

Dictamen nº: **277/19**  
Consulta: **Consejera de Justicia**  
Asunto: **Contratación Administrativa**  
Aprobación: **27.06.19**

**DICTAMEN** del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión del día 27 de junio de 2019, emitido ante la consulta formulada por la consejera de Justicia, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, sobre resolución del contrato denominado: “*Obras de renovación de pavimento en la sede judicial de c/Gran Vía, 19 de Madrid*” (Exp: A/OBR-000814/2018) adjudicado a MOVIMIENTOS DE TIERRAS ALIA, S.L (en adelante, “*la contratista*”).

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El 9 de mayo de 2019 tuvo entrada en este órgano consultivo una solicitud de dictamen formulada por la consejera de Justicia relativa al expediente de resolución del contrato que figura en el encabezamiento de este dictamen.

Se solicitó complemento de expediente, en virtud de lo dispuesto en el artículo 19 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero, del Consejo de Gobierno (en adelante, ROFCJA). La documentación fue remitida a este órgano consultivo el 13 de junio de 2019.

Ha correspondido la solicitud de consulta del presente expediente, registrada en la Comisión Jurídica Asesora con el nº 230/19, al letrado vocal Dña. M<sup>a</sup> del Pilar Rubio Pérez de Acevedo que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada por unanimidad por el Pleno de este órgano consultivo en sesión celebrada el 27 de junio de 2019.

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

1. De acuerdo con los antecedentes administrativos que figuran en el contrato firmado el 20 de agosto de 2018, mediante Orden de la Consejería de Presidencia, Justicia y Portavocía del Gobierno de fecha 18 de enero de 2018 se aprobó el proyecto de ejecución de *“obras de renovación de pavimentos en la sede judicial de c/Gran Vía, 19 de Madrid”*.

El pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP) y el de prescripciones técnicas (PPT) para la contratación de las referidas obras fueron aprobados por Orden de la Consejería de Presidencia, Justicia y Portavocía del Gobierno de 21 de febrero de 2018 para su adjudicación por procedimiento abierto mediante criterio precio. El gasto se aprobó por el órgano competente el 21 de febrero de 2018 previa la fiscalización por la Intervención de la Comunidad de Madrid de 20 de febrero de 2018. El compromiso de gasto fue fiscalizado por la Intervención Delegada el 10 de julio de 2018.

La adjudicación del contrato se acordó mediante Orden de la consejera de Justicia de 18 de julio de 2018 por un importe total de 112.530 euros.

El adjudicatario constituyó la garantía definitiva mediante contrato de seguro de caución de fecha 14 de junio de 2018, por importe de 4.650,00 euros, en la Tesorería General de la Comunidad de Madrid.

El contrato se formalizó el 20 de agosto de 2018. Según su cláusula tercera:

*“El contratista se obliga a cumplir el contrato en el plazo total de 3 meses, debiendo ajustarse igualmente a los plazos parciales que, en su caso, se fijen en la aprobación del programa de trabajo de las obras, que se compromete a presentar el contratista en el plazo de 30 días naturales.*

*El plazo de ejecución comenzará a contarse desde el día de la comprobación del replanteo, que se llevará a cabo en un plazo no superior a un mes desde la fecha de formalización.*

*En caso de incumplimiento del plazo total o de los parciales fijados, la Administración podrá optar indistintamente por la resolución del contrato o por la imposición de las penalidades previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares. En su defecto se aplicarán las previstas en el artículo 212 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la de la Ley de Contratos del Sector Público, en adelante TRLCSP.*

*El plazo de garantía del contrato se establece en un año, contar desde la fecha del acta de recepción de las obras”.*

El 20 de septiembre de 2018 el arquitecto de la Dirección General de Infraestructuras Judiciales hizo constar que se había convocado a la empresa en esa fecha para la firma del acta de comprobación de replanteo de conformidad con el artículo 229 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP) y que, *“una vez reunido con la empresa adjudicataria, la misma no firma el acta de comprobación del replanteo alegando “omisiones en la redacción del Proyecto de Ejecución”.*

Celebrada la reunión, la empresa presentó un escrito en el que explicaba que no habían firmado el acta de comprobación de replanteo porque se habían detectado errores u omisiones padecidos en la redacción del proyecto que argumentaba manifestando que:

