

Dictamen n.º: **278/23**
Consulta: **Consejero de Economía, Hacienda y Empleo**
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 consejero de Economía, Hacienda y Empleo, 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 servicios correspondiente al lote nº 15 “Desarrollo para dispositivos móviles” del expediente titulado “CONTRATACIÓN DE CURSOS DE FORMACIÓN PROFESIONAL PARA EL EMPLEO EN EL CENTRO DE FORMACIÓN PROFESIONAL PARA EL EMPLEO EN TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIONES (CRN GETAFE) (23 LOTES)”, adjudicado a la empresa CICE, S.A.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 10 de mayo de 2023 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid la solicitud de dictamen preceptivo referida al expediente aludido en el encabezamiento.

A dicho expediente se le asignó el número 267/23, 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 de la Comunidad de Madrid 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. Carmen Cabañas Poveda, que formuló la correspondiente propuesta de dictamen, 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.- Por Orden de la Consejería de Economía, Hacienda y Empleo de 14 de julio de 2022 se adjudicó el lote 15: “Desarrollo para dispositivos móviles”, del contrato de servicios titulado CONTRATACIÓN DE CURSOS DE FORMACIÓN PROFESIONAL PARA EL EMPLEO EN EL CENTRO DE FORMACIÓN PROFESIONAL PARA EL EMPLEO EN TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIONES (CRN GETAFE) (23 LOTES), de acuerdo con la propuesta de la Mesa de contratación, a la empresa CICE, S.A.

Dicho lote incluía 7 cursos, que suponían un total de 1.770 horas de formación y, de conformidad con los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y los de Prescripciones Técnicas -en adelante PCAP y PPT-, el plazo de ejecución establecido era de 24 meses, a partir de la fecha de formalización del contrato, previéndose que los cursos comenzarían atendiendo a las condiciones fijadas para el lote en los PPT, según se fueran configurando los grupos y organizando sus horarios.

El contrato se formalizó el 21 de agosto de 2022 y, para responder del cumplimiento de este contrato el adjudicatario, atendiendo a su

declaración responsable de fecha de firma 16 de junio de 2022, optó por constituir la garantía definitiva por importe de 12.855,06 euros, mediante retención en el precio, según lo dispuesto en el apartado 14, de la cláusula 1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares. Esta circunstancia se recogió expresamente en la cláusula cuarta del documento de formalización contractual.

Según consta documentado, desde la firma del contrato resultó imposible organizar con la empresa contratista la reunión prevista en el PPT, previa al inicio de la ejecución de las acciones formativas – ex. documentos 07, letras a), b), c), d), e) y f), así como en los documentos 08, letras a), b) y c)-.

Efectivamente, el día 1 de septiembre de 2022, se remitió un correo electrónico a la empresa, comunicando la necesidad de determinar la indicada reunión inicial, además de darles una fecha aproximada para comenzar la formación: el mes de abril de 2023.

El día 13 de septiembre de 2023 se les envió otro correo electrónico comunicándoles que ya tenían compartida una carpeta donde estaría colgada toda la documentación necesaria para la gestión de los cursos, en la licitación 2022-24. Esta documentación fue actualizándose, manteniendo informada a la empresa.

En ningún momento se obtuvo contestación de la empresa. El 23 de noviembre de 2022, se les volvió a enviar un tercer correo para solicitar su disponibilidad al objeto de señalar la fecha de la reunión inicial, aunque la formación no fuera a empezar hasta abril de 2023. En contestación a dicho correo, la empresa solicitó un contacto telefónico a la dirección del centro y tras facilitárselo, nunca se llegó a producirse la comunicación esperada.

Desde entonces no hubo ninguna otra comunicación por escrito con la empresa, hasta que el 16 de enero de 2023, desde el CRN de Getafe se cursó un requerimiento oficial, solicitando algún tipo de contacto, concediendo un plazo a tal fin, de hasta el 20 de enero de 2023.

