

Dictamen n°: **17/18**  
Consulta: **Consejero de Educación e Investigación**  
Asunto: **Contratación Administrativa**  
Aprobación: **18.01.18**

**DICTAMEN** del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 18 de enero de 2018, emitido ante la consulta formulada por el consejero de Educación e Investigación, 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 de *“Construcción de 9 unidades de infantil más sala de usos múltiples más comedor en el nuevo CEIP de Paracuellos de Jarama (Madrid)”*, formalizado entre la Consejería de Educación, Juventud y Deporte y la mercantil OBRAS CONEDAVI SL (en adelante *“la empresa”*, *“la mercantil”* o *“la contratista”*).

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El día 15 de diciembre de 2017 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen preceptivo del consejero de Educación e Investigación.

A dicho expediente se le asignó el número 533/17, 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, al letrado vocal D. Roberto Pérez Sánchez, 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 18 de enero de 2018.

**SEGUNDO.-** Del expediente remitido que se encuentra numerado y acompañado de un índice como es preceptivo, se extraen los siguientes hechos de interés para la emisión del dictamen:

1.- Por Orden del consejero de Educación, Juventud y Deporte, de fecha 27 de abril de 2016 se aprueba el proyecto de ejecución de las obras indicadas en el encabezamiento, cuyo Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante "PCAP") se aprueba por Orden de 18 de mayo de 2016 del mismo consejero. En el PCAP se contienen las siguientes cláusulas:

Cláusula 1.15, "*plazo ejecución*", nueve (9) meses.

Cláusula 2, "*régimen jurídico*", se rige por el texto refundido Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP) y demás normativa expresada en la misma.

Cláusula 3, "*objeto del contrato*", es la ejecución de las obras de construcción de 9 unidades de infantil más sala de usos múltiples más comedor en el nuevo CEIP de Paracuellos de Jarama.

Clausula 23, "*dirección de las obras*", las obras están adscritas a la Dirección General de Infraestructuras y Servicios de la Consejería de

Educación, Juventud y Deporte, que, a través de la dirección de obras y, en su caso, del responsable del contrato, efectúa la inspección, comprobación y vigilancia para la correcta realización de la obra ejecutada.

Cláusula 24, “*plazo de ejecución*”, refleja que “*el contratista está obligado a cumplir el contrato dentro del plazo total fijado para la realización del mismo, así como de los plazos parciales señalados para su ejecución sucesiva*”.

Cláusula 25, “*penalidades*”, indica que “*cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiese incurrido en demora respecto al cumplimiento del plazo total o de los plazos parciales recogidos en el programa de trabajo aprobado, la Administración podrá optar, indistintamente, por la resolución del contrato o por la imposición de penalidades, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 212 del TRLCSP*”.

Cláusula 43, “*resolución del contrato*”, señala que “*son causas de resolución del contrato las recogidas en los artículos 85, 216.6, 223 y 237 del TRLCSP*” y las que se citan en el PCAP, así como que “*cuando la resolución del contrato sea por causas imputables al contratista, se procederá, en todo caso, a la incautación de la garantía definitiva, sin perjuicio de los daños y perjuicios que se puedan requerir a la empresa*”, previéndose la indemnización a la Administración y que se haga efectiva sobre la garantía sin perjuicio de la subsistencia de responsabilidad del contratista en lo que exceda de ésta.

2.- Mediante Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid, de 7 de junio de 2016, se autoriza la celebración del citado contrato de obras, así como el gasto correspondiente por importe de 2.346.514,24 euros.

3.- El contrato se adjudica a la empresa señalada también en el encabezamiento, por Orden del referido consejero, de 23 de agosto de 2016, por un importe de 1.539.078,74 euros y un plazo de ejecución de 9 meses.

4.- El contrato se formaliza el 8 de septiembre de 2016, por el indicado importe y plazo de ejecución, a contar desde el día siguiente a aquel en que tenga lugar la comprobación del replanteo, según sus cláusulas segunda y tercera, previéndose la constitución de una garantía definitiva según su cláusula cuarta, que se acredita con resguardo de garantía en aval, depósito de IBERAVAL SGR (en adelante “la avalista”) en cuantía de 63.598,30 euros.

5.- El 20 de septiembre de 2016 se extiende y firma el acta de comprobación de replanteo de la obra, que se considera viable, por lo que se autoriza el inicio de la obra cuyo plazo de ejecución comienza a contar desde el día siguiente. Así, la finalización está prevista para el 20 de junio de 2017.