*“El proyecto recoge el arrancado del pavimento existente en las plantas de la 3ª a la 6ª del edificio, figurando que es de PVC, cuando lo existente en la realidad es pavimento de linóleo.*

*Esto hace necesario, tanto a criterio de la D.F. como nuestro, que tras el arrancado del pavimento y previo a la colocación del nuevo, el extendido de una o incluso dos capas, en algunas zonas, de pasta nivelante. Dado que las características de los pavimentos pegados de linóleo hacen que en su retirada sea habitual que salgan con gran parte de su base de asiento.*

*Todo esto no ha sido considerado en las mediciones de proyecto contenidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares.*

*Por otro lado el proyecto recoge una partida denominada “01.05 m2 REPARACIONES DE SOPORTE: Reparación de irregularidades en el pavimento existente con pasta niveladora para la colocación del nuevo”. Que supone la aplicación de dicha pasta nivelante, pero tan solo contempla un 5% de la superficie total, cuando ambas partes (D.F. y Contratista) coincidíamos en que debería ser del 100%, para la correcta ejecución de los trabajos”.*

Por ello, solicitaban la modificación de las obras “ya que no se alterarían las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación, limitándose a introducir las variaciones estrictamente indispensables” y proponían dos opciones: 1. Instalación del nuevo pavimento autoportante sobre el existente, saneando aquellas zonas que presenten un mayor estado de deterioro. 2. Aumento de la medición de la partida nº 01.05 m2 Reparaciones de Soporte, del 5% de la superficie total al 100%.

Asimismo, hizo constar *“que queda suspendida la iniciación de las obras hasta que por la Autoridad u órgano que celebró el contrato se dicte la resolución que estime oportuna dentro de las facultades que le estén conferidas por la legislación de contratos”*.

El 21 de septiembre de 2018, el arquitecto de la Dirección General de Infraestructuras Judiciales puntualizó que no podía afirmar ni afirmó en la reunión que las reparaciones del suelo motivado por el arranque del pavimento serían del 100% porque no se podría saber hasta que no se arrancara el suelo. Sobre el modificado, afirmaba que se les comunicó la posibilidad legal de introducir variaciones en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto siempre que no representasen un incremento del gasto superior al 10% sobre el precio primitivo del contrato, según se fuera levantando el pavimento existente y viéndose la superficie real de reparación, pero la empresa consideraba que ese aumento no cubriría lo que realmente había que reparar y que proponía la tramitación de un proyecto modificado, con dos alternativas, sin que ese centro directivo en ese momento considerase acreditada su necesidad.

Se citó a la empresa para una nueva reunión el 24 de septiembre de 2018 en la que se firmó el acta de comprobación de replanteo *“Viable, por lo que el Arquitecto-Director autoriza el inicio de la obra, comenzando a contar el plazo de ejecución desde el día siguiente a la firma de la presente”*, si bien, figura, además, marcada la casilla de proyecto *“(3) No viable”*.

El 5 de octubre de 2018 la directora general de Infraestructuras Judiciales propuso la resolución del contrato de obras de conformidad con lo establecido en los artículos 212, 223.d) y 237 del TRLCSP y en el artículo 139.5 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante, RGLCAP) y determinó sus efectos. Señalaba que

se citó a la empresa el 24 de septiembre para la firma del acta de comprobación de replanteo *“al considerar este Centro Directivo que la obra es viable, como así se reflejaba en la misma, si bien, la empresa adjudicataria la considera no viable y así lo hace constar en el Acta, marcando el apartado previsto al efecto”* y que el contratista no había presentado ni el estudio básico de seguridad y salud ni el programa de trabajo.

El 8 de octubre de 2018 la empresa registró un escrito de alegaciones en el que manifestó que resultaba aplicable 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 dicho escrito expuso el régimen de interpretación y modificación de los contratos, indicó que en este expediente el PCAP no permite las modificaciones contractuales y remitía a los artículos 205 y 207 de la LCSP/17.

