

Dictamen nº:

**31/14**

Consulta:

**Rector de la Universidad Politécnica de Madrid**

Asunto:

**Contratación Administrativa**

Aprobación:

**22.01.14**

**DICTAMEN** de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 22 de enero de 2014, emitido ante la consulta formulada por el rector de la Universidad Politécnica de Madrid, a través de la consejera de Educación, Juventud y Deporte, al amparo del artículo 13.1 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, en relación con el expediente sobre resolución del contrato administrativo “Obras de acondicionamiento parcial del edificio de «La Arboleda» para albergar el Centro de Investigación en Tecnologías Ferroviarias (CITEF)” suscrito con la mercantil A, en adelante, el contratista.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El día 26 de diciembre de 2013 tuvo entrada en el registro del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen preceptivo formulada por la consejera de Educación, Juventud y Deporte el día 18 del mismo mes, acerca de la petición procedente de la Universidad Politécnica de Madrid, firmada por su rector el 12 de diciembre, sobre expediente de resolución del contrato administrativo “Obras de acondicionamiento parcial del edificio de «La Arboleda» para albergar el Centro de Investigación en Tecnologías Ferroviarias (CITEF)” suscrito con la mercantil A, por la demora en el cumplimiento del contrato en el plazo establecido.

Admitida a trámite con esa misma fecha se procedió a dar entrada en el registro de expedientes con el número 678/13, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal como dispone el artículo 34 apartado 1 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por el Decreto 26/2008, de 10 de abril, cuyo vencimiento se fijó el 1 de febrero de 2014.

Ha correspondido su ponencia a la Sección V, presidida por el Excmo. Sr. D. Ismael Bardisa Jordá, quien firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 22 de enero de 2014.

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

Con fecha 1 de agosto de 2013 se adjudicó, por el procedimiento negociado sin publicidad, el contrato de las obras de acondicionamiento parcial del edificio de “La Arboleda” para albergar el Centro de Investigación en Tecnologías Ferroviarias (CITEF), por un importe de 199.166 euros, IVA incluido (*“En el precio se entienden comprendidos todos los gastos, cualesquiera que sea su naturaleza”*) y una garantía definitiva de 8.230 euros.

El 20 de agosto de 2013 se suscribió contrato administrativo de obras entre la adjudicataria y la Universidad Politécnica de Madrid. La cláusula quinta del contrato establece que el plazo de ejecución de las obras es de 3 meses, contados a partir de la firma del acta de comprobación de replanteo viable, que tendrá lugar dentro del plazo de un mes contado desde la firma del contrato. Si no fuera preciso el replanteo, el plazo de ejecución se contará a partir de la fecha del contrato.

El acta de comprobación de replanteo se suscribe el 20 de septiembre de 2013, comenzando a contar el plazo de ejecución a partir de la firma de dicha acta. El día 2 de octubre de 2013 no hay constancia del inicio de las obras y por parte del arquitecto técnico del Gabinete de Obras y Proyectos de la Universidad Politécnica de Madrid, se efectúan varias advertencias a la adjudicataria para que se inicien los trabajos.

El 18 de octubre de 2013, la adjudicataria remite escrito al Servicio de Contratación de la Universidad Politécnica de Madrid, en el que expone que su situación económica en la actualidad es delicada y acontecida con fecha posterior a la adjudicación del contrato y solicita, previo al comienzo de las obras, la adaptación de una serie de propuestas técnicas sobre el proyecto inicial. Estas propuestas tienen la consideración de condición indispensable para poder defender económicamente la obra y garantizar su desarrollo.

Vista la solicitud formulada por la adjudicataria, la jefa del Gabinete de Proyectos y Obras de la Universidad Politécnica de Madrid, con fecha de 5 de noviembre de 2013, emite informe sobre la propuesta de modificaciones técnicas que no alteran el importe del contrato, pero que presentan rebajas en la calidad de los productos y sistemas incluidos en el mismo. El informe considera que no existe justificación técnica por la que la Universidad tenga que soportar la merma de calidad propuesta a idéntico coste y dado el amplio plazo de tiempo transcurrido desde la firma del Acta de Inicio, cabe la posibilidad de que la actuación de la adjudicataria pudiera incurrir en causa de resolución de contrato.

Por oficio de la directora del Centro de Investigación en Tecnologías Ferroviarias de 6 de noviembre de 2013, se solicita el inicio de los trámites de la resolución del contrato.

El 7 de noviembre 2013, mediante Resolución del rector de la Universidad Politécnica de Madrid, se acuerda incoar procedimiento de resolución del contrato administrativo “Obras de acondicionamiento parcial del edificio de «La Arboleda» para albergar el Centro de Investigación en Tecnologías Ferroviarias (CITEF)”, motivado por la demora en el cumplimiento del contrato en el plazo establecido, con incautación parcial de la garantía definitiva por importe de 2.503,35 euros, de los cuales 1.910,40 euros corresponden a la imposición de penalidades y 592,95 euros por los gastos de publicación del anuncio de formalización de contrato en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid.