6.- Con fecha 5 de abril de 2017, la jefa de División de Proyectos, Construcciones y Supervisión, de la Consejería de Educación, Cultura y Deportes, remite a la Dirección General de Infraestructuras y Servicios, un informe de la dirección facultativa de la obra de fecha 3 de abril de 2017 sobre el estado de ejecución de la obra en el cual se indica que:

*“La certificación número 7, correspondiente al mes de marzo, transcurridos 6 meses y 10 días del plazo de ejecución, asciende a un importe acumulado de 195.290,20 euros.*

*-La previsión del programa de trabajo aprobado con el reajuste de anualidades para el período comprendido desde el inicio hasta el mes de marzo es de 967.061,51 euros.*

*-El importe de obra ejecutada (195.290,20 euros) representa un 12,7 % del importe contractual, frente a la mencionada cantidad para el mismo periodo que es del 62%.*

*-En resumen, a fecha de emisión del presente informe, se ha terminado la explanación de la parcela a la cota de trabajo, la cimentación, los muros de apoyo de forjado y se está en un 40% de colocación de losas alveolares para ejecutar el forjado sanitario.*

*-Considerando que está pendiente de ejecutar un 87% del presupuesto y que el plazo contractual concluye el próximo 20 de junio es previsible que la obra no estará finalizada en plazo”.*

7.- Con fecha 7 de abril de 2017, la directora general de Infraestructuras y Servicios propone la resolución del contrato de obras, de acuerdo con el artículo 212.6 del TRLCSP, por incumplimiento por parte de la contratista de los plazos parciales, que hace presumir razonablemente la imposibilidad de cumplir el plazo total.

8.- Por el consejero de Educación, Juventud y Deporte, se dicta Orden de 7 de abril de 2017, conforme a lo que establecen los artículos 212.6 y 213 del TRLCSP, por la que “se autoriza el inicio del expediente de resolución del contrato...”, “se autoriza el inicio del expediente de indemnización de daños y perjuicios ocasionados...”, y se dispone también que se dé audiencia a la contratista y a la avalista.

Dando cumplimiento a lo dispuesto, con fechas 7 y 17 de abril de 2017, se notifica el trámite de audiencia a la empresa adjudicataria y el 18 de abril a la avalista.

La tramitación del citado procedimiento incluye además, entre otras actuaciones: la emisión de informe de la directora de obra, de

fecha 19 de abril de 2017; la incorporación de la certificación previa de resolución del contrato, de fecha 17 de mayo de 2017, y del acta de comprobación material previa a la resolución del contrato, firmada el 24 de mayo de 2017, a que se anexan observaciones y fotografías de la obra realizada; el informe técnico de la directora de obra y la directora de la ejecución de la obra, de fecha 3 de agosto de 2017; los informes y escritos de la Intervención General de la Comunidad de Madrid de 30 de junio, 10 de julio, 8 y 16 de agosto de 2017; así como los escritos de la contratista presentados el 11, 12 y 28 de abril y 22 de julio de 2017 cumplimentando los trámites de alegaciones conferidos.

9.- El consejero de Educación, Juventud y Deporte, con escrito de 24 de agosto de 2017, solicita la emisión de dictamen por esta Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid. El Dictamen 399/17, de 8 de octubre de 2017, de este órgano consultivo, concluyó que procedía declarar caducado el expediente.

10.- Por Orden del consejero de Educación e Investigación de fecha 10 de octubre de 2017, se declara la caducidad del expediente de resolución del contrato y se ordena el archivo de las actuaciones, lo que se notifica a la contratista el 3 de noviembre de 2017 tras intento infructuoso de notificación telemática, y a la avalista el 18 de octubre de 2017.

**TERCERO.-** En lo que se refiere a la tramitación del expediente, resultan los siguientes hechos:

1.- Por el consejero de Educación e Investigación, se dicta Orden de 11 de octubre de 2017, conforme a lo que establecen los artículos 212 y 213 del TRLCSP, por la que:

*“se autoriza el inicio del expediente de resolución del contrato por haber incurrido en demora respecto al cumplimiento del plazo total, siendo imputable a la empresa, de la obra...”, y*

*“se autoriza el inicio del expediente de indemnización de daños y perjuicios ocasionados por la resolución del contrato, que se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía definitiva que se ha 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”.*

Asimismo, por Orden del consejero de Educación e Investigación de igual fecha, se dispone:

*“Conservar para el nuevo expediente iniciado de resolución de contrato de la obra el día 11 de octubre de 2017, aquellos actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse producido la caducidad del procedimiento de resolución del contrato iniciado con fecha 7 de abril de 2017, por incumplimiento por parte del contratista de los plazos parciales que hace presumir razonablemente la imposibilidad de cumplir el plazo total, siendo imputable a la empresa, de la obra...”.*

2.- Tales órdenes son notificadas a la contratista el 3 de noviembre de 2017 tras intento infructuoso de notificación telemática, y a la avalista el 18 de octubre de 2017, confiriéndoles el trámite de audiencia por diez días naturales para que puedan examinar la documentación que obra en el expediente y presentar la documentación que estimen pertinente.

3.- Por escrito presentado en una oficina de Correos el 5 de noviembre de 2017, se formulan alegaciones por la empresa

oponiéndose expresamente a la resolución del contrato y a la indemnización de daños y perjuicios, al entender que la demora no es imputable al contratista.

