

Dictamen nº: **119/24**
Consulta: **Alcalde de Madrid**
Asunto: **Contratación Pública**
Aprobación: **07.03.24**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 7 de marzo de 2024, emitido ante la consulta formulada por el alcalde de Madrid, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en relación con el expediente sobre la resolución del contrato de servicios denominado “*Transporte para programas educativos*” adjudicado a la empresa HERMANOS BRAVO VÁZQUEZ, S.L., (en adelante, “*la contratista*”).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 13 de febrero de 2024 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid una solicitud de dictamen referida al expediente aludido en el encabezamiento.

A dicho expediente se le asignó el número 85/24, 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 (en adelante, ROFCJA), aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero, del Consejo de Gobierno.

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 7 de marzo de 2024.

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

El día 5 de marzo de 2021, el delegado del Área de Gobierno de Familias, Igualdad y Bienestar Social acordó el inicio y tramitación del expediente de contratación denominado “*Transporte para programas educativos*”.

Los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas de este contrato de servicios denominado “*Transporte para programas educativos*” fueron aprobados por Decreto del delegado del Área de Gobierno de Familias, Igualdad y Bienestar Social de fecha 5 de mayo de 2021, para su adjudicación por procedimiento abierto.

Previa fiscalización por la Intervención General con fecha 5 de mayo de 2021, la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid mediante Acuerdo de 13 de mayo de 2021, autorizó la celebración del contrato y aprobó el gasto correspondiente y su distribución en tres anualidades.

La adjudicación del contrato, tras la fiscalización de la disposición del gasto por la Intervención Delegada en fecha 26 de julio de 2021, se acordó mediante Decreto del delegado del Área de Gobierno de Familias, Igualdad y Bienestar Social de fecha 27 de julio de 2021, a la entidad Hermanos Bravo Vázquez, S.L., por un precio de adjudicación de 609.024,50€, y fue publicada en el perfil de contratante de fecha 28 de julio de 2021. La entidad adjudicataria constituyó garantía definitiva mediante la retención en el precio por importe de 30.451,23 euros.

El día 7 de septiembre de 2021 se firmó el contrato denominado “*Servicio de Transporte para Programas Educativos*”, que tiene por objeto la prestación de servicios de transporte para la realización de programas y actividades educativas organizadas por la Dirección General de Familias, Infancia, Educación y Juventud del Ayuntamiento de Madrid. Más concretamente, este contrato permite el transporte de los escolares a diversas actividades, atendiendo prioritariamente a las necesidades de los centros sostenidos con fondos públicos, es decir, centros públicos y concertados.

El plazo total de ejecución comprende desde el día 1 de octubre de 2021 hasta el día 30 de septiembre de 2023, pudiendo prorrogarse por un periodo máximo de 36 meses, en uno o varios periodos iguales o inferiores a los citados 36 meses.

De acuerdo con lo establecido en la cláusula 6 del pliego de prescripciones técnicas (PPT) que rige de este contrato, durante la vigencia del contrato se estimó que se realizarían 5.633 servicios, distribuidos de la siguiente forma:

- Tarifa A (incluye los servicios Urbanos de Medio día): 4.535 servicios.

- Tarifa B (incluye los servicios Urbanos de Día (UD), los Interurbanos de Medio día (IM), y los servicios Adaptados de Medio día (AM), tanto urbanos como interurbanos: 813 servicios.

- Tarifa C [incluye los servicios Interurbanos de Día (ID) y los servicios Adaptados de Día (AD)], tanto urbanos como interurbanos: 285 servicios.

No obstante, lo anterior, de acuerdo con lo establecido en el apartado 2 de la cláusula 7 del PPT, que rige este contrato en función de

las necesidades, podría variar el número de servicios de cada una de dichas tarifas.

Con fecha 7 de junio de 2022 la empresa contratista, envió por registro electrónico un escrito dirigido al Área de Gobierno de Familias, Igualdad y Bienestar Social. Secretaría General Técnica/Servicio de contratación, en el que solicitaban el inicio de un expediente de revisión de precios del contrato *“por circunstancias sobrevenidas y que no fueran previsibles en el momento de la licitación, en base al artículo 205.2 b) y concordantes de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contrato del Sector Público”*.

En contestación al escrito remitido por la empresa, se comunica telefónicamente a la misma que de conformidad con lo establecido en 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) y en el PCAP que rige la licitación, no es posible la revisión de precios por lo que es necesario seguir ejecutando la prestación en los términos pactados.

Tras esta conversación telefónica mantenida, se reitera la solicitud por la contratista, mediante correos electrónicos, de la revisión de precios. Asimismo, se solicita *“una reunión con los máximos responsables a fin de dar una salida favorable a tal descompensación sobrevenida y sin visos de mejorar”*.

Finalmente, con fecha 13 de septiembre de 2022 se concertó una reunión a la que asistieron varios representantes de la Dirección General de Familias, Igualdad y Bienestar Social, una representante de la Subdirección General de Contratación y Gestión Económica y Presupuestaria, y varios representantes de la empresa contratista.

