

Dictamen nº: **265/20**
Consulta: **Consejero de Educación y Juventud**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **30.06.20**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 30 de junio de 2020, emitido ante la consulta formulada por el consejero de Educación y Juventud, 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 denominado “*Construcción de 12 aulas de ESO, 3 específicas, 3 de desdoble y pista deportiva en el nuevo Instituto de Educación Secundaria en la Garena, en Alcalá de Henares*” suscrito con la empresa ROGASA CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A.U. (ROGASA).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 5 de junio de 2020 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen preceptivo procedente de la Consejería de Educación y Juventud.

A dicho expediente se le asignó el número 238/20, 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 (ROFCJA).

La ponencia ha correspondido, por reparto de asuntos, a la letrada vocal Dña. Silvia Pérez Blanco, 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 30 de junio de 2020.

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

1.- Mediante Orden del órgano de contratación de la entonces Consejería de Educación e Investigación de 6 de noviembre de 2018, se acordó el inicio del expediente de contratación del contrato de obras denominado *“Construcción de 12 aulas de Educación Secundaria Obligatoria, 3 específicas, 3 de desdoble y pista deportiva en el nuevo IES en La Garena, en Alcalá de Henares”*.

El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) figura en el expediente remitido, sin que conste su fecha de aprobación.

El 18 de diciembre de 2018 el Consejo de Gobierno autorizó la contratación por procedimiento abierto con pluralidad de criterios, un gasto de tramitación anticipada de 2.637.519,20 euros y un plazo de ejecución de ocho meses.

Tras la oportuna licitación, mediante Orden del consejero de Educación e Investigación de 1 de marzo de 2019 se adjudicó el contrato a la empresa ROGASA CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A.U. (en adelante, la contratista).

2.- El contrato fue formalizado el día 5 de marzo de 2019, con un plazo de ejecución de 215 días contados desde el día siguiente al de la

fecha del acta de comprobación del replanteo y un precio de 2.091.763,08 euros, IVA incluido.

En el contrato se hizo constar que para responder de la ejecución, la empresa adjudicataria había constituido una garantía definitiva, mediante seguro de caución, por un importe de 86.436,49 euros.

3.- El 13 de marzo de 2019, 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.- Con fecha 22 de octubre de 2019, la jefa de División de Proyectos, Construcciones y Supervisión se dirige al Área de Contratación de la Consejería de Educación y Juventud, enviando el *“informe redactado por Técnicos de esta División de Proyectos, Construcciones y Supervisión sobre la situación de las obras de referencia, adjudicadas a la empresa ROGASA, a efectos, en su caso, del inicio de un expediente de resolución, dado que las obras están paradas desde el 20 de septiembre de 2019, que la empresa no ha aceptado los nuevos precios propuestos en el marco de la solicitud de un modificado del proyecto, y que el plazo de finalización de las mismas fue el 14 de octubre de 2019”*. Así mismo, se detallan las certificaciones emitidas, habiéndose ejecutado y certificado el 26,68 % de la obra, una vez finalizado el plazo de ejecución.

5.- Por la subdirectora general de Edificaciones Educativas se envía al Área de Contratación de la citada Consejería, el informe técnico de 22 de noviembre de 2019, en el que se relacionan los trabajos ejecutados, y se informa sobre los aspectos reclamados por la empresa, cuyas conclusiones son:

- El porcentaje certificado de obra es del 26,68% habiendo ejecutado los trabajos mes a mes por debajo de lo previsto en el plan de obra, que alcanzaría, previa justificación, el 27,84% incorporando los excesos de medición de la obra ejecutada hasta la fecha.

- Se ha constatado que no se están realizando trabajos desde el 20 de septiembre, pudiendo la empresa ejecutar unidades que no están afectadas por los precios nuevos incluidos en el correspondiente proyecto modificado.

- La Dirección Facultativa ha propuesto la redacción de un proyecto modificado, con un incremento económico del 1,29%, obteniendo este porcentaje compensando los precios nuevos que suponen un 7,19 % del importe de adjudicación con un decremento de las unidades de proyecto de un -5,90%.

- La empresa ha enviado escrito el 17 de octubre, en el que manifiesta su rechazo a los precios nuevos propuestos, manifestando a su vez, una propuesta de incremento económico del 22,65%.

6.- El 17 de diciembre de 2019, se emite nuevo informe técnico en el que se detalla el grado de ejecución del contrato en relación con el plan de obra, se especifican las certificaciones de obra realizadas (la penúltima es la nº7 de septiembre de 2019, 10.903,31 € y la última del mes de octubre es de 0 €). Se adjunta hoja del Libro Oficial de Órdenes y Asistencias, fechada el 16 de diciembre de 2019: *“realizada visita a la obra, continúa sin ejecutarse ningún trabajo por parte de la contrata, estando paradas las obras (...) Se aprecian daños causados por las lluvias que deberán valorarse”*.