Por una parte, la contratista realiza manifestaciones en relación a la ejecución, afirmando que la apertura del centro de trabajo se produjo el 18 de octubre de 2016 y que comunicaron dificultades para la ejecución de las obras y solicitaron modificaciones, que se produjeron lluvias que ocasionaron retrasos en la ejecución, que realizaron trabajos con excesos de medición sobre el proyecto que requirieron la intervención de la dirección facultativa de la obra que no hizo sino confundir a los responsables de la obra con relación a la ejecución y a los desvíos de obra realizados, que el programa de trabajo no se ha actualizado, que la dirección facultativa les respondió que no se puede aprobar precio contradictorio ni los desvíos realizados, así como que ha de rescindirse el contrato, algo con lo que no están de acuerdo, y que el 24 de mayo de 2017, según el libro de órdenes, la dirección facultativa indicó paralizar la obra.

Por otra parte, la contratista señala que el contrato no se formalizó en treinta días desde la notificación de la adjudicación, ni se hizo en plazo el acta de comprobación del replanteo, sin que pidieran resolver el contrato, así como que el 9 de junio de 2017 solicitó una prórroga de cinco meses para acabar la obra.

Finalmente, la empresa indica que a pesar de las demoras imputables a la Administración, su voluntad es cumplir el contrato y que sería necesaria la prórroga de cinco meses, a lo que añade que la Administración tampoco ha cumplido con su obligación de pago del precio en plazo, por lo que solicita que no se resuelva el contrato y se adopte la prórroga solicitada, y subsidiariamente, si se resuelve, que se

le devuelva la garantía con reserva de los daños y perjuicios causados al contratista.

En el escrito de alegaciones se van citando documentos numerados que se adjuntan a él, y se indica que la empresa ha solicitado un dictamen pericial que se aportará.

4.- Por Orden de 15 de noviembre de 2017, el consejero de Educación e Investigación suspende el plazo de resolución del procedimiento conforme al artículo 22 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC), para emisión de informe por la Intervención General. La suspensión fue notificada a la contratista el 30 de noviembre de 2017 y consta el envío para notificación telemática a la avalista el 16 de noviembre.

Con escrito de 16 de noviembre de 2017, la directora general de Infraestructuras y Servicios remite el expediente a la Secretaría General Técnica de la Consejería de Educación e Investigación para su remisión a la Intervención General y ulterior dictamen de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid para su aprobación por el Consejo de Gobierno.

Al escrito se une una memoria explicativa de la indicada directora general, de fecha 15 de noviembre de 2017, que relaciona las actuaciones realizadas con incidencia en el mismo, con inclusión de las alegaciones de la empresa, que indica, son las mismas que presentó en julio de 2017 en relación al expediente de resolución de contrato declarado caducado. La memoria refiere por ello, que el informe técnico de la directora de obra y la directora de la ejecución de la obra, de fecha 3 de agosto de 2017, acredita los hechos acaecidos y desvirtúa las alegaciones de la empresa.

Dicho informe, que adjunta copia de las hojas del libro de órdenes y asistencias, después de señalar que *“la ejecución del contrato de obras comienza con el acta de comprobación del replanteo el 20 de septiembre de 2016”* y que *“el informe y aprobación del Plan de Seguridad y Salud se realizaron con fecha 16 de septiembre de 2016, anterior al acta de comprobación del replanteo”*, detalla la actuación de la dirección facultativa, así como la tardanza de la contratista en iniciar los trabajos, su lentitud en la ejecución, el incumplimiento de órdenes y otros extremos con los que afirma que *“esta D.F. ha actuado con diligencia, ha visitado periódicamente la obra y ha aclarado las cuestiones necesarias durante el transcurso de la obra, dando las órdenes oportunas conforme a lo dispuesto en el TRLCSP”* y concluye: *“En resumen, ni la necesidad de completar la información del estudio geotécnico ni los excesos de medición acreditados y recogidos en la certificación previa a la resolución justifican] la lentitud en la ejecución de las obras y el retraso acumulado. Se recuerda de nuevo que transcurridos 8 meses del plazo contractual, la obra ejecutada alcanza un 22,26 %”*.

La memoria explicativa, considera procedente la resolución del contrato de obras conforme a lo que establecen los artículos 212, 213 y 225 del TRLCSP.

5.- El 29 de noviembre de 2017, la Intervención General emite informe favorable a la propuesta de resolución del contrato por concurrir la causa establecida en el artículo 212.4 del TRLCSP, al haber incurrido el contratista, por causas imputables al mismo, en demora respecto al cumplimiento del plazo total. La Intervención ejercita la fiscalización previa, por corresponder al Consejo de Gobierno la autorización para proceder a la resolución del contrato, al haber autorizado su celebración.

Con fecha 30 de noviembre de 2017, el órgano instructor acuerda el levantamiento de la suspensión del procedimiento. Consta el envío para notificación telemática a la contratista y a la avalista el 4 de diciembre de 2017 pero no su acuse de recibo.

