

Dictamen n.º: **273/23**

Consulta: **Rector de la Universidad Rey Juan Carlos**

Asunto: **Contratación Pública**

Aprobación: **25.05.23**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 25 de mayo de 2023, emitido ante la consulta formulada por el rector de la Universidad Rey Juan Carlos, cursada a través del vicepresidente, consejero Educación y Universidades, 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 “*ejecución de las obras de un edificio de aulas y despachos -Aulario V- en el Campus de Fuenlabrada (2021001OBRA)*”, suscrito con la empresa ASCH INFRAESTRUCTURAS Y SERVICIOS, S.A. (ASCH).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 9 de mayo de 2023 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen preceptivo procedente de la Universidad Rey Juan Carlos formulada por el rector de la citada universidad, a través del vicepresidente, consejero Educación y Universidades relativa al expediente de resolución del contrato citado en el encabezamiento.

A dicho expediente se le asignó el número 216/23, 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. Rocío Guerrero Ankersmit, 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 25 de mayo de 2023.

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

1.- El día 9 de marzo de 2021 el director Económico Financiero de la Universidad Rey Juan Carlos acordó el inicio del expediente de contratación de la ejecución de las obras de un edificio de aulas y despachos (Aulario V) en el campus de Fuenlabrada de la Universidad Rey Juan Carlos -Expte. 2021001OBRA-, que fue finalmente aprobado por el gerente general el día 31 de marzo de 2021.

Con fecha 7 de abril de 2021 fueron publicados en la Plataforma de Contratación del Sector Público los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas reguladores del contrato de ejecución de las obras de un edificio de aulas y despachos (Aulario V) en el campus de Fuenlabrada de la Universidad Rey Juan Carlos -Expte. 2021001OBRA- mediante procedimiento abierto, tramitación ordinaria y en atención a una pluralidad de criterios directamente vinculados al objeto del contrato, por un precio de licitación y un valor estimado de 12.683.230,08 € (IVA excluido), siendo el poder adjudicador la Universidad Rey Juan Carlos y el órgano de contratación el propio rector. El plazo de ejecución del contrato se fija en quince meses a contar desde el día siguiente al de la firma del acta de comprobación del replanteo.

2.- Con fecha 5 de mayo de 2021, la empresa ASCH INFRAESTRUCTURAS Y SERVICIOS, S.A. (ASCH) presentó oferta de participación en el citado proceso de licitación por un precio de 10.112.442,12 € (IVA excluido), entre otros criterios de adjudicación.

3.- El día 25 de septiembre de 2021 se dictó resolución de la Universidad Rey Juan Carlos por la que se adjudicó el citado contrato a ASCH por la cantidad de 10.112.442,12 € (IVA excluido) y por un plazo de ejecución de 15 meses a contar desde el día siguiente al de la firma del acta de comprobación del replanteo.

4.- Con fecha 25 de octubre de 2021, antes de la firma del contrato, la empresa ASCH envía un escrito en el que solicitaba la suspensión cautelar de la firma del contrato, hasta llegar a un acuerdo entre las partes en la actualización y reajuste de los precios del proyecto al contexto económico actual.

5.- El 16 de noviembre de 2021, el gerente general de la Universidad Rey Juan Carlos dicta resolución denegando la suspensión del procedimiento solicitada, así como la modificación del contrato (folios 316 a 319).

6.- El día 13 de diciembre de 2021, en el trámite de audiencia a la contratista para la redistribución de anualidades, esta manifiesta que no renuncia a las pretensiones realizadas el 25 de octubre, “*ni renuncia a ninguna de las acciones que nos asisten en derecho en defensa de nuestros legítimos intereses*”.

Ese mismo día, 13 de diciembre de 2021, se acuerda el reajuste de anualidades del contrato.

7.- Con fecha 15 de diciembre 2021, la empresa ASCH envía nuevo escrito poniendo de manifiesto que no renuncia a las pretensiones que

manifestaba en su escrito de 25 de octubre, aunque procederá a la firma del contrato.

