

Dictamen nº: **280/18**
Consulta: **Rector de la Universidad Alcalá**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **21.06.18**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 21 de junio de 2018, emitido ante la consulta formulada por el rector de la Universidad de Alcalá, cursada a través del consejero de Educación e Investigación, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en relación con el expediente sobre resolución del contrato de obras de ampliación del edificio Manuel Gala para espacios docentes deportivos, suscrito con la empresa GRUPO BERTOLÍN S.A.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 21 de mayo de 2018 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen preceptivo procedente de la Universidad de Alcalá.

A dicho expediente se le asignó el número 251/18, 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 21 de junio de 2018.

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

1.- Tras la oportuna licitación, mediante Resolución del gerente de la Universidad de Alcalá de 26 de abril de 2017 (órgano de contratación según Resolución del rector de 26 de marzo de 2010) se adjudicó a la empresa GRUPO BERTOLIN S.A el contrato de obras de ampliación del edificio Manuel Gala para espacios docentes deportivos de la citada Universidad.

2.- El contrato fue formalizado el día 4 de mayo de 2017, con un plazo de ejecución de ocho meses contados desde el día siguiente al de la fecha del acta de comprobación del replanteo y un precio de 667.553,78 euros IVA incluido.

En el contrato se hizo constar que para responder de la ejecución la empresa adjudicataria había constituido una garantía definitiva por un importe de 27.584,12 euros.

3.- El 5 de junio de 2017 se firmó el acta de comprobación del replanteo haciendo constar que el proyecto era viable si bien la obra no podía ser iniciada por no haber sido aprobado aún el Plan de Seguridad y Salud, no haberse realizado la apertura del centro de trabajo y no estar concedida la licencia de obras. En el acta se indicaba además que la obra no se iniciaría hasta que se realizaran los trámites pendientes y

existiese concesión de licencia de obras, levantándose en ese momento el acta de inicio de las obras.

4.- El 26 de junio de 2017 la empresa envió un correo electrónico remitiendo el Plan de Seguridad y Salud solicitando que se disculpara el retraso en la remisión ya que *“por error del servidor de correo no salió la semana pasada”*.

Consta en el expediente un correo electrónico fechado el 26 de junio de 2017 dirigido por la Oficina de Gestión e Infraestructuras y Mantenimiento de la Universidad de Alcalá a la empresa contratista en el que indica que ya se había concedido la licencia de obras el 16 de junio de 2017 y que estaba pendiente la aprobación del Plan de Seguridad y Salud y le convocaba para la firma del acta de inicio de las obras el siguiente 29 de junio, al haber desaparecido las causas que motivaron la suspensión de las obras.

Ese mismo día 26 de junio el representante de la empresa contratista presenta un escrito en la Universidad de Alcalá en el que manifiesta que no se han podido iniciar las obras por causas que no le son imputables, esto es, la falta de aprobación del Plan de Seguridad y Salud, la no apertura del centro de trabajo al ser precisa como trámite previo la aprobación del citado plan y la no concesión de la licencia de obras. Por ello acaba solicitando la resolución del contrato con devolución del importe de la garantía constituida.

5.- Obra en el folio 659 del expediente que el día 27 de junio de 2017 el gerente de la Universidad de Alcalá certificó la aprobación del Plan de Seguridad y Salud.

6.-Con fecha 10 de julio de 2017 el gerente de la Universidad de Alcalá acordó el inicio de las obras al haberse superado las causas que

impidieron su iniciación. En el citado acuerdo se indicó que el plazo de ejecución comenzaría a computarse desde el día siguiente a la recepción de su notificación.

Figura en el folio 666 del expediente que el 11 de julio de 2017 se remitió un correo electrónico a la empresa contratista con la convocatoria para la firma de acta de inicio de las obras al día siguiente. La contratista contestó mediante correo electrónico de la misma fecha indicando que había solicitado la resolución contractual sin haber recibido respuesta de la Universidad de Alcalá y que no procedía la formalización del acta de inicio de las obras.

7.- Mediante correo electrónico fechado el 12 de julio de 2017 la Universidad de Alcalá comunicó a la contratista que la convocatoria a la firma del acta de inicio de las obras suponía la desestimación de su solicitud de resolución contractual y le reiteraba la obligación de inicio de las obras so pena de incurrir en la imposición de penalidades e incluso en resolución contractual por incumplimiento culpable.

8.- Consta en el expediente que el 13 de julio de 2017 se volvió a convocar a la empresa contratista para la firma del acta de inicio de las obras al día siguiente.