6.- Por Orden de 1 de diciembre de 2017, el consejero de Educación e Investigación suspende el plazo de resolución del procedimiento conforme al artículo 22 de la LPAC, para emisión de dictamen por la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid. Consta el envío para notificación telemática a la contratista y a la avalista el 4 de diciembre de 2017.

El consejero de Educación e Investigación, con escrito de 13 de diciembre de 2017, que se recibe en esta Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid el día 15 del indicado mes y año, solicita la emisión de dictamen por este órgano consultivo y adjunta copia del expediente que incorpora: la totalidad de los documentos del expediente de resolución iniciado el 7 de abril de 2017, incluyendo el dictamen emitido y la declaración de caducidad y archivo acordada; así como los documentos relativos a las actuaciones practicadas en el procedimiento de resolución iniciado el 11 de octubre de 2017.

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: “(...) *la Comisión Jurídica Asesora deberá*

*ser consultada por la Comunidad de Madrid 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”, y a solicitud de un órgano legitimado para ello, según el artículo 18.3.a) 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, (“(...) por el Presidente de la Comunidad de Madrid, el Consejo de Gobierno o cualquiera de sus miembros”).*

Como hemos señalado, el expediente ha sido remitido ordenadamente, diferenciando los documentos incorporados que formaban parte del procedimiento declarado caducado y los que se han ido confeccionando según se tramitaba el actual procedimiento iniciado el 11 de octubre de 2017, acompañados de dos índices. En relación al segundo índice es de ver que los documentos numerados como 8 y 15 no constan como actuaciones efectuadas tras la fecha de inicio del procedimiento, por lo que debe tratarse de un error a subsanar; asimismo, el documento nº 10 del índice se encuentra mal numerado en el expediente, lo que también exige subsanación. Por otra parte, aun no siendo tenor del artículo 19.1 del ROFCJA, se echa en falta que se hubiera foliado para facilitar el desempeño de la función que corresponde a este órgano consultivo.

El dictamen ha sido evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 23.1 del ROFCJA.

**SEGUNDA.-** El contrato se adjudicó por Orden del consejero de Educación, Juventud y Deporte, de 23 de agosto de 2016, estando vigente el TRLCSP, por lo que será la normativa aplicable al contrato, tanto desde el punto de vista sustantivo como procedimental.

En ese último aspecto, esto es, la normativa aplicable al procedimiento de resolución, esta Comisión Jurídica Asesora ha señalado en numerosos dictámenes (71/17, de 16 de febrero, 162/17, de 20 de abril y 272/17, de 29 de junio, entre otros), que viene dada por la vigente en el momento de su inicio, en este caso el 11 de octubre de 2017, lo que supone la aplicación del TRLCSP y que habrá que tener en cuenta también lo dispuesto en el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley de Contratos del Sector Público y, además, ante la falta de desarrollo reglamentario, debe considerarse lo dispuesto en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante, RGLCAP), y concretamente su artículo 109, dedicado al *“procedimiento para la resolución de los contratos”*.

Por ello, conforme a la consideración de derecho primera, al formularse oposición a la resolución del contrato por parte de la contratista, resulta preceptivo el dictamen de la Comisión Jurídica Asesora, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 211.3.a) del TRLCSP.

**TERCERA.-** Sentado lo anterior, procede analizar separadamente la tramitación del procedimiento de resolución y la concurrencia de la causa de resolución invocada por la Administración.

En cuanto a la competencia para acordar la resolución de los contratos administrativos, el artículo 210 del TRLCSP dispone que,

*“dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, (...) acordar su resolución y determinar los efectos de ésta”.*

Por su parte, el artículo 224 del TRLCSP, atribuye la competencia para la resolución del contrato al órgano de contratación, mediante el procedimiento regulado en el artículo 211 y el establecido en desarrollo de la Ley. Es ese órgano quien ha de proceder tanto a la incoación del procedimiento como, tras su tramitación, a la adopción del acuerdo de resolución del contrato.

En el presente caso, el órgano de contratación es el consejero de Educación e Investigación, según el artículo 41.i) de la Ley 1/1983, de 13 de diciembre, del Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid, en relación con el artículo 4.6 del Decreto 80/2017, de 25 de septiembre, del Consejo de Gobierno, por el que se crea la Consejería de Educación e Investigación y la Consejería de Cultura, Turismo y Deportes y se modifican parcialmente las competencias y estructura orgánica de algunas Consejerías de la Comunidad de Madrid; y con el Decreto 127/2017, de 24 de octubre, del Consejo de Gobierno, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Educación e Investigación.

Asimismo, en aplicación del artículo 5.2 del Decreto 49/2003, de 3 de abril, por el que se aprueba el Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, el Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid debe autorizar la resolución del contrato puesto que por Acuerdo de 7 de junio de 2016, autorizó su celebración.

