

Dictamen n°: **291/19**
Consulta: **Rector de la Universidad Carlos III de Madrid**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **04.07.2019**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad en su sesión de 4 de julio de 2019, emitido ante la consulta formulada por el rector de la Universidad Carlos III, a través del consejero de Educación e Investigación, sobre al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, sobre la resolución del contrato de obras de reforma parcial de planta 0 y de plantas -1 y -2 del Campus de Madrid-Puerta de Toledo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 3 de junio de 2019 tuvo entrada en este órgano consultivo una solicitud de dictamen, relativa al expediente sobre la resolución del contrato de obras de reforma parcial de planta 0 y de plantas -1 y -2 del Campus de Madrid-Puerta de Toledo, correspondiendo la ponencia al Letrado Vocal D. Carlos Yáñez Díaz, que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberado y aprobado, por unanimidad, en la reunión del Pleno, en su sesión de 4 de julio de 2019.

El escrito solicitando el informe preceptivo fue acompañado de la documentación que se consideró suficiente.

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

1. El 15 de junio de 2017 se aprobaron por el Rector de la Universidad Carlos III los pliegos de cláusulas administrativas y prescripciones técnicas del contrato de obra de reforma parcial de Planta 0 e integral de Planta -1 y -2 Campus Madrid-Puerta de Toledo a adjudicar por procedimiento abierto con pluralidad de criterios. El presupuesto base de licitación era de 2.891.267,46 euros IVA excluido y el plazo de ejecución de las obras de cinco meses desde el día siguiente a la fecha del acta de comprobación del replanteo.

2. Tras la oportuna tramitación, el contrato fue adjudicado el 13 de septiembre de 2017 a Construcciones San José S.A. (en adelante, la contratista), formalizándose el contrato con fecha 26 de septiembre de 2017. La duración del contrato era de cinco meses a contar desde el día siguiente a la fecha del acta de comprobación del replanteo que tendría lugar en el plazo de un mes desde la firma del contrato y el precio del contrato sería de 2.891.266 euros IVA excluido.

3. El acta de comprobación del replanteo tuvo lugar el 6 de octubre de 2017 considerándose viable la obra sin objeción alguna por parte de los asistentes.

4. El 15 de enero de 2018 el Ayuntamiento de Madrid ordenó la paralización de las obras y requirió a la propiedad para que solicitase su legalización.

5. El 26 de enero de 2018 se levantó acta de suspensión total de las obras conforme lo dispuesto en el artículo 220.1 del texto refundido de la

Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSF). El 6 de febrero de 2018 la contratista presentó un escrito en el que se reservaba el derecho a reclamar daños y perjuicios por la suspensión de las obras.

6. Consta en el expediente una propuesta de modificación presentada por la contratista sin fechar y con un incremento de precio de 1.761.018,15 IVA incluido.

7. El Ayuntamiento de Madrid autorizó el 27 de julio de 2018 la reanudación de las obras.

8. El 30 de julio de 2018 el rector de la Universidad acuerda la reanudación de las obras y convoca a la contratista a las 10.00 horas del 13 de agosto para levantar acta de reanudación de las obras.

9. El 13 de agosto de 2018 el representante de la Universidad y la Dirección Facultativa levantan acta en el que hacen constar que la contratista no ha comparecido y que la oficina de obra de la contratista en el edificio se encuentra cerrada.

10. El 4 de septiembre de 2018 el gerente de la Universidad convoca a la contratista para una nueva reunión el día 10 de septiembre de 2018 a las 13.00 horas.

En esa resolución hace constar que la contratista remitió un burofax el 2 de agosto (del que no se tuvo conocimiento hasta el 20 de agosto por el cierre de instalaciones) en el que requería que se le entregase la licencia concedida por el Ayuntamiento y se le informase de si la licencia exigía obras distintas de las contratadas a lo que añadía que sin esa información no podía reanudar la obra, realizar el plan de obras ni realizar una nueva valoración a los precios actuales. La contratista remitió un nuevo burofax el 3 de septiembre en el que solicita

la mencionada documentación a los efectos de decidir si reanuda las obras o si interpone los recursos procedentes.