8.- El día 17 de diciembre 2021 se firma el contrato de ejecución de obras -Expte. 2021001OBRA-.

9.- Con fecha 13 de enero 2022, ASCH presenta nuevo escrito en el que solicita que se le reconozca y declare el derecho a verse compensada por el incremento de los precios de los materiales que inciden en el precio de la obra en aplicación de la doctrina del riesgo imprevisible y que, por tanto, se le indemnice aplicando el coeficiente Kt de la fórmula polinómica número 812 del Real Decreto 1359/2011, de 7 de octubre, por el que se aprueba la relación de materiales básicos y las fórmulas-tipo generales de revisión de precios de los contratos de obras y de contratos de suministro de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas.

10.- El día 20 de enero de 2022 se firmó el acta de comprobación del replanteo iniciándose, al día siguiente, el cómputo del plazo de quince meses para la ejecución de las obras.

11.- Con fecha 14 de marzo de 2022, ASCH envía nuevo escrito por el que se solicita redacción de modificado en el que se aprueben precios contradictorios en todas las unidades afectadas por la subida excepcional de precios.

12.- El día 13 de abril de 2022 se recibe nuevo escrito de ASCH solicitando ampliación de plazo ante la falta de suministros y precios desproporcionados y, subsidiariamente, la suspensión temporal total de la obra por los picos alcistas de los precios de los suministros. Se insta, asimismo, la incoación de un expediente de modificación del contrato, con motivo del incremento de los precios y una situación de riesgo imprevisible.

13.- Previo informe de la Asesoría Jurídica de la Universidad Rey Juan Carlos, de 12 de mayo de 2022, el gerente general dicta Resolución de 14 de mayo de 2022, que resuelve:

“1º.- No considerar de aplicación al presente asunto las excepciones al principio de riesgo y ventura por parte del contratista, por no adecuarse a los requisitos legalmente previstos.

2º.- Denegar la incoación de un expediente de modificación del contrato por circunstancias sobrevenidas e imprevisibles en el momento en que tuvo lugar la licitación del contrato, por encubrir una revisión de precios no permitida en el presente contrato y no ser, por tanto, adecuada a Derecho.

3º.- Denegar la suspensión o ampliación del plazo de ejecución de la obra por no existir motivo alguno imputable a la actuación de la Universidad Rey Juan Carlos.

4º.- El contratista dispone de mecanismos jurídicos excepcionales destinados a reparar el incremento de precios de los materiales de construcción, principalmente, la revisión excepcional de precios, reconocida en el Real Decreto-ley 3/2022, de 1 de marzo, de medidas para la mejora de la sostenibilidad del transporte de mercancías por carretera y del funcionamiento de la cadena logística, y de medidas excepcionales en materia de revisión de precios en los contratos públicos de obras”.

14.- Con fecha 15 de junio 2022, ASCH presenta escrito formulando alegaciones contra la Resolución de 14 de mayo de 2022 y reservándose el derecho a acogerse a la “revisión excepcional” de precios, de conformidad con el Real Decreto-Ley 3/2022 (con las modificaciones introducidas en el Real Decreto-Ley 6/2022). Anuncia que si siguen incrementándose los precios formulará sucesivas reclamaciones durante

el tiempo que reste para que se dé por finalizado el contrato y que el sistema de compensación por incremento de precios no supone renuncia a seguir manteniendo la solicitud de modificación del contrato

15.- Al día siguiente, 16 de junio 2022, ASCH presenta recurso de reposición frente a la resolución de 14 de mayo de 2022 del gerente general de la Universidad Rey Juan Carlos y solicita que se le reconozca el derecho a ser compensada por el incremento de los precios de los materiales que inciden en el precio de la obra en aplicación de la doctrina del riesgo imprevisible; que se revoque la Resolución de 14 de mayo de 2011 y que se acuerde la tramitación y aprobación de un modificado, de conformidad con el artículo 205.2.b) 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).