9.- Con fecha 14 de julio de 2017 la empresa contratista formuló recurso de reposición contra al acuerdo del gerente de 10 de julio de 2017 de inicio de las obras al haberse superado las causas que impidieron su iniciación. Se alegaba que dicho acuerdo no daba respuesta a la solicitud de la empresa contratista de resolución contractual y reiteraba los argumentos expuestos para instar la resolución del contrato.

El recurso de reposición fue desestimado por Resolución de 24 de julio de 2017 con la advertencia de que la no iniciación de las obras supondría la resolución contractual con la correspondiente indemnización de daños y perjuicios a la Universidad de Alcalá. Contra dicha resolución la empresa contratista interpuso recurso contencioso-administrativo tramitado ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº32, de Madrid.

10.- Tramitado un procedimiento de resolución contractual en base a la causa prevista en el artículo 223 del texto refundido de la Ley Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP) por demora del contratista en el cumplimiento de los plazos, esta Comisión Jurídica Asesora emitió el Dictamen 35/18, de 1 de febrero, en el que concluyó que el procedimiento había caducado lo que no impedía que el órgano de contratación pudiera proceder a la iniciación de un nuevo expediente de resolución contractual.

11.- Mediante Resolución de 15 de febrero de 2018 del gerente de la Universidad de Alcalá se declaró caducado el procedimiento de resolución contractual, lo que se notificó a la contratista y a la entidad avalista.

TERCERO.- 1.- Por Resolución de 15 de febrero de 2018 del gerente de la Universidad de Alcalá se acordó incoar un nuevo procedimiento de resolución contractual, incorporando al mismo aquellos actos y trámites cuyo contenido se habría mantenido igual de no haberse declarado la caducidad. De acuerdo con ello se incorpora al nuevo procedimiento el informe de 22 de septiembre de 2017 del vicesgerente de Asuntos Económicos en el que se indicaba que la ejecución del contrato no había comenzado y se proponía la resolución del contrato en base a lo establecido en la Cláusula 31 del PCAP que al

disponer las causas de resolución contempla la prevista en el artículo 223 del TRLCSP, relativa a la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista.

2.- Consta en el expediente que se confirió trámite de audiencia a la empresa contratista y a la avalista (folios 744 a 749 del expediente).

En cumplimiento del trámite conferido al efecto, la empresa contratista formuló escrito de alegaciones el 5 de marzo de 2018, en el que se opone a la resolución contractual planteada por la Universidad de Alcalá. Aduce que existe una instancia de resolución contractual planteada por la propia empresa que se encuentra sometida a un procedimiento judicial ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y que no existe ningún incumplimiento de la empresa contratista ya que ha sido imposible ejecutar el contrato por causa que no le es imputable.

3.- El 27 de abril de 2018 la jefe del Servicio de Contratación, Compras e Inventario emite propuesta de resolución del contrato por demora del contratista en el cumplimiento de los plazos de ejecución, con incautación de la garantía constituida, sin perjuicio de la responsabilidad subsistente del contratista en lo que exceda del importe de dicha garantía

4.- Solicitado informe sobre la propuesta de resolución contractual planteada por la Universidad de Alcalá a la Asesoría Jurídica, la vicesecretaria general emitió informe el 27 de abril de 2018 favorable a la propuesta formulada.

5.- El 7 de mayo de 2018 el gerente de la Universidad de Alcalá acordó suspender el procedimiento por el tiempo que mediaré entre la petición de dictamen a la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad

de Madrid y la recepción, con comunicación a los interesados. No consta en la documentación remitida a este órgano consultivo la notificación de la suspensión del procedimiento a la empresa contratista y a la entidad avalista.

6.- El 9 de mayo de 2018 tuvo entrada en la Consejería de Educación e Investigación la petición de dictamen a la Comisión Jurídica Asesora firmada por el rector de la Universidad de Alcalá. La solicitud de dictamen fue registrada de entrada en este órgano consultivo el 21 de mayo de 2018.

CUARTO.- El 8 de junio de 2018 se remitió a esta Comisión Jurídica Asesora la Sentencia 152/2018, de 29 de mayo de 2018 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº32, de Madrid, en relación con el recurso interpuesto por la empresa contratista en el que instaba la nulidad de pleno derecho de la actuación de la Universidad de Alcalá y que se acordara la resolución del contrato por causa imputable a la Universidad, con devolución de la garantía definitiva y la obligación de abonar un 2% del importe del contrato.