Con cita del punto 1.2 de los antecedentes del PPT según el cual: *“La sede judicial cuenta con un pavimento de losetas de moqueta o rollo de PVC deteriorado en diversas zonas concretas de su superficie de oficinas que se plantea sustituir por losetas de PVC”* y de las páginas 3 (2. Memoria constructiva. 2.1 Acabados) y 4 (*“01.05 m2 Reparaciones de soporte Reparación de irregularidades en el pavimento existente con pasta niveladora para la colocación del nuevo. 5% superficie total”*) de la memoria del proyecto del PPT así como del artículo 124 LCSP/17 que transcribe, la contratista infiere que aun aplicando toda la diligencia debida se suministró una oferta respecto de una obra que tiene por objeto sustituir un material de PVC adherido al suelo por un nuevo material de PVC, bajo la premisa y condición prevista en el proyecto de que la superficie en mal estado que debe repararse tras levantar el

material actualmente existente es del 5%. Bajo esas condiciones contenidas en el PPT se formuló la propuesta, de suerte que si la superficie era mayor o menor, el precio hubiera sido mayor o menor, máxime tratándose como se trata de un contrato no a precio cerrado sino a precio unitario por unidad de medida. Sin embargo, señala la contratista que, en el momento de otorgar el acta de comprobación de replanteo comprobó que no era así y que el suelo existente no era PVC sino pavimento de linóleo, cuya retirada causará un daño en la superficie de agarre que determina que la partida 01.05 m2 Reparaciones de soporte que lo cifra en un 5% sea del 100 % por lo que indica, no se puede cumplir el contrato en los términos que actualmente existen debido a errores u omisiones padecidos en la redacción del proyecto o de las especificaciones técnicas, no imputables al contratista. El valor excede del 15 % del precio del contrato y es inferior al 20 %.

Asimismo, la contratista reproduce su escrito de 20 de septiembre de 2018 y afirma que el 24 de septiembre se firmó el acta de comprobación de replanteo con la Dirección Facultativa indicando que la obra *“(3) NO ES VIABLE” si bien por error se utiliza un modelo preestablecido para la viabilidad*”.

Considera que el contrato puede modificarse y, si no se entiende aplicable la modificación, resolverse por alguna de las causas previstas en el artículo 205.2 a) y b) LCSP/17 así como que existe una suspensión tácita de las obras y, subsidiariamente, si no procede la resolución, solicitan la prórroga del plazo de ejecución prevista en el artículo 100 del RGLCAP.

Por Orden de 23 de octubre de 2018, la consejera de Justicia dispuso acordar el inicio del expediente de resolución del contrato por causas imputables al contratista, de conformidad con los artículos 212.6 y 223 d) del TRLCSP.

El inicio del expediente de resolución del contrato y la concesión del trámite de audiencia fue notificado a la contratista el 25 de octubre de 2018 y a la compañía de seguro de crédito y caución, el día 29.

El 2 de noviembre de 2018, la contratista presentó un nuevo escrito en el que se opuso a la resolución y reiteró las alegaciones formuladas con anterioridad indicando que no había incumplido obligación alguna, que comunicó el error del proyecto en tiempo y forma a la dirección facultativa, que era posible la modificación del contrato y que había sido leal y había actuado de buena fe, advirtiendo a la Dirección Facultativa de una realidad incontestable e incuestionable, que el material a retirar no era el previsto en el proyecto y en el pliego reiterando las consecuencias que de ello se derivaban. Considera que la ausencia de motivación le causa indefensión pues en la orden de inicio del expediente de resolución solo se mencionan los preceptos de la ley sin concretar los hechos que la sustentan y que no concurren los requisitos que establece la jurisprudencia para resolver el contrato pues no se ha acreditado la entidad del incumplimiento contractual ni la culpa del contratista. Afirma que existe un acta de replanteo suscrita con no viabilidad por lo que no puede incurrirse en mora y mucho menos imputable al contratista. En todo caso, asevera, la demora sería imputable a la Administración, bien por no haber subsanado el error en la oferta, bien por no haber resuelto las peticiones del contratista, pero nunca al contratista, en todo momento a la espera de poder comenzar las obras. Reitera su voluntad de dar inicio a las obras, una vez que la Dirección Facultativa las autorice sin reservas y asumiendo su responsabilidad.

En consecuencia, el contratista solicita que se acuerde el inicio de las obras y la suscripción del acta de replanteo, en su defecto, la modificación del contrato y, en su defecto, la resolución del contrato por imposibilidad de su cumplimiento no imputable al contratista acordando la devolución de la fianza y demás haberes que legalmente correspondan al mismo.

Mediante Orden de 19 de noviembre de 2018, notificada al contratista y a su aseguradora, la consejera de Justicia desistió del procedimiento de resolución contractual y dejó sin efecto las actuaciones practicadas por haber fundamentado la resolución contractual en una legislación no aplicable.