TERCERO.- En cuanto al expediente de resolución del contrato que nos ocupa, se significa lo siguiente:

1.- Por Orden del consejero de Educación y Juventud de 8 de enero de 2020, se autoriza el inicio del expediente de resolución del contrato por demora respecto al cumplimiento de los plazos de ejecución de las obras, siendo imputable a la empresa contratista. Asimismo, se autoriza el inicio del expediente de indemnización de daños y perjuicios ocasionados por la resolución del contrato.

2.- Con dicha Orden se abre el trámite de audiencia y se notifica el inicio del procedimiento de resolución a la empresa contratista y al avalista, el 14 y el 13 de enero, respectivamente, confiriéndoles un plazo de diez días naturales para la formulación de alegaciones. El representante de la contratista comparece el 15 de enero de 2020 y toma vista del expediente.

Por la contratista se solicita, el 16 de enero de 2020, la ampliación de plazo para efectuar alegaciones, que le es concedida por cinco días naturales. La formulación de alegaciones se realiza el 28 de enero y en ellas se manifiesta que no existe *“un retraso imputable al contratista, a título de culpa o negligencia”*. Señala que rechazó el incremento de precios de casi el 7,2% por ser muy superior al legalmente permitido del 3%, ya que a su juicio y *“con arreglo al artículo 242.4.i de la LCSP, el incremento no se puede compensar con la posible disminución de las partidas contratadas, que no reduce ni disminuye el volumen económico de precios nuevos ordenados”*. En el suplico solicita que *“se acuerde su archivo sin resolución del contrato administrativo de obra, sin incautación de la garantía definitiva prestada por este contratista ni exigencia indemnizatoria alguna, con todo lo demás que en Derecho proceda”*.

Con fecha 18 de febrero de 2020, por los técnicos de la obra se informa sobre las alegaciones presentadas por el contratista, indicando, en resumen:

A) Respecto a la necesidad de precios nuevos:

-Durante la ejecución de la obra la contrata ha remitido diferentes estudios económicos en los que se recogían diferentes precios nuevos y diferentes valoraciones económicas. Una vez visto que el alcance de los precios nuevos era mayor del 3%, se informó de la procedencia de la redacción de un proyecto modificado.

- El incremento económico cuantificado por la empresa en el último estudio económico aportado el 3 de octubre de 2019, es del 22,65%.

Por la Dirección Facultativa, el incremento económico de la posible modificación del contrato se cifra en el 1,29%, una vez cuantificado el incremento de precios nuevos (7,19%) y el decremento (-5,89%) producido por eliminar todas aquellas unidades que son sustituidas por precios nuevos y los ajustes de medición derivados del replanteo de la obra y de la corrección de erratas en el documento de mediciones del proyecto.

B) Respecto a la ejecución de partidas en cumplimiento de los plazos:

-Con anterioridad a la finalización del plazo de obra, la empresa paralizó unilateralmente los trabajos de ejecución de cualquier partida, además de no aceptar los precios propuestos por la Administración contratante.

-Como se recoge en informe de la Dirección de Obra de fecha 17 de diciembre de 2019, la obra se ajusta prácticamente a la planificación aportada por la contratista hasta los meses de julio y agosto. A partir de esta fecha, la contrata comienza a ralentizar el ritmo de obra hasta paralizarla totalmente.

- La contrata podía haber ejecutado, muchas partidas que no eran objeto de precio nuevo (...).

3.- El 5 de marzo de 2020, se realiza la comprobación material previa a la resolución, con la asistencia del interventor, del representante de la Comunidad de Madrid, de la dirección técnica y del contratista. El importe objeto de liquidación previa a la resolución del contrato es de 565.939,02 euros, de conformidad por parte del representante de la Comunidad de Madrid, Dirección técnica y la Intervención General, manifestando su disconformidad la contratista.

4.- El 27 de marzo de 2020, el director general de Infraestructuras y Servicios firma una memoria explicativa de la resolución del contrato en la que, tras exponer las vicisitudes en la ejecución del contrato y en el procedimiento tramitado para su resolución, concluye que al haber quedado acreditada la demora por parte de la empresa contratista de los plazos de ejecución del contrato, y habiéndose producido un retraso injustificado sobre el plan de trabajos establecido en el contrato, procede acordar la resolución del contrato de conformidad con lo dispuesto en el artículo 211.1 d) 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).