El artículo 211.1 del TRLCSP requiere que en el correspondiente expediente se dé audiencia al contratista. Además debe tenerse en

cuenta el artículo 109 del RGLCAP, vigente a falta de una disposición reglamentaria que desarrolle estos procedimientos que exige también la audiencia al avalista o asegurador “*si se propone la incautación de la garantía*”.

De acuerdo con lo previsto en los artículos 8.a),1) y 2) y 14 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, consta en el expediente el informe de la Intervención. Por otra parte, a tenor del 4.1.h) de la Ley 3/1999, de 30 marzo, de Ordenación de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid, en relación con el artículo 211.2 del TRLCSP, en el presente caso no es necesario el informe de la Abogacía General de la Comunidad de Madrid, toda vez que último precepto citado excepciona el informe del Servicio Jurídico en el caso de resolución por demora en el cumplimiento de los plazos (ex artículo 213 del TRLCSP), como es el presente supuesto.

Se ha dado audiencia al avalista.

Por otra parte, de acuerdo con la normativa expuesta resulta que, en nuestro caso, se ha dado audiencia al contratista poniéndole de manifiesto la documentación que obra en el expediente, que incluye la del anterior expediente de resolución de contrato de la obra iniciado el 7 de abril de 2017 a tenor de la Orden del consejero de Educación e Investigación de 11 de octubre de 2017, por la que se dispuso conservar para el nuevo expediente aquellos actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse producido la caducidad del anterior procedimiento de resolución del contrato. El contratista manifestó su oposición a la resolución contractual proyectada, por lo que, como hemos expuesto en la consideración

anterior, conforme al artículo 211.3.a) del TRLCSP resulta preceptivo el dictamen de la Comisión Jurídica Asesora, que ha sido solicitado.

El trámite de audiencia es cumplimentado por el contratista con escrito presentado el 5 de noviembre de 2017, que reproduce literalmente el que presentó con fecha 22 de julio de 2017 en el anterior expediente; por ello, la memoria explicativa de 15 de noviembre de 2017 refiere que el informe técnico de la directora de obra y la directora de la ejecución de la obra, de fecha 3 de agosto de 2017, emitido en relación a las anteriores alegaciones, acredita los hechos acaecidos y desvirtúa las alegaciones de la empresa, y considera procedente la resolución del contrato.

Por otra parte, consta en el expediente el informe de fecha 29 de noviembre de 2017, de la Intervención General, que concluía de forma favorable a la resolución contractual.

En relación con la memoria explicativa y el informe de intervención, se observa que se han incorporado al expediente una vez cumplimentado el trámite de audiencia. Ahora bien, en cuanto que no introducen ningún hecho nuevo sino que inciden en la causa de resolución consignadas en el acuerdo de incoación del expediente de resolución del contrato, debe considerarse que no causa indefensión, de acuerdo con la doctrina seguida por el Consejo Consultivo (así, los dictámenes 331/11, de 22 de junio, 374/11, de 6 de julio, 604/11, de 2 de noviembre y 410/13, de 25 de septiembre, entre otros), y reiterada por esta Comisión en varios dictámenes, como el 62/16, de 5 de mayo, el 516/16, de 17 de noviembre, o el 315/17, de 27 de julio, entre otros.

Las actuaciones posteriores obrantes en el expediente han sido, la formulación de una propuesta de resolución para resolver el contrato sin incautación automática de la garantía constituida y con su

retención hasta la resolución del procedimiento para la determinación de los daños y perjuicios –que figura como borrador de Orden del consejero de Educación e Investigación, sin firmar-, la suspensión del plazo de resolución del procedimiento, y la petición de dictamen a esta Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid.

Por lo que se refiere al plazo para resolver el expediente de resolución del contrato, ni el TRLCSP -del mismo modo que sus antecesoras- ni el RGLCAP establecen nada al respecto, por lo que resulta de aplicación la LPAC, pues a tenor de la disposición final tercera, apartado 1 del TRLCSP, a los procedimientos regulados en esa ley se aplican con carácter subsidiario los preceptos de la LPAC, que establece un plazo de caducidad de 3 meses para los procedimientos iniciados de oficio.

En estos términos se pronunció esta Comisión Jurídica Asesora en diversos dictámenes, como el 397/16 de 8 de septiembre, el 435/16, de 29 de septiembre, el 162/17, de 20 de abril y el 272/17, de 29 de junio, entre otros, asumiendo doctrina del extinto Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

Por otro lado, el rigor temporal que supone la necesidad de tramitar estos procedimientos en el plazo de tres meses, puede verse atemperado por la suspensión del procedimiento para la solicitud de informes preceptivos, tal y como establece el artículo 22.1.d) de la LPAC, que exige la comunicación a los interesados en el procedimiento, tanto de la suspensión para recabar los informes preceptivos, como de la recepción de los mismos. Esa comunicación a los interesados, afianza la seguridad jurídica y la transparencia del procedimiento.