La consejera de Justicia, por Orden de 3 de diciembre de 2018, acordó el inicio del expediente de resolución del contrato por demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista, en lo referente al Plan de Seguridad y Salud, programa de trabajo y comprobación de replanteo, de conformidad con el artículo 211.1 d) de la Ley de Contratos del Sector Público y el artículo 139.5 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Considera que *“hay un incumplimiento culpable del contratista, y de acuerdo con el artículo 213.3 de la Ley de Contratos del Sector Público, procedería la incautación de la garantía definitiva y además la indemnización a la Administración de los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada”*.

Esta orden fue notificada al contratista y a la aseguradora, a los que se concedió el trámite de audiencia.

El 14 de diciembre de 2018, la contratista presentó un escrito en el que reiteró las alegaciones formuladas y transcribió la correspondencia que, a través de correos electrónicos, había mantenido con la Administración sobre diversos aspectos relativos al contrato.

El 20 de diciembre de 2018, el jefe del Área de Contratación informó sobre las alegaciones formuladas por el contratista. Señala que de acuerdo con la cláusula 20 del PCAP y el artículo 237 de la LCSP/17, el Plan de Seguridad y Salud debía haber sido aprobado por la Administración antes del inicio de la obra. Dado que el contrato se formalizó el 20 de agosto de 2018, las obras debían haberse iniciado a lo

sumo, el 20 de septiembre de 2018. Sin embargo, lo presentó el 30 de octubre de 2018.

Asimismo, indica, de acuerdo con la cláusula 21 del PCAP y el artículo 144 del RGLCAP, el programa de trabajo debía ser entregado a la Administración para su aprobación en el plazo máximo de 30 días desde la formalización del contrato. El plazo finalizó el 20 de septiembre de 2018. No obstante, el contratista lo remitió el 30 de octubre de 2018.

Manifiesta que el acta de comprobación de replanteo, según la cláusula 19 del PCAP y el artículo 237 de la LCSP/17, se tenía que haber firmado como máximo el 20 de septiembre de 2018 y sin embargo, no se firmó hasta el 24 de septiembre y mientras que el contratista indicó que el proyecto no era viable, el arquitecto-director autorizó el inicio de la obra, comenzando a contar el plazo de ejecución desde el día siguiente al de la firma del acta.

Respecto a la alegación del contratista relativa al tipo de suelo y a la necesidad de modificar el contrato, considera que no es necesario tramitar ningún modificado y que cabe la posibilidad, si fuese necesario, de incrementar en un 10% el importe del contrato si hubiera que aumentar el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto.

Por último, indica que la Administración ante la negativa del contratista a iniciar las obras, inicia la resolución contractual y es entonces cuando el contratista presenta el plan de seguridad y salud y el programa de trabajo y aunque manifiesta su intención de iniciar las obras resulta contradictorio con su solicitud de modificación del contrato y, en su defecto, de resolución del mismo por imposibilidad de su cumplimiento no imputable al contratista.

Por todo ello, considera procedente no estimar las alegaciones del contratista y, tras los trámites preceptivos, resolver el contrato en el sentido de la propuesta de resolución que acompaña.

El 1 de febrero de 2019, se emitió informe por el Servicio Jurídico en la Consejería de Justicia favorable a la resolución del contrato.

El 6 de marzo de 2019, la interventora general fiscalizó favorablemente la propuesta de resolución del contrato.

Se ha formulado propuesta de resolución en la que se recogen los hechos ya referidos en la que se propone:

*“1. Acordar, conforme a lo dispuesto en el artículo 211.1 apartado d) de la Ley de Contratos del Sector Público y en el art. 139.5 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, la resolución del contrato denominado “Obras de renovación de pavimento en la sede judicial de c/ Gran Vía, 19 de Madrid” suscrito con la empresa... el día 20 de agosto de 2018, por causas imputables al contratista, pues no aporta el programa de trabajo ni el plan de seguridad y salud en el plazo establecido y en la firma del acta de comprobación de replanteo que se realiza fuera de plazo, hace constar en contra de la opinión de la Administración, que la considera no viable y solicita la redacción de un proyecto modificado.*

