

Dictamen nº: **294/19**
Consulta: **Alcalde de Madrid**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **11.07.19**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 11 de julio de 2019, emitido ante la consulta formulada por la alcaldesa de Madrid, 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 “*Obras de Rehabilitación y Reforma de las antiguas oficinas del Teatro Madrid*” suscrito con la empresa Pavisán Urbanizaciones S.L.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 20 de junio de 2019 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen preceptivo procedente del Ayuntamiento de Madrid

A dicho expediente se le asignó el número 319/19, comenzando el día señalado el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 23.1 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora, aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero, del Consejo de Gobierno (en adelante, ROFCJA).

La ponencia ha correspondido, por reparto de asuntos, a la letrada vocal Dña. Ana Sofía Sánchez San Millán, quien formuló y firmó la propuesta de dictamen, que fue deliberada y aprobada por el Pleno de la Comisión Jurídica Asesora, en sesión celebrada el día 11 de julio de 2019.

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

1.- Mediante Decreto de 10 de julio de 2017 de la alcaldesa de Madrid se aprobó el proyecto de ejecución de las obras de rehabilitación y reforma de las antiguas oficinas del Teatro de Madrid.

El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) se aprobó por Decreto de 27 de septiembre de 2017.

Tras la oportuna licitación, mediante Decreto de Madrid de 26 de diciembre de 2017 se adjudicó el contrato a la empresa Pavisán Urbanizaciones S.L.

2.- El contrato fue formalizado el día 10 de enero de 2018, con un plazo de ejecución de seis meses contados desde el día siguiente al de la fecha del acta de comprobación del replanteo y un precio de 371.279,12 euros IVA incluido.

En el contrato se hizo constar que para responder de la ejecución la empresa adjudicataria había constituido una garantía definitiva, mediante contrato de seguro, por un importe de 15.342,11 euros.

3.- El 12 de febrero de 2018 se firmó el acta de comprobación del replanteo haciendo constar que el proyecto era viable, por lo que el director de las obras autorizaba el inicio de las obras, comenzando a contar el plazo de ejecución desde el día siguiente al de la firma.

4.- En el mes de abril de 2018 la dirección facultativa recibió instrucciones recibidas del Área de Coordinación General de Cultura, Deportes y Turismo, para la adaptación del proyecto con el objeto de poder implantar una actividad cultural y educativa por parte del Circo Price.

Mediante Decreto de 18 de julio de 2018 se concedió una ampliación del plazo de ejecución, fijándose el 30 de noviembre de 2018 como fecha para la terminación de las obras.

5.- El 23 de julio de 2018 la empresa contratista presentó un escrito en el que indicaba que las obras habían sido paralizadas por orden de la dirección facultativa para adaptación del proyecto y solicitaba la suspensión temporal de las obras y el inicio de un expediente de modificación del contrato.

La dirección facultativa emitió informe el 27 de julio de 2018 en el que indicó que las obras no habían sido formalmente paralizadas durante el estudio de las adaptaciones del proyecto, aunque el ritmo de la obra se había ralentizado. Añadía que para no perjudicar a la empresa se había concedido una ampliación del plazo de ejecución de 3 meses y 17 días. Acababa indicando que se debían continuar de forma inmediata las obras según el proyecto original del contrato adjudicado con el fin de dar cumplimiento al nuevo plazo concedido (hasta el 30 de noviembre de 2018).

La Secretaría General Técnica comunicó a la empresa contratista el 31 de julio de 2018 que debía ejecutar el contrato en los términos inicialmente pactados, con finalización de los trabajos el 30 de noviembre de 2018.

6.- El 14 de agosto de 2018 la empresa contratista presentó un escrito en el que indicaba que iba a reanudar los trabajos el 10 de

septiembre de 2018 de acuerdo con las órdenes recibidas. Aducía también que el proyecto original presentaba importantes deficiencias que enumeraba y que generarían un aumento del precio del contrato. Acababa solicitando la suspensión temporal de las obras y el inicio de un expediente de modificación del contrato.

7.- El día 12 de noviembre de 2018 la empresa contratista solicitó una nueva ampliación del plazo de ejecución en 2 meses y 22 días justificada en las circunstancias del sector de la construcción en ese momento, con ausencia de mano de obra cualificada y stocks de equipos específicos, así como el bloqueo del acceso principal a la obra entre el 29 de septiembre y el 19 de octubre por las fiestas locales.