En este caso, el inicio del expediente de resolución contractual tuvo lugar el 11 de octubre de 2017 mediante Orden del repetido

consejero de Educación e Investigación, y se suspendió para dictamen de este órgano consultivo, solicitado el 13 de diciembre de 2017, por lo que el procedimiento no ha caducado.

**CUARTA.-** La resolución contractual se configura, dentro del ámbito de las denominadas prerrogativas de la Administración, previstas en el artículo 210 del TRLCSP, como anteriormente lo hacía la legislación de contratos de la Administración y del Sector Público, como una facultad exorbitante de la misma. No obstante, su ejercicio no se produce de una manera automática, sino que constituye una medida drástica que sólo se justifica en presencia de graves incumplimientos que puedan lesionar el interés general, de ahí los pronunciamientos de la jurisprudencia advirtiendo de la necesidad de distinguir entre incumplimientos generadores de la ejercitar el derecho a la extinción del contrato de aquellos otros que no la conllevan (por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2000).

Asimismo, la jurisprudencia ha venido recordando la necesidad de que las relaciones contractuales estén presididas por la equidad y la buena fe, de tal modo que las facultades exorbitantes de la Administración han de ser ejercitadas de acuerdo a dichos principios, que aún recogidos en la legislación jurídico privada (artículo 1258 del Código Civil), son perfectamente extrapolables al ámbito público. Así, el Tribunal Supremo en sentencia de 6 de abril de 1987, manifestaba: *“... si bien el artículo 65 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales faculta a éstas para declarar la resolución del contrato cuando el contratista incumple las obligaciones que le incumben, la jurisprudencia ha tenido que armonizar en ocasiones dicha facultad con el principio de buena fe y la equidad, evitando las situaciones de abuso de derecho o privilegio de la Administración, ponderando a efectos de esa facultad resolutoria el grado de infracción de las condiciones estipuladas y la intención del administrado*

*contratista -Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 1983 y 4 de mayo de 1981”.*

Desde esta óptica ha de ser analizada la resolución propuesta, de tal forma que a efectos de fundar una posible resolución, el incumplimiento de obligaciones ha de ser de tal calado que impida la realización del objeto contractual y siempre con estricto cumplimiento de los principios de equidad y buena fe.

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

En los fundamentos jurídicos de la propuesta de resolución se invocan los artículos 212 y 213 del TRLCSP en tanto que la contratista incumplió inicialmente los plazos parciales haciendo presumir razonablemente el incumplimiento del plazo total y finalmente incurrió en demora respecto del cumplimiento del plazo total, siendo imputable a la empresa, optando la Administración por la resolución del contrato.

La causa específica relativa a dichos preceptos, se contiene en el artículo 223 d) del TRLCSP, que establece: *“Son causas de resolución del contrato: d) La demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista...”*.

El expediente de resolución de contrato que se declaró caducado, se inició por incumplimiento de la empresa de los plazos parciales que hacían presumir el incumplimiento del plazo total, mientras que el expediente examinado se inició por haber incurrido en demora respecto del plazo total. Ningún obstáculo es de apreciar, pues en el caso examinado sólo se ha producido una causa, que es la prevista en el artículo 223 d) del TRLCSP, esto es, la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista, siendo indiferente que el

incumplimiento lo sea de los plazos parciales haciendo presumir de forma razonable la imposibilidad de cumplir el plazo total –que es el acontecido-, o del plazo total de ejecución.

La ejecución del contrato se inició el 21 de septiembre de 2016, puesto que el acta de comprobación del replanteo se firmó el día 20 de septiembre, y en su formalización se estableció en la cláusula tercera que el plazo de ejecución de la obra sería de nueve meses desde la firma anteriormente citada, como también se contiene en la cláusula 1.15 de los PCAP. Por tanto, la ejecución de la obra tenía que haber finalizado el 20 de junio de 2017.

Sin embargo, ya el 3 de abril de 2017, cuando habían transcurrido más de seis meses del plazo de ejecución, la dirección facultativa de la obra emitió un informe sobre el estado de ejecución en que se indicaba que se había ejecutado un 12,7% del importe contractual frente a la previsión del 62% que se aprobó en el programa de trabajo; por lo que concluía que al estar pendiente de ejecutar un 87% del presupuesto era previsible que la obra no se finalizara en plazo. Ello condujo al inicio del procedimiento de resolución contractual, luego archivado por caducidad.

Esa previsión de que la obra no iba a ser finalizada en plazo se confirma con la certificación extendida el 17 de mayo de 2017, en la que a falta de un mes y dos días de cumplimiento del plazo total se constata un porcentaje de ejecución de obra de un 22,6%, y se confirma con el acta de comprobación material previa a resolución del contrato extendida en fecha 24 de mayo de 2017, que determina la suspensión de los trabajos según se refleja en el folio 17 del libro oficial de órdenes y asistencias.