16.- Con fecha 18 de julio 2022, el rector de la Universidad Rey Juan Carlos dicta resolución por la que desestima el recurso de reposición interpuesto por la contratista al considerar que la circunstancia de la subida del precio de los materiales tras un largo período de tiempo de inactividad o de menor ejecución por razón de la pandemia derivada del COVID-19, confinamientos y demás elementos, fue tenida en cuenta por otras muchas empresas que previsoras de las evidentes fluctuaciones de los precios de los materiales, decidieron no licitar al presente contrato al entender que no podían ejecutarlo con los precios inicialmente previstos, debiendo tener en cuenta el gran porcentaje de baja, hasta un 20% del presupuesto de licitación, que ofertó la empresa finalmente adjudicataria.

En relación con el procedimiento de modificación solicitado por la contratista, la Resolución de 18 de julio de 2022 dice que la pretensión de la empresa reclamante de modificar el contrato mediante una

variación de precios es del todo punto contrario a Derecho y supone revisión oculta de precios no permitida de antemano en el contrato. Ello es así por cuanto la modificación del contrato ha de referirse a su objeto, pero en ningún caso pretender una variación de los precios ya estipulados.

17.- Con fecha 29 de julio de 2022, tiene entrada en el Registro General de la Universidad Rey Juan Carlos escrito presentado por ASCH, por el que solicita que se proceda de forma inmediata a la suspensión de la obra y se acuerde la resolución del contrato y se le reconozca el derecho al cobro de 143.883, 21 € en concepto de costes indirectos y de 588.740, 36 € en concepto de lucro cesante.

18.- El día 30 de septiembre de 2022 el Consejo de Gobierno de la Universidad Rey Juan Carlos acuerda declarar de aplicación en el ámbito de la Universidad Rey Juan Carlos las medidas en materia de revisión excepcional de precios en los contratos de obras del sector público contenidas en el título II del Real Decreto-Ley 3/2022, de 1 de marzo y disponer la publicación de dicho acuerdo tanto en el perfil de contratante de la Universidad Rey Juan Carlos alojado en la Plataforma de Contratación del Sector Público, para general conocimiento de cuantos puedan resultar interesados, como en el Boletín Oficial de la Universidad Rey Juan Carlos, al amparo de lo establecido en el artículo 45.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, por aconsejarlo razones de interés público.

19.- El día 17 de octubre de 2022 la vicegerente de Infraestructuras de la Universidad Rey Juan Carlos propone inicio del procedimiento de resolución del contrato por incumplimiento de la obligación de la empresa adjudicataria de ejecutar la obra objeto del contrato, toda vez que el porcentaje de obra ejecutado hasta esa fecha es el 2,97% del

presupuesto de adjudicación del contrato, cuando debería estar ejecutado el 19,83%, con incautación de la garantía.

Con esa misma fecha 17 de octubre de 2022 el gerente general de la Universidad Rey Juan Carlos dicta resolución por la que se acuerda el inicio del expediente de resolución del contrato 2021001OBRA, por incumplimiento de la obligación de ejecutar las obras por parte de la empresa adjudicataria.

En el marco de dicho procedimiento de resolución de contrato, esta Comisión Jurídica Asesora emitió el Dictamen 72/23, de 16 de febrero en el que se concluía que el procedimiento de resolución del contrato de obras *“ejecución de las obras de un edificio de aulas y despachos -Aulario V- en el Campus de Fuenlabrada (2021001OBRA) por incumplimiento del contrato imputable a la empresa contratista, está caducado”*.

A la vista del anterior dictamen, con fecha 21 de febrero de 2023, la Universidad Rey Juan Carlos dicta resolución por la que se declara la caducidad del procedimiento de ejecución de las obras de un edificio de aulas y despachos -Aulario V- en el Campus de Fuenlabrada (2021001OBRA).

TERCERO.- En relación con el presente procedimiento:

1.- Con fecha 23 de febrero de 2023 la directora técnica del Área de Infraestructuras y el vicegerente de Infraestructuras firman propuesta en la que ponen de manifiesto que, al persistir el incumplimiento culpable del contrato, por la falta de ejecución de las obras objeto del contrato, procede el inicio de un nuevo procedimiento de resolución del contrato.