5.- Se formula propuesta de Orden de resolución del contrato por la causa prevista en el artículo 211.1 d) de la LCSP/17, *“la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista”*. La parte dispositiva de la orden señala: *“de acuerdo con el Dictamen de la Comisión Jurídica Asesora (sic), sin incautación automática de la garantía constituida (sic) y con su retención hasta la resolución del procedimiento para la determinación de los daños y perjuicios”*.

6.- El día 29 de mayo de 2020, emitió informe la interventora general de la Comunidad de Madrid en el que, tras analizar los antecedentes de hecho, la documentación remitida, los trámites

procedimentales y la propuesta de Orden de resolución del contrato, consideró que,

- El apartado ii) del art. 242.4 LCSP 2017 indica: *“No obstante, no tendrán la consideración de modificaciones (...) La inclusión de precios nuevos, fijados contradictoriamente por los procedimientos establecidos en esta Ley y en sus normas de desarrollo, siempre que no supongan incremento del precio global del contrato ni afecten a unidades de obra que en su conjunto exceda del 3 por ciento del presupuesto primitivo del mismo.”*

- Que en base a dicho precepto, la propuesta de resolución señala *“los precios nuevos afectan a unidades de obra que representan el 7,19 % del presupuesto total del contrato y el decremento económico a causa de las unidades que debían ser sustituidas por las nuevas es de un – 5,89%, con lo que el resultado final del incremento económico de la posible modificación del contrato es de un 1,29%...”*, por lo que entendemos que se acude a tal precepto legal para respaldar la inclusión de precios nuevos, pero omite el análisis de la cuestión, pese haber sostenido en su día la modificación del contrato, al manifestar que: *“Una vez visto que el alcance de los precios nuevos era mayor del 3%, se informó de la procedencia de la redacción de un proyecto modificado”*.

- En relación a la discrepancia entre la Dirección facultativa y la empresa, respecto del alcance de la modificación y su importe, y a la procedencia de la modificación del contrato al amparo del precepto referido, *“resulta a la postre indiferente al resultado respecto de la continuidad de contrato, ya que el rechazo por parte del contratista de los precios contradictorios tiene en todo caso como consecuencia la resolución del contrato”*.

- Concluye que *“consideramos que procede la resolución del vigente contrato y la celebración de uno nuevo”* y finalmente, que debe solicitarse el dictamen de la Comisión Jurídica Asesora.

7.- El 5 de junio de 2020 tuvo entrada en la Comisión Jurídica Asesora la solicitud de dictamen formulada por el consejero de Educación y Juventud el 4 de junio de 2020, invocando *“el artículo 213 del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (sic) que establece que ...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”*.

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 consejero de Educación y Juventud, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 18.3 a) del ROFCJA (*“3. Cuando por Ley resulte*

preceptiva la emisión de dictamen de la Comisión Jurídica Asesora, este será recabado: a) Las solicitudes de la Administración de la Comunidad de Madrid, por el Presidente de la Comunidad de Madrid, el Consejo de Gobierno o cualquiera de sus miembros”).

El presente dictamen se emite en plazo.

SEGUNDA.- El contrato cuya resolución se pretende se adjudicó el 1 de marzo de 2019 por lo que le resulta de aplicación la LCSP/17. Esta normativa le es igualmente aplicable al procedimiento de resolución contractual; además, habrá que estar a 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 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.

De acuerdo con la normativa expuesta resulta que la competencia para resolver los contratos corresponde al órgano de contratación. En este caso, el órgano de contratación es el consejero de Educación y Juventud, según el artículo 41,i) de la Ley 1/1983, de 13 de diciembre, del Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid (en adelante, Ley 1/1983), en relación con el artículo 2 del Decreto 288/2019, de 12 noviembre, del Consejo de Gobierno, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Educación y Juventud.

Debe tenerse en cuenta, por otro lado, que el Consejo de Gobierno autorizó la celebración del contrato y el gasto correspondiente, por lo que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 64.2 de la Ley 1/1983, el Consejo de Gobierno *“deberá autorizar igualmente su modificación cuando sea causa de resolución, y la resolución misma en su caso”*.

En materia de procedimiento consta que se ha dado audiencia al avalista de la garantía del contrato y al contratista el cual, como ya se ha señalado, formuló alegaciones mediante escrito de 28 de enero de 2020. En este último escrito manifestó su oposición a la resolución contractual planteada por la Administración entendiendo que lo procedente era *“el archivo sin resolución del contrato administrativo de obra, sin incautación de la garantía definitiva prestada por este contratista ni exigencia indemnizatoria alguna”*.