En dicha reunión, la empresa adjudicataria reitera la solicitud de revisión de precios debido a las circunstancias sobrevenidas e imprevisibles que han acontecido en los últimos tiempos. Por su parte los representantes del ayuntamiento informan a la empresa que la normativa en vigor no permite la revisión de precios en esta tipología de contratos y por tanto no se prevé esta posibilidad, ni en el pliego que rige la licitación, ni en el documento de formalización del contrato.

Finalmente, y de acuerdo con los compromisos asumidos por la empresa al formalizar el contrato, se concluyó continuar hasta el 30 de septiembre de 2023, fecha de finalización del contrato.

Con fecha 7 de febrero de 2023 se acuerda el inicio del expediente denominado “Transporte para Programas Educativos”, (expediente: 300/2023/00038) con el fin de que, al vencimiento del contrato actualmente en vigor, se formalizara el que lo sustituyera, y así no hacer uso de la posibilidad de prórroga del contrato, ya que debido a la evolución general de la economía, la ejecución de la prórroga podría resultar antieconómica para el contratista, a pesar de que éste asumió ejecutar el contrato a su riesgo y ventura.

Con fecha 14 de abril de 2023, el contrato en licitación, anteriormente indicado, se declara desierto.

Por escrito de fecha 5 de mayo de 2023, la empresa contratista comunica la imposibilidad de prestar el servicio en los términos inicialmente pactados, manifestando que dejarían de prestar el servicio a partir del 16 de mayo de 2023 y solicitando *“la resolución del contrato, al amparo de las previsiones del art. 211.g) de la LCSP y en aplicación de la doctrina rebus sic stantibus”*.

Con fecha 9 de mayo de 2023, la Dirección General de Familias, Igualdad y Bienestar Social, a través de la responsable del contrato,

emplaza a la entidad contratista a una reunión urgente, que se celebra el 10 de mayo y en la que se confirma a la Administración la decisión de dejar de ejecutar el contrato a partir del 16 de mayo de 2023.

En este sentido, se comunica a la empresa que la causa del artículo 211.g) a la que hacen referencia para solicitar la resolución del contrato es de aplicación en aquellos supuestos en los que existe la necesidad de ejecutar el contrato de forma distinta a la inicialmente pactada y no sea posible proceder a la modificación de los contratos, al no cumplirse lo establecido en el artículo 204 de la LCSP/17 para las modificaciones previstas en los pliegos, ni en el artículo 205 para las modificaciones no previstas, lo cual no ocurre en el presente supuesto.

Además, se comunica a la empresa que aun dándose algunas de las causas fijadas en la LCSP/17 para proceder a la resolución del contrato, la empresa debe seguir ejecutando la prestación hasta que no se resuelva el procedimiento iniciado al efecto.

Tras explicar a la empresa la situación jurídica del contrato, y en un intento de acercamiento, dada la situación general de la economía, y siempre garantizando la realización de las prestaciones necesarias para satisfacer las necesidades de transporte de los programas educativos, desde el ayuntamiento, se informa al contratista que hasta la finalización del contrato y en tanto se licita uno nuevo, al haber quedado desierto el anterior, se realizarán únicamente aquellos transportes destinados al desarrollo del Certamen de Expresión Dramática que afecta a personas con discapacidad, en el que participan 25 Centros, (de Educación Especial, centros ocupacionales y centros de día) del municipio de Madrid y, los servicios correspondientes al Programa de campamentos de verano 2023.

Con fecha 10 de mayo de 2023, mediante correo electrónico dirigido a la Dirección General de Familias, Igualdad y Bienestar Social y a la Subdirección General de Educación y Juventud, la entidad ratifica la

decisión enviada por registro el viernes 5 de mayo, es decir, la no ejecución del contrato de la que es adjudicataria.

Con fecha 12 de mayo de 2023, se solicita, de acuerdo con el procedimiento habitual, la realización de los servicios para el 16 de mayo de 2023. El citado día 16 la responsable del contrato notifica a la contratista, que se ha constatado que los servicios solicitados no han sido realizados por la empresa adjudicataria del contrato y se les solicita los servicios para el día 17. Los documentos que constatan la notificación de la no realización de la prestación, la solicitud de los servicios para el día 17, así como la respuesta a esta notificación de la empresa contratista, que comunica la imposibilidad de prestar el servicio en los términos inicialmente pactados, tal y como manifestaron en su escrito de fecha 5 de mayo de 2023, figuran en el expediente.

Mediante escrito de fecha 17 de mayo de 2023, la responsable del contrato notifica a la contratista, que se ha constatado que los servicios solicitados en la notificación enviada el 16 de mayo no han sido realizados y, asimismo, se les solicita los servicios para el día 18 de mayo. En respuesta a esta notificación la empresa contratista comunica la imposibilidad de prestar el servicio en los términos inicialmente pactados, tal y como manifestaron en su escrito de fecha 5 de mayo de 2023.