2.- Con esa misma fecha, 23 de febrero de 2023, el gerente general de la Universidad Rey Juan Carlos acuerda el inicio de un nuevo procedimiento de resolución del contrato; la incorporación al nuevo procedimiento del conjunto de documentos y demás actuaciones

independientes del expediente declarado caducado y solicitar informe a la Dirección Facultativa; dar audiencia al contratista y avalista; solicitar informe jurídico, si fuera necesario e informe de fiscalización (folios 891 y 892).

3.- El día 27 de febrero de 2023 la Dirección Facultativa emite informe (folios 893 y 894) que concluye:

“ASCH Infraestructuras y Servicios S.A no ha retirado sus instalaciones y medios dispuestos para la ejecución del contrato de obras del emplazamiento.

El contratista tampoco ha trasladado a la Dirección Facultativa la intención de reanudar las mismas, subsistiendo una paralización de facto de las obras.

La obra permanece vallada, con las casetas emplazadas y la grúa torre montada. Personal de la empresa adjudicataria permanece adscrito a las casetas de obra.

Nos ratificamos en que, en opinión de esta D.F., resulta palpable que la empresa contratista de obras no tiene intención de dar continuidad a las mismas.

Sin embargo, es colusorio el hecho de que no adopte las medidas oportunas que permitan liberar la parcela procediendo a desocupar la misma”.

4.- Concedido nuevo trámite de audiencia a la empresa contratista y a la entidad avalista, el día 10 de marzo de 2023 presenta escrito de alegaciones la empresa contratista (folios 915 a 1151) en las que pone de manifiesto la mala fe de la Administración en relación con la resolución del contrato y la indefensión sufrida “*al haber dejado caducar un procedimiento de resolución anterior en el que la Comisión Jurídica*

Asesora de la Comunidad de Madrid ha afirmado que no se han respetado las garantías propias del procedimiento de resolución"; manifiesta su disconformidad con la propuesta de resolución del contrato al encontrarse *sub iudice* la desestimación de la solicitud de resolución del contrato presentada por ella el día 29 de julio de 2022, debiéndose haber procedido a la suspensión del procedimiento, de conformidad con el artículo 22.1.g) de la LPAC y, finalmente, considera que hay un incumplimiento de la obligación por parte de la Administración de asegurar el equilibrio de las prestaciones propias del contrato administrativo a través de una modificación contractual.

El escrito concluye pidiendo que se den por reproducidos todos los argumentos, alegaciones y documentos incluidos en su escrito de solicitud de resolución del contrato por causa imputable a la Administración; que se acuerde la suspensión del nuevo procedimiento iniciado de oficio por la Administración para la resolución del contrato por causa imputable a la empresa contratista; que la Administración desista del procedimiento de resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista y, por último, que reconozca el derecho de la contratista "*al cobro de la cantidad de 732.623,57 euros a la que ascienden los costes indirectos asumidos indebidamente y el lucro cesante que le corresponde, debidamente actualizada a la fecha de la liquidación definitiva*".

5.- Por Auto de 11 de abril de 2023, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 7 de Madrid se acuerda "*denegar la medida cautelar solicitada consistente en la suspensión del procedimiento iniciado por la URJC tendente a la resolución del contrato por incumplimiento de esta parte, procedimiento iniciado por acuerdo de 23 de febrero de 2023, notificado a esta parte el día 28 de febrero de 2023, en el que se ha acordado de oficio por la Universidad Rey Juan Carlos el inicio del expediente de resolución del contrato de ejecución de las obras de un edificio de aulas y despachos (AULARIO V), campus de Fuenlabrada de la*

Universidad Rey Juan Carlos (EXpte. 2021001OBRA), por incumplimiento culpable del contratista, proponiendo la resolución del contrato y la incautación de la garantía". La solicitud de suspensión se formuló dentro del procedimiento del recurso contencioso-administrativo interpuesto frente a la Resolución de la Universidad Rey Juan Carlos, de 18 de noviembre de 2022, por la que se acuerda desestimar la solicitud presentada por ASCH infraestructuras y servicios, S.A. de resolver el contrato por incumplimiento de la administración de la obligación principal; subsidiariamente por imposibilidad de ejecutar la previsión en los términos inicialmente pactados; y la solicitud de abono de 143.883,21 € en concepto de costes indirectos y de 588.740,36 € en concepto de lucro cesante.