En los fundamentos jurídicos de la mencionada sentencia, en la que se desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la empresa contratista y se confirma por su adecuación a derecho la Resolución de 24 de julio de 2017 que desestima el recurso de reposición interpuesto por la empresa contratista contra la Resolución de 10 de julio de 2017 por la que se autorizaba el inicio de las obras, se puede leer lo siguiente:

“Por lo tanto, cabe concluir que la Administración ha actuado con la suficiente diligencia en cuanto a sus obligaciones de concesión de licencia y que la remoción de las causas que impedían la ejecución

de la obra habían quedado solucionadas en tiempo hábil, lo que supone el traslado de responsabilidad en la ejecución a la parte contratista, sin que sea posible la resolución del contrato por causas no imputables a su actuación ni indemnización alguna derivada, y ello conlleva a declarar que la resolución impugnada se atiene a derecho”.

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 del rector de la Universidad Alcalá se ha hecho llegar a la Comisión Jurídica Asesora a través del consejero de Educación e Investigación, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 18.3 d) del ROFCJA (“*En el caso de las universidades públicas, los dictámenes se solicitarán por sus rectores y se cursarán a través del Consejero competente en materia de universidades*”).

SEGUNDA.- El contrato cuya resolución se pretende se adjudicó el 26 de abril 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 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 Resolución de 15 de febrero de 2018, del gerente de la Universidad de Alcalá por delegación del rector según Resolución de 26 de marzo de 2010, lo que supone la aplicación, en el caso analizado, del TRLCSP, ya que la LCSP/17 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 la 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 210 TRLCSP, 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 211.1 TRLCSP requiere que en el correspondiente expediente se dé audiencia al contratista. Además debe tenerse en cuenta el artículo 109 del RGCAP, que exige la audiencia al avalista o asegurador “*si se propone la incautación de la garantía*”. Por otro lado el apartado tercero artículo 211 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.

De acuerdo con la normativa expuesta resulta que, en nuestro caso, se ha dado audiencia al contratista el cual ha manifestado su oposición a la resolución contractual planteada por la Universidad de Alcalá, lo que hace preceptivo el dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora. Del expediente examinado resulta que se propuso la incautación de la garantía, por lo que se dio audiencia al avalista si bien no consta que formulara alegaciones.

Por otro lado, tras el trámite de audiencia ha emitido informe la Asesoría Jurídica manifestando su parecer favorable a la resolución contractual planteada por la Universidad.

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, como ocurre en este caso con el informe de la Asesoría Jurídica de la Universidad que no incorpora hechos nuevos que pudieran resultar relevantes para la resolución limitándose al asesoramiento jurídico.

En relación con el plazo para resolver, en los procedimientos de resolución de contratos iniciados de oficio, el incumplimiento del plazo máximo de tres meses para resolver el procedimiento determina la caducidad del procedimiento (art. 21.3 y 25.1b) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC) de aplicación a este procedimiento en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria tercera de esta ley).

No obstante, el rigor temporal que supone la necesidad de tramitar estos procedimientos en el plazo de tres meses, puede verse atemperado por la suspensión del procedimiento para la solicitud de

informes preceptivos y determinantes del contenido de la resolución, tal y como establece el artículo 22.1 d) de la LPAC, que en dicho sentido sigue la pauta ya establecida en el artículo 42.5.c) de la LRJ-PAC al señalar que el plazo máximo legal para resolver y notificar un procedimiento podrá suspenderse, entre otras circunstancias, en la siguiente:

“...Cuando se soliciten informes preceptivos a un órgano de la misma o distinta Administración, por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos. Este plazo de suspensión no podrá exceder en ningún caso de tres meses. En caso de no recibirse el informe en el plazo indicado, proseguirá el procedimiento”.

En este caso, el inicio de este expediente de resolución contractual tuvo lugar como hemos dicho el 15 de febrero de 2018 y consta que el procedimiento se suspendió el 7 de mayo de 2018 (con entrada el 9 de mayo en la Comunidad de Madrid), al amparo de lo establecido en el artículo 22.1 d) de la LPAC para recabar el dictamen de este órgano consultivo. No obstante de la lectura de dicho precepto se colige que, para que sea efectiva la suspensión del plazo, es preciso que se comunique a los interesados tanto la petición como la emisión de los informes cuya solicitud justifica la suspensión, requisito a cuyo efectivo cumplimiento queda condicionada la efectividad de la pretendida suspensión de plazo. En este caso no consta en el expediente que la comunicación a la empresa contratista y a la entidad avalista de la petición de dictamen a esta Comisión Jurídica Asesora se haya efectuado, por lo que debemos advertir que, si así fuera, la suspensión no habría surtido efecto como hemos señalado y en consecuencia el procedimiento de resolución contractual habría caducado antes de su

entrada en este órgano consultivo que como dijimos se produjo el 21 de mayo de 2018.