En consecuencia, y en la medida que la empresa contratista ha manifestado expresamente su oposición a la resolución contractual planteada resulta preceptivo el dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora. Del expediente examinado también resulta que se ha dado audiencia al avalista 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 es preceptivo el informe de los Servicios

Jurídicos de la Comunidad de Madrid conforme el artículo 109 del RGLCAP en relación con el 195 de la LCSP/17. Sí ha emitido informe de fiscalización la Intervención General de la Comunidad de Madrid, que ha sido formulado con posterioridad al trámite de audiencia a la empresa contratista.

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 516/16, de 17 de noviembre, el Dictamen 556/19 de 19 de diciembre, 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 sino que incide en las causas de resolución consignadas en el acuerdo de incoación del expediente de resolución del contrato debe considerarse correctamente cumplimentado el trámite de audiencia, de acuerdo con la doctrina expuesta.

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.

No obstante, el rigor temporal que supone la necesidad de tramitar estos procedimientos en el plazo de ocho 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, 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 8 de enero de 2020 y no consta que el procedimiento se haya suspendido al amparo de lo establecido en el artículo 22.1 d) de la LPAC, para recabar el dictamen de este órgano consultivo.

Ello sin perjuicio de la suspensión de plazos administrativos establecida en la disposición adicional 3ª del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19; disposición derogada con efectos de 1 de junio de 2015, por el Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma. Por lo que se ha interrumpido el plazo de este procedimiento de resolución del contrato desde el día 15 de marzo hasta el 1 de junio de 2020, en que se ha reanudado su cómputo.

En consecuencia, el procedimiento no está caducado a la fecha de emisión de este dictamen.

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 artículo 211.1 d) LCSP/17 (*“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, Dictamen 656/12 o el Dictamen 14/13, entre otros muchos, en doctrina que ha acogido esta Comisión Jurídica Asesora, así nuestro Dictamen 310/17). La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 14 de abril de 2016 (recurso 303/2015) señala en la misma línea que *“La realización de la obra en el plazo concedido es la principal obligación del contratista”*.

Muestra de la relevancia que tiene el plazo en la contratación administrativa es que el artículo 193 LCSP/17 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 requiere intimación previa de la Administración y el incumplimiento de los plazos contractuales faculta a la Administración para imponer penalidades al contratista o para resolver el contrato .

De esta manera, el art.211. d) LCSP/17 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 ocho meses contado desde el día siguiente a la fecha del acta de comprobación del replanteo. En el contrato firmado con la empresa adjudicataria figura en su cláusula tercera que el plazo es de 215 días, debiendo ajustarse igualmente a los plazos parciales que en su caso, se fijen en la aprobación del programa de trabajo de las obras.

Consta en el expediente que la mencionada acta se firmó el 13 de marzo de 2019, 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”.

Por tanto, el contratista no puede ampararse como manifiesta en su escrito de alegaciones *“que los precios nuevos ordenados, han venido motivados por errores e indefiniciones en capítulos del Proyecto tan relevantes como el acondicionamiento del terreno, el saneamiento, la cimentación, la estructura o las instalaciones, lo que ha requerido su modificación”*, ya que aceptó la viabilidad del proyecto.

Así las cosas resulta que el contrato, teniendo un plazo de ejecución de 215 días tenía prevista su finalización el 14 de octubre de 2019 y sin embargo, transcurridos en el momento del inicio del expediente de resolución contractual (8 de enero de 2020) casi 3 meses desde la fecha fijada para la finalización las obras, éstas no se habían concluido y además, se habían abandonado unilateralmente.

En efecto, en el expediente administrativo hay varias referencias a ello: la dirección facultativa señala en su primer informe de 22 de octubre de 2019, que *“desde el 20 de septiembre en que se visita la obra, no hay actividad”*; en el informe de 17 de diciembre de 2019, se indica que la última certificación de obra es la nº 7 del mes de septiembre de 2019 por valor de 10.903,31 euros; en el libro de órdenes y asistencias se constata que *“realizada visita a la obra el 16 de diciembre de 2019, continúa sin realizarse ningún trabajo”*; y por último, en el acta de comprobación material previa a la resolución de 5 de marzo de 2019, las alegaciones de la dirección facultativa constatan otras dos visitas a la obra el 16 de octubre de 2019 y el 22 de enero de 2020, en las que se observa además, que hay unidades que presentan daños ocasionados por el agua y otros agentes.