6.- Con fecha 21 de abril de 2023 la Asesoría Jurídica de la Universidad Rey Juan Carlos emite informe favorable a la resolución del contrato (folios 1152 a 1195), al entender que resulta acreditado el incumplimiento de la obligación principal de ejecutar la obra.

7.- El día 25 de abril de 2023 el gerente general de la Universidad Rey Juan Carlos dicta propuesta de resolución en la que, tras examinar las alegaciones de la empresa contratista, concluye que, ante el acreditado incumplimiento de la obligación principal de ejecutar el contrato, esa universidad no dispone de otra vía que la tramitación del procedimiento de resolución del contrato.

Con fecha 28 de abril el rector de la Universidad Rey Juan Carlos acuerda solicitar dictamen a la Comisión Jurídica Asesora y suspender el procedimiento de resolución del contrato, de acuerdo con el artículo 22.1.d) de LPAC, y comunicar dicho acuerdo a la empresa contratista y avalista.

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 Rey Juan Carlos se ha hecho llegar a la Comisión Jurídica Asesora a través vicepresidente, consejero Educación y Universidades, 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.- En relación con la cuestión analizada en nuestro anterior Dictamen 72/23, de 16 de febrero, relativa a la posibilidad de iniciar un procedimiento de resolución de contrato cuando está interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la resolución que desestimó la solicitud de resolución del contrato por incumplimiento de la Administración y en la que concluimos que sí era posible el ejercicio de tal potestad, mientras no constara durante la tramitación del procedimiento de resolución instado por la Administración que el recurso contencioso-administrativo hubiera sido fallado, ni se hubiera adoptado

medida cautelar alguna en el mismo que impidiera acabar este expediente, es preciso tener en cuenta cómo en el expediente consta el Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 7 de Madrid, de 11 de abril de 2023, por el que se acuerda denegar la medida cautelar solicitada consistente en la suspensión del procedimiento iniciado por la Universidad Rey Juan Carlos, el día 23 de febrero de 2023.

En el citado auto, se desestima la medida cautelar pedida, poniendo de manifiesto que “*se está solicitando la suspensión de un procedimiento distinto del que es objeto del recurso (algo que debe ser analizado con especial prudencia)*”, y resuelve que “*mientras no recaiga resolución en dicho procedimiento administrativo mal se puede hablar de perjuicios de difícil reparación*”. Según el Auto de 11 de abril de 2023, “*si se dicta resolución contraria a los intereses de la aquí demandante, ésta podrá pedir la suspensión de la misma en vía administrativa o en el eventual recurso contencioso que pudiera instar, más en este momento la pretensión parece cuanto menos precipitada*”.

TERCERA.- El contrato cuya resolución se pretende se rige por la LCSP/17.

En materia de procedimiento de resolución de contratos administrativos, ha de atenderse, por tanto, a lo previsto en el artículo 212.1 de la LCSP/17 a cuyo tenor “*la resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, en su caso, siguiendo el procedimiento que en las normas de desarrollo de esta ley se establezca*”. Ante la falta de desarrollo reglamentario en el aspecto objeto de estudio, debe considerarse, asimismo, lo dispuesto en el artículo 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Pùblicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), referido específicamente al “*procedimiento para la resolución de los contratos*” en lo que no se oponga a la ley. Con carácter subsidiario se ha de aplicar la LPAC.

En particular, el artículo 191.1 de la LCSP/17 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*”. Por otro lado, el apartado tercero del 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.

En cuanto a la competencia para acordar la resolución de los contratos administrativos, los artículos 190 y 212 de la LCSP/17, la atribuyen al órgano de contratación, que en este caso es el rector de la Universidad Rey Juan Carlos. Competencia que tiene delegada en la Gerencia conforme a la Resolución de 20 de febrero de 2018 (BOCM de 5 de marzo de 2018).