El mismo día 16 de enero, la empresa respondió a dicho requerimiento, por medio de un escrito de su administrador único, en la que renunciaba al contrato de referencia por motivos económicos, debido al cese de la actividad de la empresa. Así en el documento nº 9 explicaron: *“... que debido a malos resultados económicos, la empresa CICE se ha visto abocada a cesar su actividad con fecha de 28 de diciembre de 2022, procediendo además a un despido colectivo del total de su plantilla de trabajadores, por lo que lamentándolo mucho nos vemos obligados a renunciar al contrato de referencia”*.

El día 9 de febrero de 2023, se efectuó otro requerimiento oficial a la empresa, desde el CRN de Getafe, en el que se les comunicaba la propuesta de resolución del contrato.

El 10 de febrero de 2023, la directora general de Formación, de la Consejería de Economía, Hacienda y Empleo suscribió una propuesta de resolución del contrato, ante la imposibilidad de ejecutar el contrato en los términos que se estipularon y en uso de las prerrogativas establecidas para la Administración en el artículo 190 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen 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) - documento 12-.

En la misma se propuso la resolución del contrato de servicios, por incumplimiento de la obligación principal del contrato, conforme a lo establecido en el artículo 211.1 apartado f) de la LCSP.

En cuanto a sus efectos, dado que no se había podido hacer efectiva la constitución de garantía, al no haberse ejecutado ninguna prestación del contrato que justificara abonos del órgano de contratación, se proponía la imposición a la empresa CICE, S.A. de una indemnización por daños y perjuicios por el importe equivalente a la misma, de 12.855,06 euros.

TERCERO.- 1.- Mediante Orden de 22 de febrero de 2023, de la Consejería de Economía, Hacienda y Empleo, se acordó el inicio del procedimiento de resolución el contrato de servicios correspondiente al lote 15 “Desarrollo para dispositivos móviles”, del expediente de contratación titulado “CONTRATACIÓN DE CURSOS DE FORMACIÓN PROFESIONAL PARA EL EMPLEO EN EL CENTRO DE FORMACIÓN PROFESIONAL PARA EL EMPLEO EN TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIONES (CRN GETAFE) (23 LOTES)”- documento 13-.

Se propuso la resolución del contrato de servicios, por el incumplimiento culpable de la obligación principal del contrato, conforme a lo establecido en el artículo 211.1 apartado f) de la LCSP/17.

Igualmente se dispuso que la resolución contractual supondría la incautación total de la garantía definitiva, cuyo importe ascendía a la cantidad de 12.855,06 €, que se constituyó bajo la modalidad de retención en el precio y que; ante la imposibilidad de proceder a su incautación directamente, al no haberse hecho materialmente efectiva por no haberse producido abono alguno al contratista, la resolución contractual supondría la imposición a la empresa CICE, S.A. de una indemnización por daños y perjuicios por importe equivalente a la misma, de 12.855,06 euros.

2.- La Orden de inicio fue notificada a la empresa contratista confiriéndoles plazo para la formulación de alegaciones, con fecha 23 de febrero de 2023- documento 14-.

3.- La empresa formuló escrito de alegaciones, con fecha 3 de marzo de 2023. En su escrito reseñó que venía prestando actividades y servicios de formación desde el año 1981 y, desde entonces, también colaborando con actividades administrativas de formación para prestar sus servicios en ejecución de las políticas de desarrollo e integración laboral puestas en marcha por aquéllas.

A pesar de lo expuesto manifestaba que, en los últimos tiempos había venido atravesando serias dificultades de toda índole para continuar con su actividad y que las mismas se vieron agravadas al decretarse el estado de alarma, en el mes de marzo de 2020 y con la total paralización de la actividad que se mantuvo hasta el mes de mayo de 2021, momento a partir del cual la mercantil esperaba recuperar los niveles previos a la excepcional situación, sin haberlo conseguido. A partir de lo expuesto se explicaba que, resultando inviable el mantenimiento de la actividad de la mercantil, con fecha 28 de diciembre de 2022, la empresa acometió la extinción de la relación laboral de la totalidad de la plantilla de sus trabajadores, y que situación que impide al contratista el cumplimiento del contrato al haber cesado en su actividad por falta de recursos para poder mantenerse en el mercado.