Con fecha 13 de noviembre de 2018 emitió informe la directora general de Intervención en el Paisaje Urbano y Patrimonio Cultural, en el que analizadas las circunstancias alegadas por la empresa contratista, consideraba que la única causa no imputable al contratista era la relativa a las fiestas locales, por lo que se instaba a la empresa contratista para que presentara un nuevo programa de trabajo para una ampliación del plazo en 21 días (fecha de finalización de las obras el 21 de diciembre de 2018).

8.- El 21 de noviembre de 2018 la empresa contratista manifestó la imposibilidad de ejecutar las obras en un plazo que no fuera el 22 de febrero de 2019, adjuntando un programa de trabajo.

9.- El 30 de noviembre de 2018 se realizó visita de inspección a las obras constándose que *“la obra no ha sido finalizada ni está en condiciones de terminar de manera inminente”*.

10.- El 5 de diciembre de 2018 la dirección facultativa emitió informe en el que concluía que en el mes de julio la obra estaba ejecutado en un 12 % y tres meses más tarde en el 16%, y añadía *“es inviable la finalización de los trabajos en el plazo nuevamente solicitado,*

dado que a falta de cerrar la certificación correspondiente al mes de noviembre no se estima que se alcance ni el 20% y es materialmente imposible la ejecución del 80% de la restante obra en los 2 meses y medio nuevamente solicitados". La dirección facultativa informó que la falta de personal y de la gestión de los trabajos había marcado un ritmo de obra claramente insuficiente para la conclusión de los trabajos.

TERCERA.- 1.- Por Decreto de la alcaldesa de Madrid de 20 de diciembre de 2018 se acordó el inicio del procedimiento de resolución del contrato por incumplimiento imputable al contratista consistente en no haber concluido la ejecución de la obra en el plazo previsto en el contrato, con determinación de los daños y perjuicios causados al Ayuntamiento e incautación de la garantía definitiva y la paralización de las obras durante la tramitación del procedimiento.

El 18 de enero de 2019 la empresa contratista presentó un recurso de reposición contra el decreto de inicio del expediente resolución contractual. El recurso fue inadmitido por Decreto de 13 de febrero de 2019 de la alcaldesa de Madrid.

2.- En paralelo a lo anterior el 24 de enero de 2019 por la Dirección General de Intervención en el Paisaje Urbano y el Patrimonio Cultural se emitió informe relativo a los daños y perjuicios causados imputables a la actuación de la empresa contratista que se estimaron en 14.709,44 euros en la fecha de emisión del informe sin perjuicio de los que pudieran estimarse en fechas posteriores.

Posteriormente se emitieron anexos a dicho informe (18 de febrero y 18 de marzo de 2019) en los que se ampliaba el importe de los daños y perjuicios imputables a la empresa contratista.

3.- El 11 de abril de 2019 la subdirectora general de Gestión Económica y Contratación emitió informe en relación con la resolución

del contrato, con incautación de la garantía y fijando la indemnización a abonar al Ayuntamiento de Madrid en 14.709,44 euros o bien en 17.544,82 euros, si la tarea de retirar los restos y limpieza de la obra no lo realizase la empresa contratista.

4.- Consta en el expediente que se confirió trámite de audiencia a la empresa contratista y a la compañía aseguradora.

El 6 de mayo de 2019 formuló alegaciones la empresa contratista en las que adujo la caducidad del procedimiento; la ausencia de imputabilidad al contratista y falta de proporcionalidad de la medida adoptada por la Administración.

5.- El 24 de mayo de 2019 la jefa del Departamento de Infraestructuras Culturales con el visto bueno de la directora general de Intervención en el Paisaje Urbano y el Patrimonio Cultural emitió informe de contestación a las alegaciones formuladas por la empresa contratista en el que se da cuenta de las vicisitudes en la ejecución de las obras y se incide en que la falta de personal y la gestión de los trabajos ha marcado un ritmo de obra claramente insuficiente y la imposibilidad de ejecutar la obra en plazo a satisfacción de la Administración ni siquiera con el programa de trabajo aportado por la empresa en el mes de noviembre de 2018.

6.- El 30 de mayo de 2019 la secretaria general técnica del Área de Cultura y Deportes del Ayuntamiento de Madrid formula propuesta de resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista consistente en no haber concluido la obra en el plazo previsto contractualmente, con incautación de la garantía y estimación de los daños y perjuicios causados a abonar por la empresa contratista en un importe de 17.544,82 euros.