Por escrito de fecha 18 de mayo de 2023, la responsable del contrato notifica a la empresa contratista, que se ha constatado que los servicios solicitados en la notificación enviada el 17 de mayo no han sido realizados. En respuesta a esta notificación la empresa comunica la imposibilidad de prestar el servicio en los términos inicialmente pactados, tal y como manifestaron en su escrito de fecha 5 de mayo de 2023.

Tras los incumplimientos anteriormente indicados, la empresa contratista no ha reanudado el servicio.

Según el informe de la responsable del contrato de 6 de junio de 2023, desde el 16 de mayo de 2023 y hasta la finalización del contrato el 30 de septiembre del citado año, quedan pendientes de prestar servicios 352 autobuses, afectando a un total de 10.278 participantes de las actividades y campamentos ofertados. En el anexo IV que se adjunta con el informe, se recogen los servicios pendientes de realizar y el desglose de usuarios afectados.

Según recoge el informe, tras los sucesivos intentos de llegar a un acuerdo para la continuidad del servicio con la empresa contratista, y tras la declaración de desierto del contrato que se preveía sustituyera al actualmente en vigor, se han realizado las gestiones necesarias para el inicio de la licitación de un nuevo contrato por el procedimiento abierto y trámite de urgencia.

No obstante, debido a los trámites necesarios para proceder a la adjudicación y formalización del contrato, dicha adjudicación no se realizará antes del 1 de diciembre de 2023 por lo que, se ha iniciado también un procedimiento abierto simplificado abreviado (art. 159.6), que permita la prestación del servicio durante los meses de octubre y noviembre de 2023, de manera que las actividades del primer trimestre del curso escolar 2023-2024 no se vean afectadas, con las graves repercusiones en el interés social que generaría no poder llevar a cabo este servicio.

El día 2 de junio de 2023, la directora general de Familias, Infancia, Educación y Juventud emite informe en el que propone, a la vista del incumplimiento del contrato desde el día 16 de mayo de 2023, la resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista.

TERCERO.- A la vista del anterior informe, el delegado del Área de Gobierno de Familias, Igualdad y Bienestar Social el día 7 de junio de 2023 acuerda el inicio del procedimiento de resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista.

El día 22 de junio de 2023, la empresa contratista presenta alegaciones en la que se opone a la resolución del contrato por la causa invocada por la Administración y solicita *“declarar la nulidad o la anulabilidad de la resolución de incoación de expediente de resolución del contrato por incumplimiento culpable imputable al contratista, retrotrayendo el procedimiento a fin de dar trámite a la resolución planteada por imposibilidad de ejecución del art. 211.1.g) LCSP”* y, *“subsidiariamente, decretar la inexistencia de incumplimiento culpable de la contratista para fundamentar la resolución del contrato y sin dar lugar a la incautación de la garantía, acordando en su lugar, la resolución del contrato por imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, por alteración excepcional del equilibrio del contrato, con abono de la indemnización prevista en el art. 213.4 LCSP”*.

En respuesta al escrito de alegaciones, el día 17 de agosto de 2023, la Dirección General de Educación, Juventud y Voluntariado considera que en el momento de solicitud de resolución del contrato y del abandono del servicio, no parece que exista una imposibilidad real de ejecutar el contrato, puesto que el incremento de los precios en un 4,7 %, supone un riesgo previsible y que debe entrar dentro del riesgo y ventura del contratista. Así, *“habiendo ejecutado la prestación en momentos temporales en los que los precios han sido más elevados, nada justifica la solicitud de resolución del contrato y mucho menos el abandono del servicio en mayo de 2023”*.

Consta en el expediente la emisión de informe por la Asesoría Jurídica con fecha a 25 de septiembre de 2023, favorable a la resolución del contrato, ante la concurrencia de la causa prevista en el artículo

211.1.f) de la LCSP, debiendo estarse en cuanto a los efectos a lo dispuesto en el artículo 213.3 de la misma Ley, al tratarse de un incumplimiento culpable del contratista.

El día 3 de octubre de 2023, emite informe de conformidad la Intervención General del Ayuntamiento de Madrid.

Después de los anteriores informes, se dictó propuesta de resolución, con fecha 2 de octubre de 2023, acordando la resolución del contrato de servicios denominado “*Transporte para programas educativos*” por causa imputable al contratista, proponiendo la retención de la garantía definitiva, por importe de 30.451,23 euros constituida por la empresa contratista. Tras lo cual se procedió a solicitar dictamen a esta Comisión Jurídica Asesora, previo Acuerdo de 9 de octubre de 2023 el delegado del Área de Gobierno de Políticas Sociales, Familia e Igualdad, de suspensión del transcurso del plazo máximo de resolución del expediente de resolución del contrato. La comunicación del acuerdo de suspensión tuvo lugar el día 11 de octubre de 2023.