Con fecha 8 de noviembre de 2013, se notifica a la adjudicataria y su avalista el inicio de resolución del contrato y al mismo tiempo se concede a ambos el plazo de diez días naturales a contar desde el día siguiente a la recepción de la notificación para que formulen alegaciones y presenten los documentos y justificantes que en su defensa consideren. Obran en el expediente los acuses de recibo debidamente firmados.

En el plazo establecido, la adjudicataria presenta escrito de alegaciones, en el que manifiesta que las modificaciones de determinadas unidades de obra “*eran más adecuadas para llevar a cabo sus trabajos*”. Aduce que los problemas financieros surgen del retraso en el abono por parte de la Universidad Politécnica de Madrid, a la adjudicataria, del importe de una obra anterior, insistiendo en que los problemas económicos vienen de la modificación unilateral de las condiciones de pago por parte de la Universidad para esos trabajos y las dudas sobre la inviabilidad de la obra con los plazos de pago propuestos ya se habían comunicado a la Universidad. Solicita que se proceda a dejar sin efecto la incoación del expediente de resolución contractual e incautación de la fianza y que se acuerde la iniciación de un expediente de resolución contractual por mutuo acuerdo de las partes.

No consta la presentación de alegaciones por parte del avalista.

El rector de la Universidad Politécnica de Madrid, con fecha 10 de diciembre de 2013, resuelve desestimar las alegaciones formuladas por la adjudicataria y trasladar el expediente de incoación del procedimiento de resolución al Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, para la emisión del preceptivo dictamen, lo que se notifica a la adjudicataria para su conocimiento y demás efectos.

El 12 de diciembre de 2013 se remite el expediente al Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, a través de la consejera de Educación, Juventud y Deporte, para que emita el correspondiente dictamen.

A la vista de los hechos anteriores cabe hacer las siguientes

## CONSIDERACIONES DE DERECHO

**PRIMERA.-** La petición de dictamen se realiza al amparo de lo dispuesto en el artículo 13.1.f) apartado cuarto de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, a cuyo tenor el Consejo Consultivo deberá ser consultado en los expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid, las entidades locales y 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*”.

Asimismo, el artículo 211 del TRLCSP se refiere a la necesidad de dictamen del Consejo de Estado u órgano equivalente de las Comunidades

Autónomas, en los supuestos de interpretación, nulidad y resolución, cuando se formule oposición por el contratista.

La solicitud de dictamen del rector de la Universidad Politécnica de Madrid se ha hecho llegar al Consejo Consultivo a través de la consejera de Educación, Juventud y Deporte, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 14.4 de la Ley 6/2007 (*“Los dictámenes de las universidades públicas se solicitarán por sus rectores y se cursarán a través del consejero competente en materia de universidades”*).

El dictamen ha sido evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 16.1 de la LRCC.

**SEGUNDA.-** La disposición final única del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre por el que se aprueba el TRLCSP establece que la citada norma entra en vigor al mes siguiente a su publicación en el B.O.E. Por ello, al publicarse en el Boletín nº 276, de 16 de noviembre de 2011, la entrada en vigor tuvo lugar el 16 de diciembre de dicho año, por lo que es aplicable al contrato que nos ocupa, adjudicado el 1 de agosto de 2013.

En materia de procedimiento, la resolución de contratos administrativos exige atenerse a lo previsto en los artículos 211 y 225.3 del TRLCSP y, ante la falta de desarrollo reglamentario de la citada ley, el artículo 109 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGCAP), referido específicamente al *“procedimiento para la resolución de los contratos”*.

Tratándose de un caso de resolución por demora, el artículo 213 TRLCSP prevé:

*“1. En el supuesto a que se refiere el artículo anterior (demora), si la Administración optase por la resolución ésta deberá acordarse por el órgano de contratación o por aquel que tenga atribuida esta competencia en las Comunidades Autónomas, sin otro trámite preceptivo que la audiencia del contratista y, cuando se formule oposición por parte de éste, el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva”.*

De la citada normativa resulta, aparte de la necesidad de emisión de dictamen de este Consejo Consultivo, la ineludible necesidad de dar audiencia al contratista (artículos 213 TRLCSP y 109.1.a) del RGLCAP) y al avalista si la resolución del contrato lleva aparejada la incautación de la garantía por parte de la Administración como sucedería en este caso en que se pretende la resolución del contrato por incumplimiento imputable al contratista.