El gerente destaca que la licencia del Ayuntamiento no exige ninguna obra diferente de las inicialmente contratadas y que la decisión de un eventual modificación corresponde a la Dirección Facultativa con la aprobación del órgano de contratación tras la oportuna tramitación. Concluye destacando que la contratista tan solo ha ejecutado un 10,44% de la obra con un plazo que resta de 4 meses.

11. El 10 de septiembre de 2018 se suscribe el acta de reinicio de las obras. Consta un plan de obra elaborado por la contratista que recoge la terminación en febrero de 2019. Otro plan fechado en noviembre de 2018 alarga el plazo a mayo de 2019.

12. El 14 de diciembre de 2018 la dirección facultativa de las obras redacta un informe sobre retrasos en los plazos parciales establecidos en el plan de obra.

Afirman que el único plazo parcial que se ha cumplido es el de demolición en tanto que han sido incumplidos todos los demás. Atribuyen ese retraso al escaso personal que se destina a la obra de tal forma que, a la fecha de la suspensión, se había ejecutado un 10,44% en tanto que en los tres meses posteriores a la reanudación tan solo se ha ejecutado un 0,24% (total: 10,68%) en una fecha en la que ya había transcurrido el 50% del plazo de ejecución y cuando debería haberse ejecutado el 27%.

Por ello solicitan que se impongan penalidades a la empresa.

13. El 17 de diciembre de 2018 se formula una propuesta de imposición de penalidades a la contratista. El 3 de enero de 2019 la

contratista formula alegaciones oponiéndose a esas penalidades. El procedimiento se declaró caducado el 22 de marzo de 2019.

14. El 8 de enero de 2019 la contratista presenta un escrito en el que expone lo que considera una serie de indefiniciones del proyecto y problemas de ejecución de las obras por lo que insta a la modificación del contrato.

15. El 14 de febrero de 2019 se extiende un acta de comprobación de obra. Consta un acta notarial de presencia y protocolización de fotografías autorizada el 19 de febrero de 2019 a instancia de la Universidad Carlos III.

16. El 18 de febrero de 2019 la dirección facultativa de la obra emite un informe sobre incumplimiento del plazo total de ejecución en el que concluyen:

1) La licencia urbanística por partes autónomas concedida por el Ayuntamiento se corresponde exactamente con el contenido del proyecto de contrato; 2) No existen circunstancias que hagan necesaria una modificación del proyecto; 3) El retraso es debido a la escasa mano de obra utilizada, en torno a unas 3,84 personas/día, 4) Tras la reanudación de las obras tan solo se ha ejecutado un 0,46 % en 5 meses lo que muestra una paralización casi total de la obra; 5) Tras la reanudación la contratista ha procedido a realizar consultas que raramente se habían realizado antes. Todas ellas han sido respondidas por la Dirección Facultativa; 6) La contratista ha incumplido las instrucciones y los procesos constructivos propuestos por la Dirección Facultativa.

17. El 4 de abril de 2019 el rector de la Universidad Carlos III acuerda el inicio de un procedimiento de resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista y otorga trámite de audiencia a

la contratista y a la avalista. Consta los escritos de notificación con sello de registro de salida.

18. El 16 de abril de 2019 la contratista presenta escrito de alegaciones.

Afirma que la suspensión de las obras representó una obstaculización grave a la obra si bien durante la suspensión la contratista prestó la máxima colaboración.

Durante todo el tiempo de ejecución del contrato ha puesto de manifiesto las indefiniciones del proyecto como lo demuestra la existencia de precios contradictorios. Rechaza que haya existido incumplimiento culpable y atribuye el ritmo de las obras a las indefiniciones del proyecto.

Afirma que destinó más personal a las obras tras su reanudación y que cerró los contratos para el suministro de materiales que había comenzado a celebrar antes de la paralización.

Recoge diversas comunicaciones con la dirección facultativa en una de las cuales la contratista hace constar que *“algunas de las órdenes incumplen la legislación vigente y nos empuja a incumplir las mismas.”* Según la contratista el proyecto originariamente contratado era inejecutable.