Con fecha 5 de diciembre de 2023, la Comisión Jurídica Asesora emitió el dictamen 647/23 en el que se concluía que procedía la retroacción del procedimiento para que se concediera nuevo trámite de audiencia y posteriormente se formulara nueva propuesta de resolución sobre la que ha de dictaminar esta Comisión Jurídica Asesora.

Notificado nuevo trámite de audiencia a la empresa contratista, de conformidad con lo resuelto en el dictamen 647/23, el representante de la empresa contratista presenta escrito de alegaciones el día 22 de diciembre de 2023, en el que insiste que, constituyendo el alza de los precios un supuesto palmario de alteración extraordinaria del equilibrio del contrato, que provoca una grave desfase entre el precio de mercado y el precio de contrato, que impide su correcta ejecución en los términos pactados, no remediable mediante la revisión de precios o la

modificación del contrato, procede acordar la resolución del contrato al amparo de la causa prevista en el artículo 211.1.g) de la LCSP.

El día 9 de enero de 2024 emite informe el director general de Educación, Juventud y Voluntariado que concluye que por parte de la Administración, era imposible proceder a un incremento de los precios de los contratos en ejecución ya que ninguna de las excepciones que recoge la ley al principio de riesgo y ventura del contratista resultaban de aplicación a determinados contratos, de ahí las modificaciones efectuadas en la normativa para abarcar estas circunstancias y que, además, no parece que en el momento de abandono del servicio, existiera una imposibilidad real de ejecutar el contrato, puesto que el incremento de los precios en un 4,7 %, suponía un riesgo previsible y, como tal, debe entrar dentro del riesgo y ventura del contratista, *“ya que como se ha comentado anteriormente, el contratista conoce las variaciones, a veces muy importantes, de los precios del crudo y sus derivados”*.

Con fecha 23 de enero de 2024 emite informe la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento de Madrid favorable a la resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista, al no considerar no aplicable la causa prevista en el artículo 211.1.g) de la LCSP/17 y, por tanto, con incautación de la garantía y obligación de indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada.

A la vista del anterior informe, el secretario general técnico del Área de Gobierno de Políticas Sociales, Familia e Igualdad dicta propuesta de resolución desestimando las alegaciones formuladas, incautando la garantía definitiva, por importe de 30.451,23 euros, constituida por la empresa contratista mediante retención en el precio el día 25 de noviembre de 2021, *“además de la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 110 d) y 213.3*

de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de 2017, de Contratos del Sector Público”.

El día 25 de enero de 2024, el delegado del Área de Gobierno de Políticas Sociales, Familia e Igualdad acuerda nuevamente la suspensión del plazo máximo de resolución del procedimiento, por el tiempo que medie entre la petición del dictamen preceptivo a la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, y la recepción del mismo, lo que se ha comunicado a la empresa contratista.

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 Presidencia, Justicia y Administración Local, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 18.3 b) del ROFCJA.

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). En el presente caso, ambas coinciden, pues se trata de un contrato adjudicado con posterioridad a la entrada en vigor de la LCSP/17 que es la vigente al inicio del procedimiento de resolución contractual. En relación con el procedimiento hay que tener en cuenta que, iniciado este el día 7 de junio de 2023, le resulta de aplicación lo previsto en 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, que 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, 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.

Por lo que se refiere al procedimiento de resolución contractual, habrá que estar, por tanto, en los artículos 191 y 212 de la LCSP/17. 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 de la 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.

Por lo que se refiere al ámbito de la Administración local, el artículo 114.3 del texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local (en adelante, TRRL) aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, establece como necesarios los informes de la Secretaría y de la Intervención de la Corporación (cfr. artículo 114.3 del TRRL). En el caso del Ayuntamiento de Madrid, el informe del servicio jurídico a que se refiere el artículo 191.2 de la LCSP/17, es el de su Asesoría Jurídica, conforme a la Ley 22/2006, de 4 de julio, de Capitalidad y Régimen Especial de Madrid.

De acuerdo con la normativa expuesta resulta que la competencia para resolver los contratos corresponde al órgano de contratación. En este caso el contrato fue adjudicado por el titular del Área de Gobierno de Familias, Igualdad y Bienestar Social, actuando en nombre y representación de la corporación municipal, en el ejercicio de las atribuciones delegadas por la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid, por Acuerdo de 4 de julio de 2019 (BOCM de 22 de julio de 2019), por lo que ese mismo órgano es también el órgano competente para la resolución.

En cuanto al procedimiento, tras la retroacción del procedimiento para dar nuevo trámite de audiencia al contratista, de conformidad con lo indicado en el dictamen 647/23, este ha formulado nuevas alegaciones el día 22 de diciembre de 2023, oponiéndose a la resolución del contrato. Como ya se indicó en nuestro anterior dictamen, dado que la garantía se constituyó mediante retención de precio y no por aval o seguro de caución, no resulta necesario dar audiencia a entidad avalista o aseguradora alguna.