Así, la concurrencia de la causa resolutoria del contrato es manifiesta sin que el contratista hubiera solicitado ningún tipo de

ampliación de plazo para su ejecución. Es el 9 de junio de 2017, a falta de 11 días de cumplimiento del plazo total de ejecución y cuando se ha iniciado el procedimiento de resolución cuando solicita ampliación de plazo, esto es, una vez que el incumplimiento de sus obligaciones contractuales se ha materializado.

Frente a esos hechos constatados con la documentación que obra en el expediente, la contratista se ha limitado a realizar diversas manifestaciones que son rebatidas por el informe de 3 de agosto de 2017 de la directora de obra y directora de ejecución de la obra, en que se afirma entre otros extremos que ya el 27 de octubre de 2016 la visita a la obra permitió constatar que no se habían iniciado los trabajos, y que éstos tuvieron lugar en sucesivas semanas de manera lenta con consta en el libro de órdenes. El informe señala que las cuestiones que fueron surgiendo durante la ejecución fueron aclaradas por la dirección facultativa, sin que la contratista tuviera impedimento para continuar ejecutando los trabajos.

Tal informe contempla incluso el incumplimiento por la contratista de órdenes relativas a la ejecución de los trabajos que le daba la dirección facultativa, así como que los excesos de medición, que representaron un 7,05% del precio del contrato, en ningún caso impidieron el avance de la obra por la contratista.

Destaca el informe, que la contratista en ningún caso solicitó ampliación del plazo de ejecución por las lluvias que alega se produjeron en los meses de noviembre y diciembre, ni por ningún otro motivo, por lo que no considera justificada la ejecución de un 22,26% de la obra a falta de un mes para finalizar su plazo.

No hay que obviar que la cláusula 2 del PCAP señala que las partes quedan sometidas expresamente a lo establecido en los pliegos

y que la cláusula 3 del PCAP refleja que el objeto del contrato es la ejecución de las obras según el proyecto aprobado por la Administración.

En este sentido, como ya dijéramos en nuestros dictámenes 516/16, de 17 de noviembre, 162/17, de 20 de abril y 272/17, de 29 de junio, cabe recordar la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 6 de junio de 2016 (recurso 19/2015) que afirma *“el carácter vinculante de los Pliegos que rigen la adjudicación de los contratos y que constituyen la contractus lex”*. La referida sentencia cita la jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otras, la Sentencia de 4 de mayo de 2005 (recurso 1607/2003) y 19 de septiembre de 2000 (recurso 632/1993) donde se sostiene que: *“el Pliego de Condiciones es la Ley del Contrato por lo que ha de estarse siempre a lo que se consigne en él”*. En tal sentido, también puede recordarse la doctrina recogida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 1975, según la cual: *“...al haber sido aceptada, ante la ausencia de impugnación, la regla de que el pliego de condiciones es la ley del contrato con fuerza para ambas partes es irrefragable, e impide a quien ha aceptado el pliego impugnar a posteriori sus consecuencias o determinaciones, ya que quien presenta una solicitud acepta e implícitamente da validez a todo lo actuado, unido a que en aras a la lealtad, buena fe, etc., que ha de presidir las relaciones jurídicas, resulta obligado al respeto a las bases del concurso cuando éstas son firmes y consentidas y como tales transformadas en Ley del contrato”*.

En ámbito normativo el artículo 145 TRLCSP dispone: *“1. Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna”*.

Por lo expuesto, no pueden aceptarse las argumentaciones efectuadas por la contratista para justificar que el incumplimiento del contrato no le es imputable al referir que tiene voluntad de cumplirlo si bien precisa necesariamente una ampliación de plazo de cinco meses.

Tampoco sirve de justificación, su alegación de que la Administración no ha cumplido su compromiso de pago de certificaciones en plazo, puesto que, al margen de no resultar acreditado, como ya dijéramos en el Dictamen 272/17, de 29 de junio, y sostuviera el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid en numerosos dictámenes (657/12, de 12 de diciembre, 86/14, de 26 de febrero, 321/15, de 10 de junio y 545/15, de 16 de diciembre, entre otros), en todo caso, el incumplimiento de la Administración no autoriza al contratista a paralizar unilateralmente la ejecución del contrato, que, en cuanto destinado a satisfacer un interés público, impide la aplicación del artículo 1100 del Código Civil y exige atenerse a lo dispuesto en el TRLCSP.

También señalamos en ese Dictamen, invocando el n.º 332/16, de 21 de julio, que en el ámbito de la contratación administrativa no puede admitirse la *exceptio non adimpleti contractus*, como de forma constante viene señalando la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas, Sentencias de la Sala 3<sup>a</sup>, de 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 [...]”.*

Podemos concluir que el proyecto fue aceptado incondicionadamente por la empresa y que la demora en los plazos ya existía desde el principio de la ejecución. Todo ello, evidencia su voluntad unilateral de incumplir el contrato, o cuanto menos, su necesario conocimiento de que no estaba ejecutando los trabajos en forma y tiempo para cumplir el contrato en el plazo total estipulado.