*2. Incautar la garantía definitiva por ser imputable al mismo la resolución del contrato, que ha imposibilitado la ejecución del contrato y conlleva que la obra a realizar se demorará hasta la tramitación de una nueva licitación y adjudicación, con el correspondiente perjuicio para la Administración de Justicia y para los funcionarios que trabajan en la sede judicial de la c/Gran Vía, 19 de Madrid.*

*La valoración de los daños y perjuicios se realizará en un procedimiento expreso una vez realizada la resolución del contrato”.*

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

### **CONSIDERACIONES DE DERECHO**

**PRIMERA.-** La petición de dictamen se realiza al amparo de lo dispuesto en el artículo 5.3.f) d. de la Ley 7/2015, al tratarse de un expediente tramitado por la Consejería de Justicia relativo a la resolución de un contrato administrativo, solicitada por el órgano legitimado para ello, en virtud de lo dispuesto en el artículo 18.3 del ROFCJA.

El contratista ha formulado su oposición de forma expresa pues pretende o bien la modificación del contrato, su resolución por causa no imputable al mismo o, en su caso, que se inicien las obras. Por ello, resulta preceptivo el dictamen de esta Comisión ex artículo 191.3 de la LCSP/17.

El dictamen ha sido evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 23.1 del ROFCJA.

**SEGUNDA.-** El contrato se adjudicó por Orden de 18 de julio de 2018 de la consejera de Justicia y se formalizó el 20 de agosto de 2018. Resulta de aplicación, pues, la LCSP/17 tanto en el aspecto sustantivo como en el procedimental, en virtud de lo dispuesto en su disposición transitoria primera en relación con la disposición final decimosexta.

De esta forma, el artículo 212.1 de la LCSP/17 establece que: *“[l]a 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 RGLCAP, referido específicamente al "*procedimiento para la resolución de los contratos*" en lo que no se oponga a la ley.

Por lo que se refiere a la competencia para acordar la resolución, los artículos 190 y 212 de la LCSP/17 la atribuyen al órgano de contratación.

En relación con el plazo para resolver, en los procedimientos de resolución de contratos iniciados de oficio bajo la vigencia de la LCSP/17 es de ocho meses (artículo 212.8 LCSP/17). Por tanto, el procedimiento iniciado por Orden de 3 de diciembre de 2018, no está caducado.

Por lo que respecta al procedimiento, el artículo 191.1 de la LCSP/17 prevé que se dé audiencia al contratista, trámite que se ha efectuado en el procedimiento que nos ocupa y en el que ha formulado alegaciones.

Además, debe tenerse en cuenta que el artículo 112.2 de la LCSP/17 establece que "*el avalista o asegurador será considerado parte interesada en los procedimientos que afecten a la garantía prestada, en los términos previstos en la legislación vigente en materia de procedimiento administrativo común*" y que el artículo 109 del RGLCAP, exige también la audiencia al avalista o asegurador "*si se propone la incautación de la garantía*". Este trámite ha sido conferido, sin que conste haya efectuado manifestación alguna.

Asimismo, según lo dispuesto en el artículo 191.2 de la LCSP/17 será necesario informe previo del Servicio Jurídico, informe que ha sido emitido por la Servicio Jurídico en la Consejería de Justicia.

Igualmente, la Intervención General ha emitido informe favorable a la resolución del contrato.

**TERCERA.-** La propuesta de resolución considera que procede la resolución contractual, al amparo del artículo 211.1 d) de la LCSP/17 al considerar que la contratista ha incurrido en demora en la ejecución del contrato.

Como ya dijimos, entre otros, en nuestro Dictamen nº 153/18, de 27 de marzo, la resolución de los contratos es una de las prerrogativas de las que dispone la Administración en la fase de ejecución de los contratos administrativos ligada a la obligación de la Administración de velar por la satisfacción del interés público que motivó la celebración del contrato.

Por ello la Administración puede, al igual que recoge el artículo 1124 del Código Civil, optar por exigir el cumplimiento del contrato (por ejemplo, mediante la imposición de penalidades) o bien proceder a su resolución, posibilidad por la que deberá optar tan solo en casos de incumplimientos graves, como ya declaró el Tribunal Supremo en sentencias de 16 de mayo de 1997 (r. 12.105/1991) y 29 de mayo de 2000 (r. 5639/1994).

Esa opción depende de la Administración que, con ella, ha de buscar que el incumplimiento contractual origine el menor daño posible al interés público –Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 25 de septiembre de 2003 (r. 1892/1995)-.