Afirma que el hecho de que presentara una nueva planificación de trabajo, que fue rechazada, deriva de que la constructora era consciente de que el proyecto era inviable y era necesaria la aprobación de un modificado.

Considera una contradicción que se dejara caducar el procedimiento de imposición de penalidades y a continuación se iniciase el procedimiento de resolución contractual y cree que es incoherente que

se les reconozca el derecho a ser indemnizados por la suspensión cuando se afirma que hay un incumplimiento culpable.

Concluye rechazando la resolución del contrato pero pide su liquidación y pago con devolución de la garantía y la indemnización de los daños ocasionados por la suspensión.

19. El 7 de mayo de 2019 se formula propuesta de resolución en la que se propone la resolución del contrato por haber incumplido el contratista el plazo de ejecución del contrato establecido en los pliegos.

20. El 9 de mayo de 2019 el rector de la Universidad Carlos III solicita el dictamen de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid a través de la Consejería de Educación e Investigación donde tuvo entrada el 13 de mayo.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La petición de dictamen se ha de entender realizada al amparo de lo dispuesto en el artículo 5.3.f) d. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, a cuyo tenor la Comisión Jurídica Asesora deberá ser consultada en los expedientes tramitados por las Universidades públicas en los supuestos de *“aprobación de pliegos de cláusulas administrativas generales, interpretación, nulidad y resolución de los contratos administrativos y modificaciones de los mismos en los supuestos establecidos por la legislación de Contratos de las Administraciones públicas”*, y ha sido formulada por órgano competente para ello en virtud de lo dispuesto en el artículo 18.3.d) del ROFCJA.

SEGUNDA.- El contrato se adjudicó el 13 de septiembre de 2017 y se formalizó el 29 de ese mes, por lo que resulta de aplicación el TRLCSP en cuanto normativa vigente en dicho momento tal y como dispone la disposición transitoria 1ª 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 (LCSP/17).

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

En este caso, el órgano de contratación es el rector conforme lo dispuesto en el artículo 175 de los Estatutos de la Universidad Carlos III aprobados por Decreto 1/2003, de 9 de enero, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueban los Estatutos de la Universidad Carlos III de Madrid, sin perjuicio, claro está, de posibles delegaciones.

Por lo que se refiere al procedimiento de resolución contractual, habrá que estar a lo dispuesto en la normativa vigente en el momento de su inicio (esto es, el 4 de abril de 2019), lo que supone la aplicación en el caso analizado de la LCSP/17, en particular de sus artículos 191 y 212. Además, ante la falta de desarrollo reglamentario en el aspecto objeto de estudio de las disposiciones vigentes en materia de contratación del sector público, debe considerarse lo dispuesto en el artículo 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), referido específicamente al *“procedimiento para la resolución de los contratos”*.

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

En particular, el artículo 211.1 TRLCSP requiere que en el correspondiente expediente se dé audiencia al contratista. Asimismo, el artículo 109 del RGCAP exige la audiencia al avalista o asegurador “*si se propone la incautación de la garantía*”, como es el caso. En el caso sujeto a dictamen, se ha respetado el derecho de audiencia de la contratista, que ha formulado las alegaciones que ha tenido por conveniente, y de la avalista, que no ha presentado escrito de alegaciones. Consta en el expediente la notificación realizada con sello de registro de salida pero no, como hubiera sido deseable, la justificación de la recepción de esa notificación.

Al tratarse de una resolución por incumplimiento del plazo de ejecución no resulta necesario el informe del Servicio Jurídico conforme permite el artículo 191.2 de la LCSP/17.

Igualmente, se ha incorporado al expediente administrativo la oportuna propuesta de resolución, en la que se desestiman las alegaciones de la contratista.

De conformidad con el apartado tercero del artículo 211 del TRLCSP, será preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de interpretación, nulidad y resolución, cuando se formule oposición por parte del contratista, como es el caso, en que hay discrepancia en torno a la existencia misma de un incumplimiento contractual.