La exigencia de audiencia al avalista trae causa del artículo 97.2 del TRLCSP, inserto en el Libro Primero de la Ley y, por tanto, aplicable a todos los contratos de las Administraciones Públicas, conforme al cual “*el avalista o asegurador será considerado parte interesada en los procedimientos que afecten a la garantía prestada en los términos previstos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre*” y como tal parte interesada tiene derecho a audiencia en aplicación de lo previsto en el artículo 84 de esta última norma. Por su parte, el artículo 109.1.b) del RGCP prevé expresamente la audiencia al avalista cuando se propone la incautación de la garantía.

En la instrucción del procedimiento se ha respetado el trámite de audiencia del contratista, que se le ha conferido por acuerdo rectoral de 12 de noviembre de 2013, presentando aquél alegaciones el 19 de noviembre

siguiente. Asimismo se ha otorgado audiencia a la entidad avalista, si bien no consta la presentación de alegaciones por su parte.

Asimismo, se ha solicitado el dictamen de este Consejo Consultivo, que resulta preceptivo al haberse formulado oposición por parte del contratista, como se deduce con claridad del escrito de alegaciones presentado por el representante de la empresa contratista.

Al tratarse de una resolución por demora, por aplicación del artículo 213 TRLCSP, antes expuesto, no resulta preceptivo el informe del Servicio Jurídico (en el mismo sentido el dictamen 14/13, de 16 de enero).

Por lo que se refiere al plazo para resolver el expediente de resolución del contrato, ni el TRLCSP -del mismo modo que su antecesora la LCAP- ni el RGCAP establecen nada al respecto, por lo que resulta de aplicación la LRJ-PAC, pues a tenor de la disposición final tercera, apartado 1, del TRLCSP, a los procedimientos regulados en esta ley se aplica con carácter subsidiario los preceptos de la Ley 30/1992, que establece un plazo de caducidad de 3 meses para los procedimientos iniciados de oficio.

El procedimiento de resolución contractual que se dictamina no está caducado, pues se incoó el 7 de noviembre de 2013, si bien se advierte al órgano consultante de que, al no haberse suspendido el plazo al amparo del artículo 42.5.c) de la LRJ-PAC con motivo de la solicitud de dictamen a ese Consejo, el procedimiento caducará el próximo 7 de febrero.

**TERCERA.-** Analizados ya los aspectos procedimentales, procede examinar a continuación la posible concurrencia de la causa de resolución del contrato a que se refiere la consulta.

La propuesta de resolución del contrato de obras de acondicionamiento del edificio “La Arboleda” para albergar el Centro de Investigación en Tecnologías Ferroviarias se fundamenta en la demora en la ejecución del

contrato, ya que el artículo 223.d) del TRLCSP establece como causa de resolución la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista.

A tenor de lo establecido en el artículo 212.2 TRLCSP: “*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 modo que, según reza el apartado 4 del mismo precepto, “*cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiere incurrido en demora respecto al cumplimiento del plazo total, la Administración podrá optar indistintamente por la resolución del contrato o por la imposición de las penalidades diarias en la proporción de 0,20 euros por cada 1.000 euros del precio del contrato*”.

En el presente caso, se estipuló en la cláusula 6.1 del pliego de prescripciones técnicas y quinta del contrato un plazo total de ejecución de tres meses, plazo que se inició el día 20 de septiembre de 2013, fecha en que se levantó acta de comprobación del replanteo, por lo que el plazo de ejecución de la obra finalizó el día 20 de diciembre de 2013.

A la fecha de emisión de este Dictamen el plazo de ejecución ha concluido. Sin embargo, cuando se inició el procedimiento de resolución contractual –el 7 de noviembre de 2013- no había transcurrido el plazo de ejecución, por lo que difícilmente era aplicable la causa de resolución de demora en la ejecución del plazo, ni siquiera de los plazos parciales, que no consta que existan.

No obstante lo inadecuado de aplicar preventivamente las causas de resolución contractual, las circunstancias concurrentes en el caso que nos ocupa podrían justificar la resolución contractual. A la fecha en que se incoó el procedimiento de resolución contractual ni siquiera se había comenzado la ejecución de las obras, a pesar de haber transcurrido más de

la mitad del plazo contractualmente previsto. Pero lo que es más significativo, en el escrito de alegaciones presentado por la empresa contratista no se manifiesta en modo alguno la intención de dar comienzo a las obras; es más, se propone la resolución contractual por mutuo acuerdo, lo que evidencia que no hay ninguna voluntad de ejecutar las obras. Por otra parte, tampoco parece haber variado el estado de ejecución de las obras durante la tramitación del procedimiento de resolución.

Alega la empresa contratista como causa exoneratoria de responsabilidad el incumplimiento de la obligación de pago de la Administración en otro contrato anterior. Alegación que no puede ser admitida porque la demora en el pago de las certificaciones por la Administración no autoriza al contratista a paralizar unilateralmente la obra, que, en cuanto destinada a satisfacer un interés público, impide la aplicación del artículo 1100 del Código Civil y exige atenerse a lo dispuesto en el TRLCSP.