7.- Consta en el expediente el informe de conformidad con la propuesta de resolución de la Intervención General del Ayuntamiento de Madrid.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La Comisión Jurídica Asesora emite su dictamen preceptivo, al amparo del artículo 5.3.f) d. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, conforme al cual: *“3. En especial, la Comisión Jurídica Asesora deberá ser consultada en los siguientes asuntos: (...) f) Expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid, las entidades locales y las universidades públicas sobre: (...) d. Aprobación de pliegos de cláusulas administrativas generales, interpretación, nulidad y resolución de los contratos administrativos y modificaciones de los mismos en los supuestos establecidos por la legislación de contratos del sector público”*.

La solicitud de dictamen se ha hecho llegar a la Comisión Jurídica Asesora por el vicepresidente, consejero de Presidencia y portavoz del Gobierno, 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.”*).

SEGUNDA.- El contrato cuya resolución se pretende se adjudicó el 26 de diciembre de 2017 por lo que, en virtud de lo dispuesto en la

disposición transitoria primera. 2 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): *“Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su modificación, duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”*, resulta de aplicación el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP) por ser la normativa vigente en dicho momento.

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, que como hemos expuesto fue por Decreto de la alcaldesa de Madrid de 20 de diciembre de 2018, lo que supone la aplicación, en el caso analizado de la LCSP/17 pues entró en vigor el 9 de marzo de 2018 conforme a su disposición final decimosexta. 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”*.

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 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 (cfr. artículo 114.3 del TRRL). No obstante en los expedientes de resolución contractual por demora del contratista (artículo 195 LCSP/17 en relación con el artículo 109 del RGLCAP), no es preceptivo el informe del Servicio Jurídico, secretario de la Corporación municipal o titular de la Asesoría Jurídica, (así el Dictamen 31/14, de 22 de enero, del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid y el Dictamen 310/17, de 27 de julio de esta Comisión Jurídica Asesora, entre otros).

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 alcaldesa de Madrid, en virtud de las competencias delegadas en el Área de Gobierno de Cultura y Deportes(cuyas competencias asumió la propia alcaldesa) por la Junta de Gobierno Local, que era el órgano de contratación a tenor de lo dispuesto en la disposición adicional segunda apartado 3 del TRLCSP (en el mismo sentido la disposición adicional segunda apartado 4 de la LCSP/17), por lo que la Junta de Gobierno Local es también el órgano competente para la resolución.

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

En este caso al tratarse de una resolución contractual por demora en el plazo de ejecución, no ha emitido informe la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento de Madrid al no ser preceptivo conforme el artículo 109 del RGLCAP en relación con el 195 de la LCSP/17. Sí ha emitido informe la Intervención Municipal, que ha sido formulado con posterioridad al trámite de audiencia.

En relación con la incorporación de informes después del trámite de audiencia, es doctrina reiterada de esta Comisión Jurídica Asesora (así el Dictamen 61/16, de 5 de mayo, el Dictamen 397/16, de 8 de septiembre y el Dictamen 516/16, de 17 de noviembre, entre otros) que la audiencia a los interesados debe practicarse inmediatamente antes de dictar la propuesta de resolución sin que puedan incorporarse con posterioridad informes que introduzcan hechos nuevos, de manera que si los informes citados añaden hechos nuevos o argumentan cuestiones nuevas para la resolución, generan indefensión al contratista y lo procedente es la retroacción del procedimiento. Sin embargo, cuando los informes no introducen cuestiones o hechos nuevos, aunque se hayan emitido con posterioridad al trámite de audiencia, no generan indefensión al contratista y, en consecuencia, no procede la retroacción del procedimiento. Este era el criterio del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid que ha hecho suyo esta Comisión Jurídica Asesora en los citados dictámenes y que resulta corroborado por el artículo 82 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC) que solo admite como informes posteriores al trámite de audiencia, el informe del órgano competente para el asesoramiento jurídico y el

Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, en el caso que éstos formaran parte del procedimiento, en cuanto que estos informes y dictámenes se limitan al análisis de los aspectos jurídicos sin que puedan introducir hechos o cuestiones nuevas. Dado que el informe de la Intervención no introduce ningún hecho nuevo que pueda causar indefensión a la empresa adjudicataria, de acuerdo con la doctrina expuesta, debe considerarse correctamente cumplimentado el trámite de audiencia,

En relación con el plazo para resolver, en los procedimientos de resolución de contratos iniciados de oficio, el incumplimiento del plazo máximo de ocho meses para resolver el procedimiento determina la caducidad del procedimiento conforme a lo establecido en el artículo 212.8 de la LCSP/17. En este caso el procedimiento se inició el 20 de diciembre de 2018 y, aunque no consta que se haya hecho uso de la facultad de suspensión del procedimiento prevista en el artículo 22.1 d) de la LPAC por la solicitud del dictamen preceptivo de esta Comisión Jurídica Asesora, el procedimiento no está caducado a la fecha de aprobación de este dictamen.