En relación con el plazo para resolver, el artículo 212.8 de la LCSP/17 establece un plazo máximo para resolver de ocho meses por lo que el presente procedimiento, iniciado el 4 de abril pasado, no ha caducado.

TERCERA.- La propuesta de resolución considera que procede la resolución del contrato toda vez que ha transcurrido el plazo de ejecución del contrato sin que la obra haya concluido. Se trataría por tanto de la causa prevista en el apartado d) del artículo 223 del TRLCSP “*La demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista*” en relación con el artículo 212 según el cual “2. *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*” de tal forma que el incumplimiento de ese plazo total permite la imposición de penalidades o la resolución contractual.

Tal y como se ha expuesto, el contrato recogía un plazo de ejecución de cinco meses desde el acta de comprobación del replanteo por lo que las obras hubieran debido concluir el 6 de marzo de 2018. Ahora bien, el 26 de enero de 2018 se procedió a la suspensión de las obras como consecuencia de una resolución del Ayuntamiento de Madrid por lo que el plazo se prorrogó como consecuencia de esa suspensión y la contratista presentó un programa de trabajo en el que estableció como plazo de finalización el 19 de febrero de 2019 siendo aceptado por la dirección facultativa.

Ese plazo ha vencido (la contratista propuso una nueva prórroga que fue rechazada) sin que la obra haya concluido. Las fotografías obrantes en el expediente permiten comprobar el importante retraso en la ejecución que afecta al servicio público educativo gestionado por la Universidad.

La dirección facultativa ha presentado un detallado informe sobre la ejecución del contrato en el que pone de relieve la actitud obstruccionista de la contratista en la ejecución contractual al incumplir las ordenes de esa dirección facultativa y los planes de trabajo establecidos, como de hecho reconoce la contratista en su escrito de alegaciones al indicar que no obedecía órdenes que consideraba ilegales. Conviene recordar que la cláusula 45ª del Pliego establecía como causa de resolución contractual la obstrucción a las facultades de inspección y dirección de la Administración.

Tal y como establece el artículo 230.1 del TRLCSP, las obras "*se ejecutarán con estricta sujeción a las estipulaciones contenidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares y al proyecto que sirve de base al contrato y conforme a las instrucciones que en interpretación técnica de éste dieren al contratista el Director Facultativo de las obras y, en su caso, el responsable del contrato, en los ámbitos de su respectiva competencia*".

También destaca el informe que un análisis del personal adscrito por la contratista a la ejecución de la obra arroja un resultado de unos 3 trabajadores/día. Esa cifra concuerda con los porcentajes de ejecución de obra que muestran que esta ya acumulaba un importante desfase en el momento de la suspensión y tras su reanudación apenas se ha avanzado en la misma y revela una paralización de facto de las obras.

Las explicaciones de la contratista giran en torno a la existencia de defectos en el proyecto y la necesidad de elaborar un proyecto modificado. Como se puede comprobar en los dictámenes de esta Comisión ese es un argumento recurrente en la contratación de obra pública. La contratista no puso objeción alguna en el momento de la comprobación del replanteo y la decisión de si es necesaria una modificación contractual (más allá del 10%) corresponde en exclusiva a

la Administración en cuanto es una de sus prerrogativas que ejercerá cuando existan razones de interés público de acuerdo con la regulación legal actualmente aplicable, muy restrictiva de conformidad con las exigencias de las directivas comunitarias y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Antes al contrario, la actuación de la contratista, que, por un lado, solicitaba la aprobación de un modificado y, por otro, ralentizaba las obras hasta prácticamente su paralización, no puede considerarse conforme a una buena fe contractual.

Las observaciones de la contratista relativas a una supuesta incongruencia entre la caducidad del procedimiento de imposición de penalidades y el inicio del procedimiento de resolución contractual tampoco pueden admitirse. La cláusula 25ª del Pliego es clara en cuanto a que en los caso de demora en los plazos, la Administración “*podrá optar, indistintamente*” por la resolución contractual o la imposición de penalidades.