En materia de procedimiento, en el presente caso, ha emitido informe la Asesoría Jurídica y se ha dado audiencia al contratista, que ha efectuado alegaciones con fecha 10 de marzo de 2023, oponiéndose a la resolución del contrato por causa imputable al mismo.

Asimismo, se ha notificado el día 28 de febrero de 2023 el trámite de audiencia a la entidad aseguradora del seguro de caución presentado como garantía por la contratista, sin que dicha empresa haya formulado alegaciones.

Consta, igualmente, la emisión de informe por la Asesoría Jurídica de la Universidad Rey Juan Carlos con fecha 21 de abril de 2023, favorable a la resolución del contrato por causa imputable a la empresa contratista.

Además, en relación con el procedimiento hemos hacer particular referencia al plazo de resolución de este, pues, en los procedimientos de resolución de contratos iniciados de oficio, el incumplimiento del plazo

máximo de duración para resolver determina la caducidad conforme a lo establecido en el artículo 212.8 de la LCSP/17.

Sobre la determinación de cuál sea el plazo de aplicación en el ámbito autonómico madrileño, el criterio inicialmente mantenido por esta Comisión, que aplicaba el artículo 212.8 LCSP/17 según el cual “*los expedientes de resolución contractual deberán ser instruidos y resueltos en el plazo máximo de ocho meses*”, ha resultado esencialmente modificado a partir de la Sentencia del Tribunal Constitucional 68/2021, de 18 de marzo, recaída a raíz de un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de Aragón, que ha procedido a declarar la inconstitucionalidad de algunos preceptos de la LCSP/17 y ha afectado señaladamente a esta cuestión. En concreto, el artículo 212.8, fue impugnado al considerar que vulneraba la doctrina constitucional sobre la legislación básica, puesto que contendría una regulación de detalle o de procedimiento, que cercenaría la posibilidad de desarrollo legislativo por la Comunidad Autónoma de Aragón.

Como es sabido, la citada Sentencia 68/2021, al analizar la impugnación del artículo 212.8, considera (FJ 5º) que tal precepto recoge una norma de naturaleza auxiliar y procedural que no puede ser considerada básica, por lo que el Tribunal Constitucional no anula el precepto en cuanto es de aplicación a los procedimientos de resolución de la Administración General del Estado, pero considera que infringe las competencias de las comunidades autónomas y por tanto no es de aplicación a estas, ni a las entidades locales.

La normativa de la Comunidad de Madrid en materia de contratación es muy escasa y no aborda esa cuestión. No obstante, debe tenerse en cuenta en esta la materia, la modificación realizada por la Ley 11/2022, de 21 de diciembre, de Medidas Urgentes para el Impulso de la Actividad Económica y la Modernización de la Administración de la Comunidad de Madrid en la Ley 1/2001, de 29 de marzo, por la que se

establece la duración máxima y el régimen de silencio administrativo de determinados procedimientos que establece que los expedientes de resolución contractual que se rijan por la legislación sobre contratos públicos tienen un plazo máximo de tramitación de ocho meses, transcurridos los cuales, si se trata de expedientes iniciados de oficio caducarán y si lo hubieren sido a instancia de parte, se entenderán desestimados.

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, que en dicho sentido sigue la pauta ya establecida en el artículo 42.5.c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 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”.

Como se ha indicado anteriormente, en el presente caso, iniciado el procedimiento el día 23 de febrero de 2023, resulta claro que, a la fecha de emisión del presente dictamen, el procedimiento no ha caducado. Además, consta haber acordado la suspensión del procedimiento para la solicitud de dictamen a esta Comisión Jurídica Asesora, lo que se ha comunicado a la empresa contratista y a la entidad aseguradora.

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

La Universidad Rey Juan Carlos invoca como causa de resolución la prevista en el artículo 211.1.f) de la LCSP/17 que prevé la resolución del contrato por incumplimiento de la obligación principal de este.