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

La propuesta de resolución invoca el incumplimiento culpable del contratista de su obligación de ejecutar el contrato dentro del plazo total fijado para la realización del mismo, lo que nos remite al apartado d) artículo 223 del TRLCSP que establece entre las causas de resolución del contrato (*“La demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista”*).

Como es sabido, en la contratación administrativa el plazo es un elemento relevante. El Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid ya señaló en sus dictámenes la importancia que tiene el plazo de

ejecución en los contratos administrativos, que ha dado lugar a que el Tribunal Supremo los haya calificado como “*negocios jurídicos a plazo fijo*”, debido al interés público que revisten los plazos (así el Dictamen 532/09 o el Dictamen 14/13, entre otros muchos, en doctrina que ha acogido esta Comisión Jurídica Asesora, así nuestro Dictamen 310/17). Muestra de la relevancia que tiene el plazo en la contratación administrativa es que el artículo 212.2 del TRLCSP establece 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*”; la constitución en mora del contratista no requiera intimación previa de la Administración (art. 212.3 TRLCSP) y el incumplimiento de los plazos contractuales faculta a la Administración para imponer penalidades al contratista o para resolver el contrato (art. 212.4 TRLCSP). De esta manera, el art. 223.d) TRLCSP tipifica como causa de resolución la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista.

Así las cosas conviene analizar el *iter* que ha seguido la ejecución del contrato que nos ocupa con el objeto de dilucidar si concurre la causa de resolución contractual que invoca la Administración.

Conforme a lo previsto en el PCAP, el contrato de obras tenía un plazo de ejecución de seis meses contado desde el día siguiente a la fecha del acta de comprobación del replanteo. Consta en el expediente que la mencionada acta se firmó el 12 de febrero de 2018 con la conformidad de la empresa contratista, lo que a tenor de lo establecido en el artículo 139 del RGLCAP así como del artículo 140 del mismo reglamento, implica reconocer “*la viabilidad del proyecto*” así como también “*de los documentos contractuales del proyecto, con especial y expresa referencia a las características geométricas de la obra, a la autorización para la ocupación de los terrenos necesarios y a cualquier punto que pueda afectar al cumplimiento del contrato*”.

Resulta del expediente que en el mes de abril de 2018 se planteó por parte del Área de Coordinación General de Cultura, Deportes y Turismo la adaptación del proyecto con el objeto de poder implantar una actividad cultural y educativa por parte del Circo Price. Según se refleja en el procedimiento, durante el estudio de las posibles soluciones técnicas se produjo una ralentización de las obras para evitar que la ejecución de determinadas unidades pudiera entrar en contradicción con las nuevas soluciones a adoptar. El retraso en la ejecución de las obras no se consideró en ese momento imputable a la empresa contratista por lo que por Decreto de 18 de julio de 2018 se le concedió una ampliación del plazo de ejecución de 3 meses y medio, estableciéndose el 30 de noviembre de 2018 como fecha de finalización del plazo de ejecución.

Consta en el expediente que el 23 de julio de 2018 la empresa contratista, alegando que se había dictado una orden de paralización de las obras por parte de la dirección facultativa, solicitó la suspensión temporal de las obras y el inicio de un expediente de modificación del contrato. Dicho escrito recibió contestación por parte de la dirección facultativa que adujo que no se había producido tal orden de paralización aunque sí se había impuesto una ralentización en los trabajos, que al no ser imputable a la empresa contratista motivó una ampliación en el plazo de ejecución. La dirección facultativa informó que las obras debían continuar de forma inmediata según el proyecto original, por ello el 31 de julio de 2018 se instó a la empresa contratista para que cumpliera el contrato en los términos inicialmente pactados, según el proyecto original, dentro del nuevo plazo concedido hasta el 30 de noviembre de 2018.

Según resulta del expediente, la empresa contratista lejos de ejecutar los trabajos en los términos pactados, el 14 de agosto de 2018 presentó un nuevo escrito reiterando su solicitud de modificación del

proyecto y la suspensión temporal de las obras, pero esta vez aduciendo deficiencias en el proyecto. Dicho escrito recibió cumplida contestación de la Administración que de nuevo instó a la empresa contratista a cumplir el contrato en el plazo fijado de 30 de noviembre de 2018.