Sea como fuere, la contratista alegaba que no se habría producido un incumplimiento culpable por su parte, en el sentido que o exige la norma para proceder a la incautación de la garantía y apela al cambio producido en la materia con la LCSP/17 ya que en su art. 208 (que suplió al 113.4 TR LCAP), ya no dice que *«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»; sino que señala que «cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, este deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados. La indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada».

Pese a lo expuesto, considera la contratista que, el automatismo en la incautación de la garantía definitiva ha sido matizado en la doctrina del Consejo de Estado, al entenderse que, dada la función punitiva a la que atiende, tal incautación debía modularse a la vista del comportamiento de las partes en la vida contractual, citando el Dictamen 40/2011, de 24 de febrero.

A partir de lo indicado, efectúa una argumentación que le lleva a considerar que, en ningún caso podrá hablarse de incumplimiento culpable cuando el mismo viene provocado por acontecimientos imprevisibles y ajenos a la conducta del agente y atribuye el suyo a tales situaciones, encuadrables en el caso fortuito o en la fuerza mayor y solicitando que se acuerde continuar con el procedimiento de resolución del contrato tramitado, sin acordar indemnización alguna a esa parte - documento 16-.

Adjuntó a su escrito de alegaciones un informe pericial, suscrito por un consultor estratégico y de gestión recursos humanos, de fecha 21 de noviembre de 2022 -documento 17- y el Balance de Situación de la empresa contratista- documento 18-.

4.- Las alegaciones de la empresa contratista fueron informadas el 9 de marzo de 2023, por el jefe del Área de Contratación, de la consejería que, en síntesis indicó que la situación de la pandemia no había determinado el incumplimiento generalizado de otros contratos

de formación y no podía reputarse motivo suficiente para exonerar al contratista de sus obligaciones; que la renuncia a la ejecución de un contrato por el obligado, debido a sus particulares circunstancias, es siempre un incumplimiento culpable; que el incumplimiento que ha tenido lugar no se debe a una situación catalogable como fuerza mayor o caso fortuito y, finalmente que la LCSP/17 supuso una modificación expresa respecto de los efectos de las resoluciones de contrato por causas imputables al contratista, siendo indubitada la redacción del actual artículo 213.3 que indica que *“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”*, siendo el dictamen del Consejo de Estado que invocan previo a la LCSP/17 y, por tanto, no aplicable al presente supuesto.

5.- El 23 de diciembre de 2023 se emitió informe favorable a la propuesta de resolución del contrato, por la letrada jefe de la Consejería de Presidencia, Justicia e Interior de la Comunidad de Madrid – documento 20-.

6.- Tras ello, se recabó informe de la Intervención General de la Comunidad de Madrid que, el 19 de abril fiscalizó favorablemente la propuesta cursada; si bien preciso que, de conformidad con lo establecido en el art. 14.1 del Decreto 45/1997, de 20 de marzo, por el que se desarrolla el Régimen de Control Interno y Contable ejercido por la Intervención General de la Comunidad de Madrid, una vez emitido el dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora, el expediente deberá remitirse nuevamente a la Intervención, con anterioridad a su elevación al Consejo de Gobierno.

7.- Consta en el expediente remitido una propuesta de resolución de fecha 18 de abril de 2023, que detalla los tramites desarrollados y, tras examinar las alegaciones de la contratista, tiene por acreditada la

conurrencia de la causa del artículo 211.1 apartado f) de la LCSP/17 y, en su virtud, propone acordar la resolución contractual, con incautación total de la garantía definitiva, cuyo importe asciende a 12.855,06 euros, que se constituyó bajo la modalidad de retención en el precio, mediante declaración responsable del representante de la empresa CICE, S.A., de fecha 16 de junio de 2022.