Se observa, otra vez que, con posterioridad al trámite de audiencia, el día 9 de enero de 2024, ha emitido nuevo informe el director general

de Educación, Juventud y Voluntariado. No obstante, a diferencia del supuesto de nuestro anterior dictamen, en el presente caso el citado informe no introduce hechos, documentos o cuestiones nuevas, por lo que no puede considerarse que haya generado indefensión a la empresa contratista.

Figura después en el procedimiento el informe de la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento de Madrid, que también se ha incorporado al expediente tras el nuevo trámite de audiencia lo que, al igual que se indicó en el dictamen 647/23, 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 estos formaran parte del procedimiento”*).

Figura, asimismo, el informe de la Intervención General.

Después del nuevo trámite de audiencia y la incorporación de los mencionados informes, se ha dictado nueva propuesta de resolución.

En cuanto al plazo para resolver el procedimiento, como se argumentó en el citado dictamen 647/23, el plazo máximo para la Administración para resolver el procedimiento de resolución de los contratos es de ocho meses.

En el presente caso, iniciado el procedimiento el día 7 de junio de 2023, se acordó la suspensión del plazo máximo para resolver el procedimiento por la solicitud de dictamen a la Comisión Jurídica Asesora el día 9 de octubre de 2023, siendo remitido el dictamen 647/23, de 5 de diciembre, por la Comisión Jurídica Asesora el día 7 siguiente. Aunque no figura en el expediente la fecha exacta en que fue recepcionado dicho dictamen por la subdirectora general de Relaciones

Institucionales y Protocolo del Ayuntamiento de Madrid y, por tanto, cuando se reanudó el plazo para resolver el procedimiento, esta remitió el dictamen a la Dirección General de Relaciones Institucionales el día 12 de diciembre de 2023, lo que supone que, prácticamente el plazo estuvo suspendido durante dos meses. Además, nuevamente el día 25 de enero de 2024 se ha acordado la suspensión del plazo máximo para resolver el procedimiento por la solicitud de dictamen a la Comisión Jurídica Asesora, por lo que a la fecha de emisión del presente dictamen no ha transcurrido el plazo máximo de ocho meses previsto por la normativa de la Comunidad de Madrid, tras la modificación operada 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.

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

El Ayuntamiento de Madrid invoca como causas de resolución del contrato 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.

Como es sabido y así señalamos, entre otros, en nuestro dictamen 153/18, de 27 de marzo, la resolución 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.

Por ello, la Administración puede, al igual que recoge el artículo 1124 del Código Civil, optar por exigir el cumplimiento del contrato (por ejemplo, mediante la imposición de penalidades) o bien proceder a su resolución, posibilidad a la que debería acudir tan solo en casos de incumplimientos graves, como ya declaró el Tribunal Supremo en las

sentencias de 16 de mayo de 1997 (Rec. 12.105/1991) y 29 de mayo de 2000 (Rec. 5639/1994).

Esa opción depende de la Administración que, con ella, ha de buscar que el incumplimiento contractual origine el menor daño posible al interés público [Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 25 de septiembre de 2003 (Rec. 1892/1995)].

Las sentencias de 30 de marzo de 2017 (Rec. 1053/2016) y 8 de marzo de 2018 (Rec. 921/2015) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid recuerdan la doctrina fijada en la 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”.

En este caso, como resulta de los antecedentes, el Ayuntamiento de Madrid imputa a la empresa contratista el abandono del servicio y se propone la resolución por la causa prevista en el artículo 211.1 f) de la LCSP/17 “*el incumplimiento de la obligación principal del contrato*”, al entenderse que la empresa contratista con dicho abandono ha incumplido con el objeto del contrato que no era otro que la prestación de los servicios de transporte para la realización de programas y actividades educativas organizadas por la Dirección General de Familia, Infancia, Educación y Juventud.

Como señalamos en nuestro dictamen 329/22, de 24 de mayo, el incumplimiento por el contratista de “*la obligación principal del contrato*” al que alude el artículo 211.1 f) de la LCSP/17, como causa de resolución contractual, en principio, cabe identificarla con el incumplimiento de la prestación que constituya su objeto. Con esta previsión, que carece de antecedentes en normas anteriores, la LCSP/17 resuelve, como manifestó el Consejo de Estado en su dictamen 1116/2015, de 10 de marzo de 2016, en relación con el anteproyecto de ley, “*la dificultad interpretativa*” que planteaba la legislación anterior en los casos en los que los pliegos declaraban “*esenciales varias de las obligaciones accesorias imputables al contratista*”, pero omitían, sin embargo, esa “*calificación en lo que atañe al objeto mismo del contrato (la realización de la obra, la entrega del suministro o la prestación del servicio) por su obviedad*”.