Por tanto, a la patente demora en el cumplimiento de los plazos parciales del contrato, abunda que faltando un mes del plazo de ejecución sólo se hubiera certificado un 22,26% de la obra, produciéndose por tanto un incumplimiento de los plazos parciales que aboca necesariamente al incumplimiento del plazo total de ejecución de la obra.

Del expediente resulta que es indudable la existencia de demora en la ejecución del contrato, y por tanto, que la Administración tiene derecho –de conformidad con el artículo 212 del TRLCSP- a optar indistintamente entre la resolución del contrato o la imposición de penalidades, como por otra parte señala la cláusula 25 del PCAP, y la Administración ha optado por resolverlo al ser la solución menos gravosa al interés público.

Como señalábamos en nuestros dictámenes 59/17, de 9 de febrero, 272/17, de 29 de junio y 8/18, de 11 de enero, haciéndonos eco del criterio del Consejo Consultivo (dictámenes 532/09, de 9 de

diciembre y 14/13, de 16 de enero), la ejecución de la obra en el plazo convenido es una obligación capital del contrato administrativo debido al interés público que revisten los plazos (Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 1987 (recurso 1334/1985), si bien, para determinar la resolución del contrato debe concurrir la culpa del contratista como se desprende del artículo 212.2 TRLCSP (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2007 (recurso 10262/2004) y afectar a la prestación principal del contrato exteriorizándose a través de una inobservancia total o esencial de dicha prestación (sentencias del Tribunal Supremo de 14 de junio de 2002 (recurso 3898/1997) y 14 de diciembre de 2001 (recurso 8177/1997)).

En este sentido, la cláusula 24 de los PCAP confirma la obligación del contratista de cumplir el contrato dentro del plazo total fijado para su realización y la de los plazos parciales señalados. Resulta acreditado en el procedimiento y así se refleja en el expediente, que la obra fue sufriendo retrasos en el cumplimiento de los plazos parciales sin que razonablemente pudiera ser concluida en plazo y sin que quepa derivar dicha responsabilidad a la Administración.

Con base en todo lo anterior, consideramos procedente la resolución del contrato por haber incurrido la contratista en demora en el cumplimiento de los plazos, que es la causa prevista en el artículo 223 d) del TRLCSP, precepto a que, a mayor abundamiento, se remite la cláusula 43 del PCAP.

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

En tal sentido, el artículo 239.1 del TRLCSP establece lo siguiente: *“La resolución del contrato dará lugar a la comprobación, medición y liquidación de las obras realizadas con arreglo al proyecto, fijando los saldos pertinentes a favor o en contra del contratista. Será necesaria la citación de éste, en el domicilio que figure en el expediente de contratación, para su asistencia al acto de comprobación y medición”*.

Asimismo, el artículo 225.3 del TRLCSP dispone:

*“Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados. La indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada.*

La Cláusula 43 de los PCAP, “resolución del contrato”, señala que *“cuando la resolución del contrato sea por causas imputables al contratista, se procederá, en todo caso, a la incautación de la garantía definitiva, sin perjuicio de los daños y perjuicios que se puedan requerir a la empresa”*.

En el caso examinado, habrá que proceder a la incautación de la garantía por venir establecido en una cláusula convencional expresada en los PCAP.

Por otra parte, la Administración contratante deberá tramitar un procedimiento contradictorio separado con audiencia de los interesados para valorar económicamente los daños y perjuicios irrogados a la Comunidad de Madrid como consecuencia del incumplimiento, en el que se tendrán en cuenta las previsiones contenidas en el PCAP al respecto. En relación con la valoración de

daños y perjuicios, como indicamos en los dictámenes 59/17, de 9 de febrero y 162/17, de 20 de abril: *“el Consejo Consultivo en sus dictámenes 656/12, de 12 de diciembre, 14/13, de 16 de enero y 24/13 de 23 de enero, señaló la posibilidad de existencia de un procedimiento contradictorio para la determinación de los daños y perjuicios existentes en la liquidación del contrato separado del procedimiento de resolución contractual y sobre el cual no era necesario un pronunciamiento del dicho órgano consultivo”*.

Finalmente, el artículo 225.4 del TRLCSP 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”*, por ello procede que se acuerde la resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista con incautación de la garantía definitiva y que se incoe un procedimiento contradictorio para la determinación de los daños y perjuicios.

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

## **CONCLUSIÓN**

Procede la resolución del contrato de las obras de *“Construcción de 9 unidades de infantil más sala de usos múltiples más comedor en el nuevo CEIP de Paracuellos de Jarama (Madrid)”*, con incautación de la garantía definitiva constituida.

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

Madrid, a 18 de enero de 2018

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 17/18

Excmo. Sr. Consejero de Educación e Investigación

C/ Alcalá, 30-32 – 28014 Madrid