Sin más trámites, el 8 de mayo de 2023, por el consejero de Economía, Hacienda y Empleo se ha solicitado el dictamen de este órgano consultivo, registrado de entrada en la Comisión Jurídica Asesora el 10 de mayo de 2023.

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 Economía, Hacienda y Empleo, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 18.3 b) del ROFCJA.

El contratista ha formulado su oposición y por ello, resulta preceptivo el dictamen de esta Comisión ex artículo 191.3 de la LCSP/17.

SEGUNDA.- Por lo que se refiere al régimen jurídico aplicable, esta Comisión Jurídica Asesora viene distinguiendo entre la norma sustantiva que rige el asunto de fondo y la norma aplicable al procedimiento (en el mismo sentido, el Consejo de Estado, así su Dictamen 167/2021, de 25 de marzo).

Sea como fuere, en este caso, ambas cuestiones se rigen por la LCSP/17, puesto que el contrato cuya resolución se pretende se adjudicó por Orden de la Consejería de Economía, Hacienda y Empleo de 14 de julio de 2022. De esta forma le resulta de aplicación el LCSP/17 de acuerdo con lo dispuesto en la cláusula 2 de los PCAP, sobre el régimen jurídico que se le aplica y *a sensu contrario*, en la disposición transitoria 1ª de LCSP/17, cuyo apartado 2 dispone que *“los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su modificación, duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”*.

Por lo que se refiere al procedimiento de resolución contractual, habrá que estar a lo dispuesto en la normativa vigente en el momento de su inicio, esto es el 22 de febrero de 2023, lo que supone igualmente la aplicación de la LCSP/17, en particular de sus artículos 191 y 212. Además, ante la falta de desarrollo reglamentario en el aspecto objeto de estudio de las disposiciones vigentes en materia de contratación del sector público, debe considerarse lo dispuesto en el artículo 109 RGLCAP, referido específicamente al *“procedimiento para la resolución de los contratos”*.

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*” y lógicamente si existen.

En el caso analizado se ha dado audiencia a la contratista, que ha formulado oposición en cuanto a la incautación de la garantía propuesta que, a efectos prácticos deberá desembolsar en concepto de indemnización de daños y perjuicios causados a la administración, al no haber dado lugar a abonos por los servicios prestados a cargo del órgano de contratación.

También consta que se ha emitido el informe de la Abogacía General de la Comunidad de Madrid, conforme establece el artículo 109 del RGLCAP que se ha incorporado al expediente tras el trámite de audiencia lo que respeta la previsión del artículo 82.1 de la LPAC (“*la audiencia a los interesados será anterior a la solicitud del informe del órgano competente para el asesoramiento jurídico o a la solicitud del Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, en el caso que éstos formaran parte del procedimiento*”).

No ocurre lo mismo con el informe de fiscalización de la Intervención General de la Comunidad de Madrid, que se ha incorporado tras el trámite de audiencia, así como un informe técnico de la consejería, que da respuesta a las alegaciones planteadas por la empresa contratista.

A este respecto, debemos recordar que es doctrina reiterada de esta Comisión Jurídica Asesora (así el dictamen 294/19, de 11 de julio; dictamen 155/18, de 5 de abril y el dictamen 516/16, de 17 de noviembre, entre otros muchos) 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 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 y, en consecuencia, no procede la retroacción del procedimiento.

En este caso, dichos informes no introducen novedades fácticas que hayan causado indefensión al contratista, por lo que la irregularidad observada no invalida el procedimiento.

