática de la garantía debiendo además indemnizarse los daños y perjuicios producidos a la Administración en lo que excedieran de su importe. Con base en dicha regulación se venía admitiendo una doble naturaleza de la garantía, por una parte, como una especie de pena convencional que se aplicaba automáticamente con independencia de los daños y perjuicios causados a la Administración, y de otra, como indemnización de los daños y perjuicios causados, lo que exigía una cuantificación de los perjuicios causados de manera que si el cálculo era superior a la garantía incautada, la Administración reclamaba al contratista el importe que excediera de la garantía constituida. Frente a ese automatismo en la incautación de la garantía, la jurisprudencia y el Consejo de Estado, fueron modulando su aplicación e incluso excluyéndola en determinados casos a la vista, por ejemplo, del comportamiento de las partes en la vida contractual.

En la actualidad, el citado artículo 225.3 del TRLCSP (al igual que su precedente inmediato el artículo 208.4 de la LCSP) y a diferencia que lo que prevé el artículo 213.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, no contempla referencia alguna a la incautación automática de la garantía, sino que circunscribe las consecuencias de la resolución contractual por incumplimiento culpable de la contratista a la obligación de indemnización de los daños y perjuicios ocasionados, de manera que si el importe de la fianza es superior al de los daños y perjuicios cuantificados, la incautación debe

ser parcial, procediendo la devolución de la garantía en la suma restante.

Manifestada, pues la postura mayoritaria contraria a la incautación automática de la garantía, debe señalarse que la Administración no ha llevado a cabo ninguna valoración de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento imputable al contratista sino que expresamente remite esa determinación a un procedimiento posterior. Por ello, la Administración contratante deberá tramitar un procedimiento contradictorio con audiencia del contratista para valorar económicamente los daños y perjuicios irrogados como consecuencia del incumplimiento.

Ahora bien, no se debe olvidar que el artículo 225.4 del TRLCSP establece que *“en todo caso el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que, en su caso, hubiese sido constituida”*, previsión que conjuga mal con la brevedad de los plazos a que viene sometida la tramitación del procedimiento resolutorio y la sanción de caducidad que lleva aparejada la superación de esos plazos.

De esta forma, entendemos procedente acordar la resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista sin pérdida de la garantía constituida y que se incoe un procedimiento contradictorio para la determinación de los daños y perjuicios, reteniéndose mientras tanto el importe de la garantía, como medida cautelar.

En mérito a lo que antecede, la Comisión Jurídica Asesora formula la siguiente

## CONCLUSIÓN

Procede acordar la resolución del contrato “*Obras para la implantación de los laboratorios del SIDI de la Universidad Autónoma de Madrid en el nuevo edificio trimodular (primera fase)*”.

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 11 de enero de 2018

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 12/18

Excmo. y Magfco. Sr. Rector de la Universidad Autónoma de Madrid

C/ Einstein, nº 1 - 28049 Cantoblanco - Madrid