Para analizar si existe el incumplimiento que se invoca ha de partirse de los pliegos contractuales que, según reiterada jurisprudencia, constituyen la ley del contrato y que, tras su aprobación, vinculan tanto a los contratistas como a la propia Administración cuyas actuaciones en relación con el contrato pasan a ser regladas [Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 18 de diciembre de 2017 (Rec. 1069/2016)].

La empresa contratista se opone a la resolución del contrato al entender, en primer lugar, que el acuerdo de incoación del procedimiento de resolución del contrato es nulo o anulable porque, con carácter previo a su incoación el día 7 de junio de 2023, casi dos meses antes, el día 5 de mayo de 2023, había solicitado la resolución del contrato por *“imposibilidad de prestar el servicio en los términos inicialmente pactados”* y considerar que, en el presente caso, concurre la causa de resolución del artículo 211.1.g) de la LCSP/17, no imputable al contratista.

En efecto, alega en primer lugar la empresa contratista que no es posible para la Administración incoar un acuerdo de resolución del contrato por causa imputable al contratista porque dos meses antes había solicitado la resolución del contrato por la causa prevista en el artículo 211.1.g) de la LCSP/17, resultando de aplicación lo previsto en el artículo 211.2 de la citada ley, según el cual, *“en los casos en que concurren diversas causas de resolución del contrato con diferentes efectos en cuanto a las consecuencias económicas de la extinción, deberá atenderse a la que haya aparecido con prioridad en el tiempo”*.

En relación con la concurrencia de causas de resolución del contrato con diferentes efectos, es doctrina reiterada de esta Comisión Jurídica Asesora, entre otros en sus dictámenes 72/23, de 16 de febrero y 332/16, de 21 de julio, con cita del Consejo de Estado en el Dictamen de 27 de diciembre de 2007, que no obsta a la conclusión y decisión final de un expediente de resolución contractual el hecho de que el concesionario mantenga un recurso contencioso-administrativo contra la denegación por silencio de su solicitud de resolución de contrato por incumplimiento de la Administración formulada con anterioridad.

En efecto, como como ha señalado esta Comisión Jurídica Asesora (en los dictámenes 290/17, de 13 de julio y 365/17, de 14 de septiembre, entre otros), el posible incumplimiento de la Administración no autoriza a la empresa contratista a dejar de prestar el servicio o

incumplir sus obligaciones contractuales. Así, según los citados dictámenes:

«Como ya hemos adelantado, la demora en el pago del precio, de acuerdo con el artículo 216 TRLCSP, si es superior a seis meses, faculta al contratista para resolver el contrato, con el abono de los intereses de demora y al resarcimiento de los perjuicios que como consecuencia de ello se le originasen (artículo 216.6 del TRLCSP). Pero la resolución, de conformidad con el artículo 224.1 del TRLCSP, habría de ser acordada por el órgano de contratación a instancia del contratista, de acuerdo con el procedimiento correspondiente, surtiendo efectos el contrato hasta que no se resolviese. Esto supone, como se mantenía en el citado Dictamen núm. 290/17, que hasta que no se resuelva el contrato, la empresa contratista está obligada a cumplir todas las obligaciones asumidas con la firma del contrato.

En nuestro dictamen 270/17, de 29 de junio, se sostuvo que, con carácter general, en el ámbito de la contratación administrativa no puede admitirse la exceptio non adimpleti contractus, como de forma constante viene señalando la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas, Sentencias de la Sala 3ª, de 11 de octubre de 1982, RJ 1982/5353; 19 de junio de 1984, RJ 1984/3643; y 20 de diciembre de 1989, RJ 1989, 9220), y el Consejo de Estado, cuyo dictamen n.º 1452, de 28 de julio de 1994, se expresa en los siguientes términos: “El contratista que viera impagadas las certificaciones de obra expedidas por la Administración contratante podrá utilizar aquellas acciones previstas al efecto por la legislación vigente, incluso reclamando intereses, cuando procediera; pero en ningún caso le es dado abandonar por tal motivo la ejecución de las obras, con perjuicio para el interés público 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 (RJ 1983, 5986), “el fin del contrato privilegia a quien en principio protege el fin público que con la obra pretende conseguirse, de tal modo que el incumplimiento de la Administración no habilita al contratista para incumplir él sus obligaciones [...]».

En el presente caso, además, se observa que la causa de resolución invocada por la empresa contratista es la prevista en el artículo 211.1.g) de la LCSP/17 y no una de las enumeradas como causas de resolución por incumplimiento imputable a la Administración.