De conformidad con el apartado tercero del artículo 191.3 de la LCSP/17, será preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de interpretación, nulidad y resolución, cuando se formule oposición por parte del contratista, como es el caso, en que hay discrepancia en cuanto a las consecuencias económicas de la resolución

En relación con el plazo para resolver, debemos destacar que la Comunidad de Madrid, a través de 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 (BOCM de 22 de diciembre de 2022), en vigor desde el día siguiente al de su publicación, ha establecido un plazo específico para el procedimiento de resolución contractual, ya que su artículo 31.3 modifica 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, atendiendo al siguiente contenido literal: *“Se introduce un nuevo epígrafe en el apartado 3 del Anexo, que será el apartado 3.9 con la siguiente redacción: «3.9. Expedientes de resolución contractual que se rijan por la legislación sobre contratos públicos. Ocho*

meses. Caducidad (iniciados de oficio). Desestimatorio (iniciados a instancia del contratista).

De esa forma, habiéndose indiciado el presente procedimiento de resolución contractual el 22 febrero de 2023, le resulta aplicable el indicado plazo de ocho meses, por lo que en el momento presente no se encuentra caducado.

TERCERA.- Conceptualmente, la resolución de los contratos es una de las prerrogativas de las que dispone la Administración en la fase de ejecución de los contratos administrativos ligada a la obligación de la Administración de velar por la satisfacción del interés público, que motivó la celebración del contrato.

En coherencia con tal misión, al igual que recoge el artículo 1124 del Código Civil respecto de las obligaciones sinalagmáticas, la Administración puede optar por exigir el cumplimiento del contrato (por ejemplo, mediante la imposición de penalidades) o bien proceder a su resolución. Deberá optar por esta posibilidad tan sólo en casos de incumplimientos graves, como ya declaró el Tribunal Supremo en las sentencias de 16 de mayo de 1997 (recurso 12.105/1991) y 29 de mayo de 2000 (recurso 5639/1994). En definitiva, la decisión corresponde a la Administración y con ella habrá de buscar que el incumplimiento contractual origine el menor daño posible al interés público –Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 25 de septiembre de 2003 (recurso 1892/1995)-.

Para la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 30 de marzo de 2017 (recurso 1053/2016), la resolución requiere un incumplimiento grave, básico, en cuanto al no ejecutarse la conducta en qué consistía la prestación que conformaba el objeto contractual, quedaría frustrada su finalidad objetiva, sin que baste para justificarla el incumplimiento de simples obligaciones accesorias o

complementarias. La sentencia concluye que, por tanto, la concurrencia de varios incumplimientos durante un extenso periodo de tiempo, pero que no afectan a la esencia de lo pactado, no permite la resolución, sino que aconseja la adopción de medidas menos gravosas.

En su Sentencia de 8 de marzo de 2018 (recurso 921/2015) el 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 recíprocas. 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”*.

CUARTA.- Efectuadas las consideraciones generales sobre la resolución contractual, procede examinar si concurre o no en este supuesto causa para resolver el contrato.

La consejería proponente invoca el motivo previsto en el artículo 211 f) de la LCSP/17 que recoge como causa de resolución: “*el incumplimiento de la obligación principal del contrato*”, circunstancia que aparece averada por el relato de los hechos primeramente recogido en este dictamen, que ponen de manifiesto que la contratista no cumplió en ninguna medida la prestación de servicios comprometida: el objeto mismo del contrato, al verse afectada por una profunda crisis económica que la llevó a acometer un despido colectivo total de toda su plantilla de formadores y a desentenderse del cumplimiento del contrato, manifestando “*que se veían obligados a renunciar al contrato de referencia*”- sic-.

No merece mayor comentario la concurrencia de la causa invocada, ni su caracterización como un “incumplimiento culpable”, entendiendo por tales los que quedan dentro de la esfera causal del contratista o, en definitiva, los que le resultan imputables o “achacables”.