En el mes de noviembre de 2018 la empresa contratista solicitó una ampliación del plazo de ejecución alegando diferentes motivos entre los cuales solo se consideró no imputables a la adjudicataria los relativos al bloqueo del acceso principal a la obra por la celebración de las fiestas locales, por lo que se instó a la empresa contratista a presentar un nuevo programa de trabajo ampliando en 21 días el plazo de ejecución. Sin embargo la adjudicataria manifestó su imposibilidad de concluir los trabajos antes del 22 de febrero de 2019. Este plazo no fue aceptado por la Administración que instó a la empresa contratista a cumplir el contrato en el plazo fijado de 30 de noviembre de 2018.

Según los informes técnicos que obran en el expediente, en la citada fecha de finalización del plazo de ejecución, la empresa solo había ejecutado un 19,35%. En el Acta de comprobación material que se extendió en la referida fecha se hizo constar que *“la obra no está finalizada ni está en condiciones de finalizarse de manera inminente”*. También la dirección facultativa en su informe de 5 de diciembre de 2018 señaló en sus conclusiones *“es inviable la finalización de los trabajos en el plazo nuevamente solicitado, dado que a falta de cerrar la certificación correspondiente al mes de noviembre no se estima que se alcance ni el 20% y es materialmente imposible la ejecución del 80% de la restante obra en los 2 meses y medio nuevamente solicitados. Esta Dirección Facultativa considera que la falta de personal y de la gestión de los trabajos ha marcado un ritmo de obra claramente insuficiente para la conclusión de los trabajos”*.

Así las cosas resulta que el contrato, teniendo un plazo de ejecución de 6 meses ampliado en tres meses y medio al haberse

ralentizado el ritmo de los trabajos por causa no imputable a la empresa contratista, debía haber finalizado el 30 de noviembre de 2018 y sin embargo, en esa fecha estaba ejecutado tan solo en un 19,35%, estimándose inviable su finalización incluso en el nuevo plazo solicitado por la empresa contratista, que ha manifestado durante todo el plazo de ejecución una actitud reticente al cumplimiento, aduciendo diferentes motivos todos ellos carentes de justificación, según se constata en el expediente.

En definitiva, por todo lo expuesto, entendemos que procede la resolución contractual por incumplimiento de la empresa contratista de su obligación de ejecutar el contrato en plazo, al amparo de lo establecido en el artículo 223, d) del TRLCSP (*“la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista”*), incumplimiento que ha de calificarse como culpable, al apreciarse en la empresa contratista una voluntad contraria al cumplimiento del contrato en los términos pactados.

CUARTA.- Una vez apreciada la concurrencia de causa para la resolución del contrato, procede determinar los efectos de la misma.

A los efectos de la resolución el artículo 225.3 del TRLCSP, establece lo siguiente:

“Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, este 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. En base a 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 artículo 225.3 del TRLCSP (al igual que su precedente inmediato el artículo 208.4 de la LCSP), 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.

En este caso en el acuerdo de inicio del procedimiento de resolución contractual se estableció que durante la tramitación del procedimiento se determinarían los daños y perjuicios causados a la Administración. Así obran en el expediente distintos informes de la Dirección General de Intervención en el Paisaje Urbano y el Patrimonio Cultural (24 de enero de 2019; 18 de febrero de 2019 y 18 de marzo de 2019) en los que se ha calculado el importe de los daños y perjuicios causados a la Administración que se han estimado en 30.051 euros. De dichos informes se ha dado traslado a la empresa contratista y a la empresa aseguradora que han podido manifestar lo que han tenido por conveniente en defensa de sus intereses.

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”*. En este caso, determinados los daños y perjuicios causados, la propuesta de resolución, en base al precepto transcrito, se pronuncia sobre la incautación de la garantía que cubrirá una parte de los daños y perjuicios causados dado su importe, 15.342,11 euros.

Por lo expuesto, procede que se acuerde la resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista con incautación de la garantía definitiva, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada, conforme a lo establecido en el artículo 225.3 del TRLCSP,

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

CONCLUSIÓN

Procede la resolución del contrato de obras por incumplimiento del contrato imputable a la empresa contratista, con los efectos previstos en el cuerpo de este 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 11 de julio de 2019

La Vicepresidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 294/19

Excmo. Sr. Alcalde de Madrid

C/ Montalbán, 1 – 28014 Madrid