La empresa contratista se opone a la resolución del contrato porque considera que la Universidad ha incumplido su obligación de asegurar el equilibrio de las prestaciones propias del contrato administrativo a través de una modificación contractual, siendo de aplicación la *exceptio non adimpleti contractus*.

Respecto a la resolución de los contratos administrativos, la Sentencia de 8 de marzo de 2018 (recurso 921/2015) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid recuerda la doctrina fijada en la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2004 en cuanto a que:

“(...) la resolución implica una extinción anticipada de un contrato perfeccionado, que constituye un modo anormal de terminación de la relación contractual por la concurrencia de alguna circunstancia en la vida del contrato que impide o hace inconveniente su prosecución hasta su extinción normal. De acuerdo con dicha naturaleza el incumplimiento que justifica la resolución ha de ser sustancial, no basta con cualquier apartamiento de las obligaciones asumidas en el contrato, sino que ha de afectar a la obligación esencial de una de las partes en el caso de obligaciones bilaterales o reciprocas. Esto es, de acuerdo con la jurisprudencia, tanto de la Sala Tercera como de la Primera del Tribunal Supremo, ha de tratarse de incumplimiento básico, grave, de la obligación, en el sentido de que no se realiza la conducta en qué consiste la prestación, quedando frustrado el fin objetivo del contrato o haciendo imposible la realización de la prestación por parte del contratista. O, dicho en otros términos,

también en este ámbito de la resolución contractual ha de observarse el principio de proporcionalidad que exige para resolver el que el incumplimiento afecte a la esencia de lo pactado, no bastando aducir la no realización de prestaciones, que no impidan por su entidad alcanzar el fin del contrato”.

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 quince meses contado desde el día siguiente a la fecha del acta de comprobación del replanteo. Consta en el expediente que la mencionada acta se firmó el día 20 de enero de 2022 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*”.

El acta de comprobación del replanteo, firmada por la empresa contratista el día 20 de enero de 2022, se hace constar que la empresa adjudicataria manifiesta “*ser conocedora del proyecto de ejecución y documentos contractuales de cuyas obras ha de ejecutar, entendiendo que las mismas son plenamente realizables y que pueden ser iniciadas de forma inmediata*”.

Como pone de manifiesto la propuesta de resolución, la ejecución de la obra en el Aulario V del campus de Fuenlabrada iba dirigida a la construcción de un edificio de Aulas y despachos para la impartición de docencia, debido principalmente al importante incremento de alumnos, profesores y personal de administración y servicios acaecido en los

últimos años, pero a la fecha de emisión del presente dictamen, esas necesidades académicas siguen sin ser cubiertas y ello teniendo en cuenta que la fecha de finalización de las obras estaba prevista en un plazo de 15 meses desde la firma del acta de replanteo, esto es, el día 20 de abril de 2023.

Sobre las alegaciones de la empresa sobre el incremento de los precios y la imposibilidad de ejecutar el proyecto hasta llegar a un acuerdo con la Administración en la actualización y reajuste de los precios del proyecto, como se observa del expediente, conviene destacar cómo la empresa adjudicataria que formuló una oferta con una baja de hasta un 20% del presupuesto de licitación, pretendió, incluso antes de la formalización del contrato, modificar el precio de este. Además, procedió a firmar el contrato aun habiendo sido invitado por la universidad a no hacerlo. Con la firma del contrato, la empresa adjudicataria asumió todas las obligaciones inherentes a su condición de contratista, principalmente, la ejecución de la obra en los términos pactados.

La empresa contratista que alega que los precios de los materiales son inasumibles, sin embargo procedió a la firma del acta de comprobación del replanteo que, como tuvo ocasión de señalar esta Comisión Jurídica Asesora en su Dictamen 21/23, de 19 de enero, es el momento oportuno toda vez que es cuando “*se confronta el proyecto sobre el terreno en que se prevé la ejecución del citado contrato para, en su caso, solucionar los errores materiales subsanables que pudiera contener el proyecto elaborado por la Administración o poner de relieve aquellos que, en razón a su gran entidad pudieran conducir a la resolución del contrato*”.