Sobre esta causa de resolución es preciso tener en cuenta que, a diferencia de otras causas previstas en el artículo 211 de la LCSP, en el supuesto de imposibilidad de prestar el servicio en los términos inicialmente pactados, es requisito previo que haya tramitado un procedimiento de modificación contractual que concluya con la imposibilidad de la misma. Se trata de una causa de aplicación automática como prevé el artículo 212.2 de la LCSP/17 al disponer que *“la declaración de insolvencia en cualquier procedimiento y las modificaciones del contrato en los casos en que no se den las circunstancias establecidas en los artículos 204 y 205, darán siempre lugar a la resolución del contrato”.*

En efecto, debemos recordar que la imposibilidad de ejecución de la prestación como causa de resolución fue introducida por la Ley 4/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (LES), como consecuencia del restrictivo régimen de las modificaciones contractuales que esta estableció. Como es sabido, los principios de igualdad entre licitadores y de transparencia son fundamentales en la contratación pública. Se recogen en el artículo 132 LCSP/17 y son el trasunto de los principios de igualdad y no discriminación y de transparencia y proporcionalidad que rigen en el ámbito de la Unión Europea, de acuerdo con lo que dispuesto en el artículo 18.1 de la Directiva 2014/24, del Parlamento europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la

que se deroga la Directiva 2004/18/CE. Como señala el Consejo de Estado en su dictamen 563/2015, de 2 de julio, la aplicación de estos principios implica una limitación al *ius variandi* de los contratos, pues de otro modo se podría llegar a falsear la licitación producida en su día, al privilegiarse al adjudicatario. Por tanto, ante la imposibilidad de proceder a la modificación del contrato por no concurrir las requisitos exigidos por la ley en los artículos 204 para las modificaciones previstas en los pliegos y 205 para las modificaciones no previstas en los pliegos (prestaciones adicionales, circunstancias imprevisibles y modificaciones no sustanciales), la única solución posible para lograr las modificaciones pretendidas con respeto a los principios de igualdad entre licitadores y transparencia es la resolución del contrato y su plasmación en una nueva licitación. Así lo señala el Consejo de Estado en su dictamen 215/2010, de 18 de marzo sobre el anteproyecto de la LES, que contempla la resolución por esta causa como un complemento de este nuevo régimen más limitado de las modificaciones con el objetivo de permitir poner fin al vínculo convencional en aquellos supuestos en los que el contrato no puede ser modificado, pero tampoco ejecutado en los términos inicialmente pactados.

En el presente caso, sin embargo, la empresa contratista ante la inviabilidad de la revisión de precios solicitada el día 7 de junio de 2022, al estar excluida expresamente por el artículo 103 de la LCSP/17 (en la redacción vigente al tiempo de la adjudicación del contrato), así como excluida expresamente en la cláusula 12 del PCAP, el día 5 de mayo de 2023 comunicó la imposibilidad de prestar el servicio en los términos inicialmente pactados *«como consecuencia de la falta de acomodo económico de la prestación, en atención al conjunto de circunstancias sobrevenidas que ya habían sido reiteradamente comunicadas al Ayuntamiento, solicitándose, asimismo, la resolución del contrato al amparo de las previsiones del art. 211.1 G) de la LCSP y por aplicación de la doctrina general “rebus sic stantibus”* y reprocha que la

Administración no haya resuelto tal solicitud ni incoado el correspondiente expediente.

En relación con esta alegación, resulta de aplicación lo indicado anteriormente en relación con la solicitud de resolución del contrato por causa imputable a la Administración. La falta de resolución expresa de tal solicitud autoriza al contratista a interponer recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta de tal solicitud, de conformidad con lo previsto en la disposición final cuarta apartado 2 al disponer:

“2. En todo caso, en los procedimientos iniciados a solicitud de un interesado para los que no se establezca específicamente otra cosa y que tengan por objeto o se refieran a la reclamación de cantidades, al ejercicio de prerrogativas administrativas o a cualquier otra cuestión relativa a la ejecución, cumplimiento o extinción de un contrato administrativo, una vez transcurrido el plazo previsto para su resolución sin haberse notificado esta, el interesado podrá considerar desestimada su solicitud por silencio administrativo, sin perjuicio de la subsistencia de la obligación de resolver”.

Ahora bien, la solicitud de modificación o de resolución del contrato por parte del contratista no exime a este de cumplir las obligaciones contractuales pactadas. En este sentido, el artículo 213.6 de la LCSP/17 contempla la posibilidad de iniciar el procedimiento para la adjudicación del nuevo contrato, si bien la adjudicación de este quedará condicionada a la terminación del expediente de resolución e indica que *“hasta que se formalice el nuevo contrato, el contratista quedará obligado, en la forma y con el alcance que determine el órgano de contratación, a adoptar las medidas necesarias por razones de seguridad, o indispensables para evitar un grave trastorno al servicio público o la ruina de lo construido o fabricado (...)”*.

Alega la empresa contratista que los costes incurridos para la prestación de los servicios *“han sido muy superiores no solo a los estimados por la Administración, sino con mayor evidencia, a los correspondientes al precio final de adjudicación”* y que, según un informe pericial que aporta, el desvío de costes es cercano al 20%. Considera que el concepto de imposibilidad de ejecución puede anudarse a factores de índole económico si el impacto económico excede de *“notable”* o *“difícil”* apoyándose en lo resuelto en el dictamen del Consejo Consultivo del Principado de Asturias 235/2021, de 11 de noviembre en un supuesto en el que un contratista había anunciado su oposición a la prórroga forzosa de un contrato de suministro por el incremento desproporcionado e imprevisto de los precios y la ruptura de la economía del contrato.