Como viene destacando esta Comisión (Dictamen 254/19, de 13 de junio) 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 las sentencias de 16 de mayo de 1997 (recurso 12.105/1991) y 29 de mayo de 2000 (recurso 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 (recurso 1892/1995).

A ello ha de sumarse el que la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 2019 (recurso 1372/2017) ha considerado que el instituto de caducidad no es aplicable a la imposición de penalidades en los contratos del sector públicos, dado que estas medidas de carácter coercitivo “... *constituyen trámites, decisiones o incidencias dentro del procedimiento de ejecución de los contratos*”. Por tanto la contratista se ha beneficiado de la decisión favorable de la Administración de considerar caducado el procedimiento de imposición de penalidades. La expiración del plazo con la obra paralizada justifican acudir al mecanismo de la resolución contractual.

En suma, nos encontramos ante una obra en la que, habiendo expirado con creces el plazo de ejecución de la misma, tan solo se ha ejecutado un porcentaje mínimo de tal forma que las obras se encuentran prácticamente paralizadas y la contratista afirma que considera la obra “*inejecutable*” con lo cual muestra que no pretende su finalización sino que tan solo quiere (como solicita en su escrito de alegaciones) la liquidación de la obra y la devolución de la garantía.

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

En este caso, al hecho notorio de haber transcurrido el plazo de ejecución sin que la obra se haya ejecutado se suma el que existe una actuación de la contratista contraria a su ejecución al entender necesaria una modificación contractual.

En un caso que presenta importantes similitudes con el presente y que afecta a un contrato de la misma contratista con otra Universidad pública, el Consejo de Estado en su Dictamen 817/2017, de 2 de noviembre de 2017, destacó:

- La expiración del plazo de ejecución habiendo ejecutado tan solo un 30% de la obra suponía: *“(...) un grave incumplimiento de las obligaciones esenciales del contrato, pues afecta no solo al plazo final de entrega de las obras, y no se trata de un mero retraso; sino también a la imposibilidad de recepción de las mismas, ya que se encuentran ejecutadas en menos de un tercio de lo previsto. Además, tal incumplimiento debe reputarse culpable, no concurriendo ninguna causa de exoneración de la responsabilidad de dicha empresa en el cumplimiento del contrato.”*

- *“Procede, pues, (...) la resolución del contrato, amparada en un incumplimiento culpable del contrato y un abandono injustificado de las obras por la empresa contratista que se ha resistido a la ejecución del contrato conforme al proyecto de obra que fue licitado, estudiado, valorado, aceptado expresamente y adjudicado a la misma. Los pretendidos intentos de modificación encubierta de dicho proyecto por la mercantil, fueron reiteradamente rechazados por la Universidad, según consta en informes y resoluciones unidos al expediente, por suponer un encarecimiento del precio del contrato y contravenir la legalidad.”*

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

El artículo 225.3 del TRLCSP, establece lo siguiente:

“cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados. La indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, sin

perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada”.

Como hemos recogido en anteriores dictámenes de esta Comisión Jurídica Asesora, siguiendo la doctrina mayoritaria del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, del precepto transcrito no puede inferirse la incautación de la garantía como un efecto automático inherente a la resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista.

El citado artículo 225.3 del TRLCSP (al igual que su precedente inmediato el artículo 208.4 de la LCSP y a diferencia que lo que prevé el artículo 213.3 de la LCSP/17) 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.

Por ello, tal y como recoge la propuesta de resolución, la Administración contratante deberá tramitar un procedimiento contradictorio con audiencia del contratista para valorar económicamente los daños y perjuicios irrogados como consecuencia del incumplimiento.

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

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

CONCLUSIÓN

Procede la resolución del contrato de obras de reforma parcial de planta 0 y de plantas -1 y -2 del Campus de Madrid-Puerta de Toledo.

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 de conformidad con lo establecido en el artículo 26.5 del ROFCJA.

Madrid, a 4 de julio de 2019

La Vicepresidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 291/19

Excmo. y Magfco. Sr. Rector de la Universidad Carlos III de Madrid

C/ Madrid, nº 126 – 28903 Getafe