Recordemos en este punto la vigencia del principio del riesgo y ventura en la ejecución de los contratos- ex. artículo 197 de la LCSP/17-, de modo que, en su virtud, debe entenderse que la falta de rentabilidad del contrato no puede ser invocada por el contratista para justificar los incumplimientos contractuales, según ha indicado esta Comisión, entre otros, en el Dictamen 349/20, de 25 de agosto y en el 150/22, de 15 de marzo.

El Tribunal Supremo en sentencias de 28 de octubre de 2015 (rec. 2785/2014) y 20 de julio de 2016 (rec. 339/2015) ha establecido que: 1) el principio de la eficacia vinculante del contrato y de la invariabilidad de sus cláusulas es la norma general que rige en nuestro ordenamiento jurídico tanto para la contratación privada como para la contratación administrativa; 2) la contratación administrativa se caracteriza por llevar inherente un elemento de aleatoriedad de los

resultados económicos del contrato, al estar expresamente proclamado por la ley el principio de riesgo y ventura del contratista y esa aleatoriedad significa que la frustración de las expectativas económicas que el contratista tuvo en consideración para consentir el contrato no le libera de cumplir lo estrictamente pactado ni, consiguientemente, le faculta para apartarse del vínculo contractual o para reclamar su modificación; 3) en nuestro ordenamiento jurídico ha sido tradicional establecer unas tasadas excepciones a esa aleatoriedad de los contratos administrativos, consistentes en reequilibrar la ecuación financiera del contrato únicamente cuando se ha producido una ruptura de la misma por causas imputables a la Administración ("*ius variandi*" o "*factum principis*"), o por hechos que se consideran "extramuros" del normal "alea" del contrato, por ser reconducibles a los conceptos de fuerza mayor o riesgo imprevisible. Lo cual significa que no toda alteración del equilibrio de las prestaciones del contrato da derecho al contratista a reclamar medidas dirigidas a restablecer la inicial ecuación financiera del vínculo, sino únicamente aquellas que sean reconducibles a esos tasados supuestos de "*ius variandi*", "*factum principis*" y a la fuerza mayor o al riesgo imprevisible.

Pues bien, en el caso que nos ocupa no ha existido ninguna actuación de la Administración que haya desequilibrado el contrato y, lógicamente, el hecho de que el contratista no haya obtenido los beneficios que esperaba en su devenir empresarial no puede trasladarse a esta administración –y mucho menos en este caso, que se apela a un descenso de la actividad empresarial y de los beneficios esperados por la contratista durante el 2019, que continuó y se agravó en el 2020 y 2021, a consecuencia de las medidas para contener la pandemia de la Covid-19-; siendo todos esos momentos y circunstancias anteriores al de la contratación que ahora se analiza y a los subsiguientes compromisos asumidos por la empresa.

En este sentido, el Consejo de Estado resulta tajante al referirse a las estimaciones económicas empresariales como sujetas al referido ámbito del riesgo propio de la contratación pública, en relación con la libre competencia de los licitadores que, de otro modo quedaría desvirtuada. De esa forma, en su Dictamen 93/2019, de 28 de febrero, referido a un contrato de obras, explica que *“... no obstante, ello no empece para que la contratista haya de estar al albur del principio de riesgo y ventura propio de los contratos de obras públicas. No se trata de hacer una valoración de la subjetiva estimación empresarial para una obra en concreto ni tampoco de indagar acerca de parámetros objetivos en los que encajar esa previsión mercantil. En el régimen contractual español la postura de la contrata se refleja en una auténtica oferta, y es la Administración quien la acepta mediante la adjudicación. La posible representación errónea de las circunstancias que para sí realice la contrata, a fin de competir con otras en su oferta, tiene su significado estricta y exclusivamente en su ámbito interno. De otro modo, se subvertiría el procedimiento de adjudicación contractual, pues toda baja se corregiría posteriormente al alza, eliminándose de hecho la libre competencia en la adjudicación, penalizando al más eficiente frente a quien opera con mayor ligereza en la presentación de sus ofertas”*.

QUINTA.- Una vez que se ha determinado que procede la resolución contractual, han de fijarse los efectos de la misma.