El supuesto al que se refiere el dictamen 235/2021 del Consejo Consultivo del Principado de Asturias es el de un contrato de suministro de productos de aseo e higiene personal, sanitarios, de limpieza y lavandería y de artículos de celulosa y material desechable con destino a diversos centros adscritos al organismo autónomo *“Establecimientos Residenciales para Ancianos de Asturias”* en el que la Administración pretendió resolver el contrato por la causa prevista en el artículo 211.1.f): el incumplimiento de la obligación principal del contrato. El contrato, adjudicado el día 22 de agosto de 2018 y formalizado el día 13 de septiembre siguiente, fue prorrogado 12 meses, en septiembre de 2020, a pesar de la disconformidad del contratista con la prórroga: *“las características del material de suministro (mascarilla, guantes...) y las circunstancias producidas por el coronavirus COVID 19 se ha producido un desabastecimiento de dichos productos en los mercados con la consiguiente subida de precios (que) hace imposible ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados”*. La resolución de la Administración de prorrogar el contrato fue impugnada por la empresa contratista ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

El Consejo Consultivo del Principado de Asturias en el citado dictamen concluye que procede la resolución del contrato, no por la causa imputable al contratista del incumplimiento de la obligación principal del contrato, sino por la causa prevista en el artículo 211.1.g) de la LCSP/17, al considerar que, *“admitida la alteración extraordinaria de las circunstancias consideradas al tiempo de la licitación -y radicalmente imprevisible, desproporcionada y ajena al contratista-, ha de concluirse que no asistimos a la frustración de unas expectativas económicas que se incardinan en el riesgo y ventura del licitador adjudicatario, sino a la concreción de un riesgo anormal que cercena el principio de equilibrio económico y que debe ser corregido bajo un criterio de justicia distributiva”*. Razona el dictamen que la empresa solicitó -ya con fecha 25 de junio de 2020- la adopción de alguna medida correctora, sin recibir respuesta, y que *“reconocida la situación de desequilibrio no procede hacer pechar a la contratista con sobrecostes manifiestos y admitidos por la propia Administración que rebasan el 500 %, licitándose simultáneamente contrataciones por precios sensiblemente superiores a los que se derivan de la prórroga forzosa que se impone a la mercantil a la vez que se desatiende su petición de poner término al contrato con devolución de la garantía”*.

Analiza, además, el dictamen 235/2021 que *“el abandono del suministro”* afectó esencialmente a las mascarillas y guantes, cuyo precio se había disparado exponencialmente, porque la empresa contratista atendía materialmente a los otros suministros que le eran requeridos.

La empresa contratista considera que la doctrina aplicada por el Consejo Consultivo del Principado de Asturias en el dictamen 235/2021 es trasladable al presente caso.

A juicio de este órgano consultivo, si bien es cierto que el supuesto puede presentar algunas similitudes, existen también diferencias

importantes que deben tenerse en cuenta a la hora de pronunciarse sobre la causa de resolución invocada por la Administración.

En primer lugar, el dictamen del Consejo Consultivo de Asturias está haciendo referencia a unos sobrecostes que rebasan el 500%. En el presente caso, el desvío de los costes según el informe pericial aportado por la empresa contratista se cifra en alrededor de un 20%, por lo que no parecen términos comparables para excepcionar el principio del riesgo y ventura por la doctrina del riesgo imprevisible.

En cuanto a las circunstancias imprevisibles, tampoco parecen comparables la situación vivida por la pandemia COVID-19 y su influencia en la demanda de mascarillas y guantes con la incidencia de cuestiones geopolíticas en los precios de la energía, lo que puede suceder con mayor frecuencia y que debe considerarse como previsible.

Finalmente, a diferencia del supuesto contemplado en el dictamen 235/2021, en el que la empresa contratista impugnó la decisión de prorrogar el contrato y continuó prestando el suministro en el resto de materiales objeto del contrato, en el presente caso la adjudicataria del contrato, a pesar de haber sido requerida hasta en tres ocasiones para la prestación de un servicio, decidió de forma deliberada, incumplir el contrato.

Por tanto, debemos concluir que no resulta de aplicación la causa de resolución invocada por la empresa contratista, imposibilidad de ejecutar el contrato en los términos inicialmente pactados y que procede la resolución del contrato por la causa invocada por el Ayuntamiento de Madrid.

CUARTA.- 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 el Ayuntamiento de Madrid 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.

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

CONCLUSIÓN

Procede la resolución del contrato 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 7 de marzo de 2024

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen n.º 119/24

Excmo. Sr. Alcalde de Madrid

C/ Montalbán, 1 – 28014 Madrid