Así, el impago de las certificaciones emitidas generaría, de conformidad con el artículo 216 en sus apartados 4, 5 y 6 TRLCSP, además del derecho al abono los intereses de demora (a partir de los treinta días siguientes a la fecha de la expedición de las certificaciones de obras) y la indemnización por los costes de cobro en los términos previstos en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, el derecho del contratista a suspender la ejecución de la obra si la demora fuese superior a 4 meses, previa comunicación y, en caso de que la demora hubiese superado el plazo de 8 meses, a instar la resolución del contrato.

Como ya señalara este Consejo Consultivo en su Dictamen 373/12, de 20 de junio, con carácter general, en el ámbito de la contratación administrativa no puede admitirse la *exceptio non adimpleti contractus*, como de forma constante viene señalando la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas, Sentencias de la Sala 3<sup>a</sup>, de 11 de octubre de 1982, RJ 1982/5353; 19 de junio de 1984, RJ 1984/3643; y 20 de diciembre

de 1989, RJ 1989, 9220), y el Consejo de Estado, cuyo Dictamen nº 1452, de 28 de julio de 1994, se expresa en los siguientes términos:

*“El contratista que viera impagadas las certificaciones de obra expedidas por la Administración contratante podrá utilizar aquellas acciones previstas al efecto por la legislación vigente, incluso reclamando intereses, cuando procediera; pero en ningún caso le es dado abandonar por tal motivo la ejecución de las obras, con perjuicio para el interés público ínsito en todo contrato administrativo. No es admisible jurídicamente escudarse en un impago de certificaciones para justificar la paralización unilateral de las obras”.*

Todo ello en base a que, como recuerda el Tribunal Supremo en su Sentencia de 2 de noviembre de 1983 (RJ 1983, 5986), “*el fin del contrato privilegia a quien en principio protege el fin público que con la obra pretende conseguirse, de tal modo que el incumplimiento de la Administración no habilita al contratista para incumplir él sus obligaciones [...]*”.

Si esto es así en el seno de una relación contractual con la Administración, con mayor motivo no puede prosperar la alegación de un incumplimiento de la Administración en el seno de otro contrato para tratar de justificar la falta de cumplimiento del contratista en una relación contractual distinta a aquella en la que supuestamente se ha producido el incumplimiento de la obligación de pago de la Administración.

Por tanto, procede la resolución del contrato de obras por demora en la ejecución del contrato.

**CUARTA.-** Una vez apreciada la concurrencia de causa para la resolución del contrato, procede determinar los efectos de la misma. El acuerdo de incoación del procedimiento de resolución propone la

incautación parcial de la garantía definitiva por importe de 2.503,35 euros, de los cuales 1.910,40 euros corresponde a la imposición de las penalidades previstas en el artículo 212.4 del TRLCSP y 592,95 euros por los gastos de publicación del anuncio de formalización del contrato en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid.

No procede la imposición de penalidades con cargo a la garantía definitiva toda vez que el órgano de contratación, ante el incumplimiento del plazo ha optado por la resolución contractual. Tanto el artículo 212.4 del TRLCSP –en el que pretende fundamentarse la imposición de las penalidades- como la cláusula 12 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) establecen que en caso de que el contratista, por causas imputables al mismo, hubiere incurrido en demora con respecto al cumplimiento del plazo total la Administración podrá optar indistintamente por la resolución del contrato o por la imposición de penalidades diarias a razón de 0,20 euros por cada 1.000 euros del precio del contrato, pero habiendo optado la Administración por la resolución del contrato, no cabe la imposición de penalidades.

En cuanto a los efectos de la resolución hay que estar a lo dispuesto en el artículo 225.3 del TRLCSP, que 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”.*

Por su parte, la citada cláusula 12 del PCAP anuda a la resolución del contrato por demora en el plazo imputable al contratista, la incautación de la garantía, añadiendo que “la pérdida de la garantía o los importes de las

*penalidades no excluye la indemnización de daños y perjuicios a que pueda tener derecho la Universidad, originadas por la demora del contratista”.*

Del juego combinado del artículo 225.3 del TRLCSP y de la cláusula 12 del PCAP resulta como efecto de la resolución contractual sometida a consulta la incautación de la garantía.

En mérito a lo expuesto el Consejo Consultivo formula la siguiente

## CONCLUSIÓN

Procede la resolución del contrato de obras de acondicionamiento del edificio “La Arboleda” para albergar el Centro de Investigación en Tecnologías Ferroviarias, por demora en la ejecución imputable al contratista, con retención de la garantía constituida.

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 este Consejo de conformidad con lo establecido en el artículo 3.7 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

Madrid, 22 de enero de 2014