Para el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en Sentencia de 30 de marzo de 2017 (r. 1053/2016), la resolución requiere un incumplimiento grave, básico, en cuanto no se ejecuta la conducta en que consiste la prestación, quedando frustrado el fin objetivo del contrato sin que baste el incumplimiento de obligaciones accesorias o complementarias. La sentencia concluye que la concurrencia de varios incumplimientos durante un extenso periodo pero que no afectan a la

esencia de lo pactado no permite la resolución sino la adopción de medidas menos gravosas.

En su reciente Sentencia de 8 de marzo de 2018 (r. 921/2015), el 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”.*

Para analizar si existe ese incumplimiento ha de partirse de los pliegos contractuales que, según reiterada jurisprudencia, constituyen la ley del contrato y que, tras su aprobación, vinculan tanto a los contratistas como a la propia Administración cuyas actuaciones en relación con el contrato pasan a ser regladas –Sentencia del Tribunal

Superior de Justicia de Madrid de 18 de diciembre de 2017 (r. 1069/2016)-.

En este sentido, como ya dijéramos en nuestros dictámenes 162/17, de 20 de abril, 272/17, de 29 de junio y 8/18, de 11 de enero, con cita de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 6 de junio de 2016 (r. 19/2015), la ejecución de los contratos debe estar presidida por *“el carácter vinculante de los Pliegos que rigen la adjudicación de los contratos y que constituyen la contractus lex”*. De esta forma, el artículo 139.1 de la LCSP/17 dispone que las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna.

En el caso que nos ocupa, la resolución del contrato se fundamenta en el artículo 211.1 d) de la LCSP/17 que incorpora entre las posibles causas de resolución de los contratos del sector público, la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista.

Muestra de la relevancia que tiene el plazo en la contratación administrativa es que el contratista está obligado a cumplir el contrato dentro del plazo total fijado para la realización del mismo, así como de los plazos parciales señalados para su ejecución sucesiva (artículo 193.1 de la LCSP/17), que la constitución en mora del contratista no precisa intimación previa por parte de la Administración (artículo 193.2 de la LCSP/17) y que el incumplimiento de los plazos contractuales faculta a la Administración para imponer penalidades al contratista o para resolver el contrato (artículo 193.3 y 5 de la LCSP/17). De esta manera, el artículo 211.1 d) de la LCSP/17 tipifica como causa de resolución la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista.

Como recuerda la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 14 de abril de 2016 (r. 303/2015): *“La realización de la obra en el plazo concedido es la principal obligación del contratista”*.

En este sentido, la Administración considera que se han incumplido las cláusulas 19, 20 y 21 del PCAP así como los artículos 237 de la LCSP/17 y 144 del RGLCAP, en la medida en que el contratista ha incurrido en demora en la ejecución del contrato pues, formalizado el contrato el 20 de agosto de 2018, debería haber iniciado su ejecución antes de transcurrido un mes desde la misma (20 de septiembre de 2018) y, sin embargo, el acta de comprobación de replanteo no se firmó hasta el día 24 de septiembre y además, porque el contratista entregó el Plan de Seguridad y Salud y el programa de trabajo el día 30 de octubre, cuando tendría que haberlos presentado antes del 20 de septiembre.

De la documentación que figura en el expediente se infiere que el contratista no ha iniciado la obra, por lo que ha incurrido en demora.

Así, el plazo de ejecución del contrato era de tres meses a contar desde el 20 de septiembre de 2018, toda vez que la formalización del contrato se produjo el 20 de agosto y el acta de comprobación de replanteo tenía que levantarse como máximo el 20 de septiembre, por lo que la obra debería haber terminada el 20 de diciembre de 2018. Ha quedado acreditado que tanto el programa de trabajo como el Plan de Seguridad y Salud fueron entregados por el contratista el 30 de octubre de 2018, es decir, con una demora de más de un mes.