En cuanto a la justificación invocada por la contratista relativa a la necesidad de elaborar un proyecto de modificado –pero con los precios que ella propone- hemos de responder que el contrato de obras está

configurado esencialmente, como un contrato de resultado y en el plazo estipulado. Además, ha de tenerse en cuenta que el PCAP (cláusula 1. 21) señala que el contrato no admite modificación y en consecuencia, habría que acudir al 205 LCSP, sin que conste en el expediente nada en cuanto a esto.

Precisamente, en cuanto a la necesidad de un proyecto de modificado a juicio solo del contratista, esta Comisión Jurídica Asesora viene señalando que 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, que es muy restrictiva en este aspecto.

La última justificación aducida por el contratista es la relativa a la discrepancia con la Dirección Facultativa en la forma de medir el incremento de los precios, en la que entiende que no es posible compensar el incremento del precio de las nuevas partidas con el decremento que se produciría en otras que ya no resultarían necesarias.

En este concreto aspecto, dado que el artículo 242.4 de la LCSP/17 no lo prohíbe y que el informe técnico lo avala (*“los precios nuevos afectan a unidades de obra que representan el 7,19% del presupuesto total del contrato y el decremento económico a causa de las unidades que debían ser sustituidas por las nuevas es de un – 5,89%, con lo que el resultado final del incremento económico de la posible modificación del contrato es de un 1,29%...”*), entendemos que se cumpliría el citado precepto, resultando un incremento propuesto inferior al 3%.

En todo caso, ha de aplicarse el PCAP que en su cláusula 33 (página 50) señala que *“Si fuera necesario emplear materiales o ejecutar unidades de obra no comprendidas en el proyecto o cuyas características difieran sustancialmente de ellas, los precios de aplicación de las mismas*

serán fijados por la Administración". Al haberse rechazado expresamente por el contratista los precios propuestos por la Dirección Facultativa, procede imputar el incumplimiento a aquélla.

Como señalamos en nuestros dictámenes 272/17, de 29 de junio o en los más recientes 291/19 de 4 de julio, 512/19 de 28 de noviembre, si bien es cierto que la ejecución de la obra en el plazo convenido es una obligación capital del contrato administrativo debido al interés público, no lo es menos que para determinar la resolución del contrato debe concurrir la culpa del contratista (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2007 (recurso 10262/2004)).

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 211.1 d) de LCSP/17, incumplimiento que ha de calificarse como culpable.

CUARTA.- Vista la procedencia de la resolución contractual, debemos analizar seguidamente los efectos que se siguen de esta resolución.

En particular y por lo que se refiere a la garantía definitiva, debe recordarse que esta cuestión pertenece al régimen jurídico sustantivo del contrato (efectos de la causa de resolución) y no a la regulación del procedimiento. No obstante, el artículo 213.3 de la LCSP/17 establece *"Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada"*.

Así pues, en este caso, la incautación de la garantía opera de modo automático en aras a garantizar el pago del importe de los daños y perjuicios causados, como se señala en nuestro Dictamen 556/19, de 19

de diciembre o en el 74/20, de 27 de febrero, sin que resulte precisa la valoración previa de los daños.

En este sentido, cabe hacer referencia a la doctrina emanada de la reciente sentencia de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo 1277/2019, de 30 de septiembre, conforme a la cual *“no puede atenderse a la pretensión ejercitada de que la garantía definitiva solo puede quedar afecta al pago del importe de los daños y perjuicios ocasionados a la administración contratante, una vez determinado su importe en proceso contradictorio. La previsión normativa es justamente contraria a lo pretendido por la entidad aseguradora aquí recurrente. La incautación constituye una medida de la administración en aras a garantizar el pago del importe de los daños y perjuicios causados en los casos de resolución del contrato, amparada por el art. 88 de la Ley 30/2007, del 30 de octubre, y actualmente el art. 110 d) de Contratos del Sector Público, Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por lo que no resulta preciso la valoración previa de los daños para acordar aquella”*.

Por último, es de advertir que la propuesta de resolución contiene un error, tal y como indica la Intervención en su informe, que ha de rectificarse. Así, la propuesta señala en su fundamento de derecho octavo: *“Los efectos de la resolución del contrato, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 213.3 LCSP, y teniendo en cuenta que se ha resuelto por incumplimiento culpable del contratista, conllevará la incautación de la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que exceda del importe de la garantía incautada.”* Contradictoriamente, en la parte dispositiva se lee que procede acordar la resolución del contrato... *“sin incautación automática de la garantía constituida...”*.

En mérito a 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 30 de junio de 2020

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 265/20

Excmo. Sr. Consejero de Educación y Juventud

C/ Alcalá, 30-32 – 28014 Madrid