En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2004 (recurso de casación 6331/2001) declara que la firma del Acta de Comprobación del Replanteo significa, por lo tanto, “que no

efectuada oposición alguna en tal momento a la viabilidad del proyecto es improsperable realizarla posteriormente respecto de hechos o de planteamiento técnicos cuyo conocimiento era posible en tal fase”.

Por tanto, acreditado el incumplimiento de la ejecución del contrato concurre la causa de resolución contenida en el artículo 211.1.f) de la LCSP, que recoge la siguiente: “*f) El incumplimiento de la obligación principal del contrato*”.

En el presente caso, la obligación principal viene constituida por la realización de las obras objeto del contrato que debían iniciarse el 21 de enero de 2022 siendo así que desde el día 22 de abril de 2022 ya se anunció por parte de la constructora que no se continuarían los trabajos por motivos económicos por lo que, a la vista de las alegaciones del contratista, puede entenderse que ha devenido en una falta de cumplimiento de la obligación principal y ello solo es atribuible a una falta de previsión del contratista quien, al momento de licitar, debe conocer los precios del proyecto.

No puede alegar el incumplimiento de la obligación, por parte de la Administración de modificar el contrato porque, como señala la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 30 de noviembre de 2022 (recurso 871/2020) en su supuesto similar, en el que un contratista que tenía un deber de ejecutar la obra en un plazo, interrumpió unilateralmente la ejecución del contrato solicitando la modificación del mismo dice:

“No existe tampoco una obligación de la Administración contratante de tramitar el proyecto modificado y la consiguiente imposibilidad de ejecutar las nuevas unidades hasta su aprobación. El órgano competente para determinar si es necesario un modificado del proyecto original es la Dirección facultativa (art. 242.4 LCSP). Más en general, la modificación del contrato es una potestad de la Administración, no un derecho del contratista, aunque su ejercicio

debe someterse a un procedimiento y requisitos (arts. 203 y ss LCSP). El hecho de que en éste caso se "negociara" entre las partes la modificación del contrato, no supone el deber de tramitar el procedimiento y concluir en la modificación, aún menos en los términos que pretendía el contratista".

En cuanto a la aplicación la *exceptio non adimpleti contractus*, cabe recordar que, como ha señalado esta Comisión Jurídica Asesora (así en sus dictámenes 19/23, de 19 de enero, y 270/17, de 29 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 11 de octubre de 1982; 19 de junio de 1984 y 20 de diciembre de 1989), y el Consejo de Estado, cuyo dictamen 1452/94, 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 insito 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, “*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 [...]”.*

Resulta acreditado, por tanto, el incumplimiento de la ejecución de la obra a la que se había comprometido el contratista, lo que supone el incumplimiento de la obligación principal del mismo.

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

De acuerdo con lo establecido en el artículo 213.3 de la LCSP/17, “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”.

Conforme a lo establecido en ese precepto procede que la Universidad Rey Juan Carlos realice la incautación de la garantía en aras a garantizar el pago del importe de los daños y perjuicios causados a dicha Administración, sin que resulte precisa la valoración previa de los daños para acordar aquella, tal y como sostuvimos en nuestros dictámenes en base a la normativa contractual anterior. Ahora bien, en el caso de que se estime que tales daños y perjuicios sobrepasan el importe de la garantía definitiva incautada, la Administración tendrá que tramitar un expediente contradictorio para poder ejercer su prerrogativa de depurar la responsabilidad del contratista por los daños y perjuicios causados que excedan del importe de la garantía incautada.

Por su parte, el apartado 4 del mismo artículo 213 de la LCSP establece que, en todo caso, el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que, en su caso, hubiese sido constituida.

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

CONCLUSIÓN

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

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a esta Comisión Jurídica Asesora de conformidad con lo establecido en el artículo 22.5 del ROFCJA.

Madrid, a 25 de mayo de 2023

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen n.º 273/23

Excmo. y Magfco. Sr. Rector de la Universidad Rey Juan Carlos
C/ Tulipán, s/n – 28933 Móstoles