Por otra parte, el acta de comprobación de replanteo se firmó el 24 de septiembre de 2018. Sostiene la empresa que existió una confusión en el modelo de acta y que marcaron que el proyecto no era viable por lo que el plazo de ejecución estaba en suspenso. No obstante, la Administración afirma que el proyecto era viable y que no se produjo confusión alguna

por lo que el plazo de ejecución comenzó el día siguiente. La cláusula 19 “*comprobación del replanteo*” del PCAP:

*“Desaparecida la causa que motivó la falta de inicio, el órgano de contratación dictará la resolución correspondiente, que se notificará fehacientemente al contratista. El plazo de ejecución empezará a contarse desde el día siguiente a la recepción de la notificación del acuerdo de autorización de inicio de las obras.*

*Lo dispuesto anteriormente se aplicará igualmente cuando el contratista formulase reservas en el acto de comprobación del replanteo. No obstante, si a juicio del órgano de contratación tales reservas resultasen infundadas, 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 definitiva, de la documentación que figura en el expediente resulta indudable la existencia de demora en la ejecución del contrato, y por tanto, la posibilidad de la Administración de resolver el mismo de conformidad con el artículo 211.1 d) de la LCSP/17.

**CUARTA.-** En cuanto a la incautación de la garantía, el artículo 213.5 de la LCSP/17 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.

El artículo 213.3 de la LCSP/17 determina que:

*“Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada”.*

La cláusula 43 del PCAP del presente contrato recoge que, en los casos de resolución por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados. La indemnización se hará efectiva sobre la garantía, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada.

Analizado el supuesto que nos ocupa se observa que el acta de replanteo no se firmó el 20 de septiembre del 2018 porque la empresa alegó defectos en el proyecto. El acta de replanteo que se firmó el 24 de septiembre de 2018 contenía una declaración contradictoria pues figuraba tanto la viabilidad como la no viabilidad del proyecto. La contratista, desde un primer momento, solicitó la modificación del contrato y el arquitecto-director planteó esta posibilidad una vez iniciada su ejecución, dentro de los límites legales.

La propuesta de inicio de resolución del contrato es de fecha 5 de octubre. El día 8 de octubre, la contratista presentó un escrito en el que volvió a indicar que existía un error en el proyecto, que era necesaria la modificación del contrato, que las obras estaban suspendidas por no considerarse viable el proyecto y solicitó la modificación del contrato o su resolución por causas al mismo no imputables y subsidiariamente, la prórroga del plazo de ejecución amparada en el artículo 100 del RGLCAP, sin que figure contestación de la Administración que, mediante Orden de 23 de octubre de 2018 acordó el inicio del expediente de resolución.

En definitiva, analizada la actuación de la Administración no se aprecia una culpa exclusiva de la contratista por lo que, a nuestro juicio, no procede la incautación de la garantía.

En este sentido, el Tribunal Supremo en Sentencia de 25 de enero de 2005 (r. 30/2001):

*“(...) se ha significar, que como la sentencia recurrida, no acuerda ni la incautación de la fianza, a que se refiere el artículo 114.4, de la Ley 13/95 de 18 de junio, ni la indemnización de daños y perjuicios a favor del contratista a que también se refiere el citado artículo 114.3, es claro, que ni está apreciando la culpa exclusiva de la Administración, ni la del contratista, pues según el citado artículo, el incumplimiento de la Administración genera la obligación de indemnización a favor del contratista de los daños y perjuicios causados, y, el incumplimiento culpable del contratista genera la incautación de la fianza.*

*(...) conviene añadir a todo lo anterior, a) de una parte, que la solución de resolver el contrato, era la única posible, tanto porque las partes están en buena medida conformes con ello, la Administración acuerda la resolución del contrato y el contratista, no se opone a esa solución y si a que se le declare culpable, como porque, la apreciación conjunta de los defectos acreditados en el proyecto técnico, la no intervención del técnico competente en su realización y aprobación y las actitudes del contratista y de la Administración, que lejos de acudir conjuntamente a resolver los problemas evidentemente existentes y sin los cuales no se podía continuar la obra, como el propio informe pericial refiere, insisten cada uno en la defensa de sus derechos individuales; y b), de otra parte, que la solución adoptada, por la Sala de Instancia de apreciar la culpa o incidencia conjunta, de la actuación de las partes, Administración y contratista, era la que realmente mostraban las actuaciones, (...).”*

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

## CONCLUSIÓN

Procede la resolución del contrato denominado: “*Obras de renovación de pavimento en la sede judicial de c/Gran Vía, 19 de Madrid*” (Exp: A/OBR-000814/2018) por la causa prevista en el artículo 211.1 d) de la LCSP/17, sin incautación de la garantía.

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 27 de junio de 2019

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 277/19

Excma. Sra. Consejera de Justicia

Carrera de San Jerónimo nº 13 – 28014 Madrid