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

La propuesta de resolución entiende que concurre la causa prevista en el apartado d) artículo 223 del TRLCSP (*“La demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista”*). A dicha causa de resolución se opone la empresa contratista pues considera que la falta de inicio de las obras es imputable a la propia Universidad por lo que ha instado en ese sentido la resolución contractual lo que se está dilucidando en la vía contencioso-administrativa.

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)

TRLCSF 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 Universidad.

Conforme a lo previsto en el PCAP, el contrato de obras tenía un plazo de ejecución de ocho meses contado a partir de la fecha del acta de comprobación del replanteo. Consta en el expediente que la mencionada acta se firmó el 5 de junio de 2017 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 momento de la comprobación del replanteo aún no se había aportado ni en consecuencia aprobado el Plan de Seguridad y Salud, a cuya presentación estaba obligada la empresa contratista según se recoge en la Cláusula 16 del PCAP, requisito necesario para la apertura del centro de trabajo, ni se había otorgado la licencia de obras, de modo que en el acta de comprobación del replanteo se plasmaron estas circunstancias con el objeto de suspender el plazo de inicio de las obras hasta que se solventaran los trámites pendientes, momento en el cual se levantaría *“la oportuna acta de inicio de las obras”*.

La suspensión del inicio de las obras configurada como potestad de la Administración tiene cobertura legal tanto en el artículo 139 del

RGLCAP como en el artículo 220 del TRLCSP, inserto dentro del capítulo relativo a la modificación de los contratos, y determina en claro beneficio del contratista que no comience el computo del plazo previsto para la ejecución de las obras en tanto que no se levante la suspensión lo que debe tener lugar una vez que se hayan salvado los óbices a dicha ejecución.

En este caso resulta del expediente que por lo que atañe a la Administración, la licencia de obras fue otorgada el 16 de junio de 2017, lo que se notificó a la empresa contratista el 26 de junio siguiente, fecha esta última en que la adjudicataria cumplió con la obligación que a la misma concernía en relación con la presentación del Plan de Seguridad y Salud, por lo que una vez superados los dos obstáculos que impedían la ejecución de las obras, nada imposibilitaba el inicio de las obras lo que así le hizo saber la Universidad a la contratista en la reiterada fecha de 26 de junio citándola para el día 29 de junio siguiente con el fin de firmar el acta de inicio de las obras.

Como hemos expuesto en los antecedentes, la adjudicataria en la misma fecha del 26 de junio solicitó la resolución contractual amparándose en la falta de aprobación del Plan de Seguridad y Salud así como en la falta de licencia de obras, lo que por lo que resulta del expediente carece de fundamento, lo primero porque la empresa contratista no presentó el citado Plan hasta la misma fecha en que solicitó la resolución contractual, con lo que difícilmente podía haber sido aprobado por la Universidad con anterioridad y en cuanto a la licencia de obras consta en el expediente que fue otorgada por la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Alcalá de Henares el 16 de junio 2017 lo que se puso en conocimiento de la empresa en la reiterada fecha de 26 de junio.

Resulta evidente que no existía causa legal para la resolución del contrato por causa imputable a la Administración y así lo ha considerado la Jurisdicción Contencioso-Administrativa que en la citada Sentencia de 29 de mayo de 2018 considera diligente la actuación de la Administración, lo que, como afirma, supone el traslado de la responsabilidad de la ejecución a la parte contratista.

Sin embargo, removidos los obstáculos que impedían la ejecución de las obras, por razones que se desconocen, la contratista reiteró su oposición a la ejecución de las obras escudándose en su petición de resolución contractual por causas que fueron rechazadas por la Administración en varios documentos, en los que instaba a la empresa contratista al inicio de las obras. Todo ello acredita la resistencia infundada por parte de la adjudicataria al cumplimiento de su obligación de ejecutar la obra.

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 el contratista una voluntad contraria al cumplimiento del contrato en los términos pactados.

No obsta a lo que acabamos de señalar el hecho de que la Sentencia de 29 de mayo de 2018 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº32, de Madrid, aún no sea firme y por tanto aún se encuentre sometida a un procedimiento judicial la solicitud de resolución contractual invocada por la empresa.