En el caso que venimos analizando ese aspecto cobra especial relevancia, por cuanto ha centrado las discrepancias entre el contratista y la administración, dado que el primero no pretende ejecutar el contrato, pues reconoce que le resulta imposible por las dificultades económicas que ha sufrido y que, incluso, le han llevado a materializar un despido colectivo de todo su personal, pero considera que no debe responder por ello en ninguna forma

Por el contrario, presuponiendo la subsistencia de la persona jurídica del contratista -pues no consta que haya entrado en concurso de acreedores o en fase de liquidación-, la propuesta de resolución analizada pretende la incautación de la garantía contractual, argumentando la inmediatez de esa medida en la vigente ley de contratos y sus diferencias con el precedente TRLCSP que indicaba que, cuando el contrato se resolviera por incumplimiento culpable del contratista determinaría el pago de los daños y perjuicios – ex. artículo 225.3 del TRLCSP- y también, reconocía el derecho del contratista al abono del precio de los servicios efectivamente realizados “*con arreglo al contrato y que hubiesen sido recibidos por la Administración*”- ex artículo 309-, apuntando así a una necesaria liquidación del contrato coexistente con la determinación de los daños y perjuicios reclamables al contratista.

De conformidad con todo ello, bajo la vigencia del TRLCSP, esta Comisión venía manteniendo que la incautación de la garantía definitiva no era automática, sino que sólo debía llevarse a efecto en caso de existir daños y perjuicios, siguiendo el mismo criterio que fue anteriormente acogido por el extinto Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid y que traía causa de la redacción de la norma referenciada, diferente en este punto de la precedente normativa de contratos públicos, por cuya razón surgieron dudas interpretativas en la doctrina de los órganos consultivos de la Administración, en la doctrina científica y en la jurisprudencia menor; y que también es diferente a las previsiones recogidas en la vigente LCSP/17, aplicable al supuesto que nos ocupa.

Resolviendo esas cuestiones, el Tribunal Supremo fijó doctrina al respecto en un recurso de casación, mediante la Sentencia de 30 de septiembre de 2019 (rec. 3556/2017), estableciendo que: “(...) *no puede atenderse a la pretensión ejercitada de que la garantía definitiva sólo 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”.

La indicada jurisprudencia ha sido acogida en la doctrina de esta Comisión en dictámenes como el 566/19, de 19 de diciembre y 265/20, de 30 de junio que explican que la incautación de las garantías en la LCSP/17 opera de forma automática, amparada por el art. 213.3, para garantizar con inmediatez y facilidad el pago del importe de los daños y perjuicios irrogados a la administración en los casos de resolución del contrato, aun sin perjuicio de la posibilidad de completarlas, aumentando la indemnización debida si fuera preciso.

Sea como fuere, dadas las circunstancias concurrentes en este caso, la incautación de una garantía que materialmente no existe resultará especialmente compleja, por la dificultad que entraña incautar un derecho de crédito y pudiera valorarse la pertinencia de efectuar una concreta estimación de los daños y perjuicios generados por el contratista al interés público subyacente en el contrato, al desentenderse de su ejecución, mediante un procedimiento contradictorio y liquidar de esa forma las responsabilidades que deba atender la contratista, reflejándose así en la propuesta de resolución.

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

CONCLUSIÓN

Procede la resolución del contrato de servicios correspondiente al lote nº 15 “Desarrollo para dispositivos móviles” del expediente titulado “CONTRATACIÓN DE CURSOS DE FORMACIÓN PROFESIONAL PARA EL EMPLEO EN EL CENTRO DE FORMACIÓN PROFESIONAL PARA EL EMPLEO EN TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIONES (CRN GETAFE) (23 LOTES)”, 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 278/23

Excmo. Sr. Consejero de Economía, Hacienda y Empleo

C/ Ramírez de Prado, 5 Bis – 28045 Madrid