Sobre esta cuestión ya hemos tenido ocasión de pronunciarnos en anteriores dictámenes de esta Comisión Jurídica Asesora (así los dictámenes 332/16, 290/17 y 297/17), en los que invocando la doctrina reiterada del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid (dictámenes 270/09, de 20 de mayo, 408/09, de 22 de julio y 289/11, de 1 de junio, entre otros) hemos expresado que en caso de concurrencia de varias causas de resolución de un contrato administrativo debe aplicarse de manera preferente la causa que se hubiera producido antes desde un punto de vista cronológico, de acuerdo con la doctrina seguida por el Consejo de Estado. Hemos dicho que esa doctrina es especialmente aplicable cuando concurren varias causas de resolución que tienen alcance diverso en cuanto a su funcionamiento y efectos, como sería el caso en que se pretende la resolución por incumplimiento del contratista cuando éste solicitó la resolución del contrato por incumplimiento de la Administración y ha interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la desestimación expresa de su solicitud.

En línea con la doctrina mantenida reiteramos ahora que el mismo Consejo de Estado en Dictamen de 27 de diciembre de 2007, ha declarado que no obsta a la conclusión y decisión final de un expediente de resolución contractual el hecho de que el concesionario mantenga un recurso contencioso-administrativo contra la denegación de su solicitud de resolución de contrato por causa imputable a la Administración formulada con anterioridad.

Como hemos dicho en otras ocasiones, resulta claro que una eventual sentencia favorable del citado recurso contencioso-administrativo surtiría efectos sobre el resultado final del procedimiento de resolución del contrato instado por la Administración, e incluso pudiera dar lugar a la revocación o revisión de la resolución que se adoptara, *“pues podría darse el caso de que una hipotética*

estimación de la demanda formulada en dicha causa llevara o cargara sobre la Administración una responsabilidad que fuera incompatible con la imputada responsabilidad del contratista que trata de servir de sustento a la resolución de este expediente” (Dictamen del Consejo de Estado de 27 de diciembre de 2007).

En consecuencia, si no consta durante la tramitación del procedimiento de resolución instado por la Administración que el procedimiento contencioso-administrativo haya terminado por sentencia firme, ni se ha adoptado medida alguna en el mismo que impida concluir este expediente, es posible la tramitación de un procedimiento de resolución contractual por causa imputable a la empresa contratista y la decisión final que se adopte será recurrible con independencia del mencionado recurso contencioso; pero, como es obvio, esta resolución administrativa podrá ser sometida también a control jurisdiccional, de modo que si es impugnada en sede judicial, es entonces cuando podrá hacerse valer por el juzgado correspondiente la precedencia temporal de la causa resolutoria invocada por la empresa contratista.

Por ello cabe concluir que la decisión que adopte la Universidad en el expediente sometido preceptivamente a dictamen de la Comisión Jurídica Asesora, puede quedar condicionada al fallo de la sentencia definitiva y firme que se dicte pero no es óbice a la tramitación y resolución del actual procedimiento.

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”.

Era doctrina mayoritaria del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid asumida por esta Comisión Jurídica Asesora que 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 artículo 225.3 del TRLCSP (al igual que su precedente inmediato el artículo 208.4 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, 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.

Ahora bien, no se debe olvidar que el artículo 215.4 del TRLCSP establece que *“en todo caso el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la perdida, 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.

Por ello entendemos procedente que pueda acordarse la resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista sin pérdida de la garantía constituida y que se incoe un procedimiento contradictorio con audiencia de la empresa contratista y la avalista para la determinación de los daños y perjuicios, reteniéndose mientras tanto el importe de la garantía, como medida cautelar conforme el artículo 56.1 de la LPAC.

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

CONCLUSIÓN

Procede la resolución del contrato de obras de ampliación del edificio Manuel Gala para espacios docentes deportivos, suscrito con la empresa GRUPO BERTOLÍN S.A., por incumplimiento del contrato imputable a la empresa contratista, con los efectos previstos en el cuerpo de este dictamen, sin perjuicio de lo señalado en la consideración de derecho segunda en cuanto a la posible caducidad del procedimiento de resolución contractual.

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 21 de junio de 2018

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 280/18

Excmo. y Magfco. Sr. Rector de la Universidad de Alcalá

Pza. San Diego, s/n - 28801 Alcalá de Henares (Madrid)