

Dictamen nº: **248/19**
Consulta: **Consejero de Educación e Investigación**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **13.06.19**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 13 de junio de 2019, 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 “*Construcción de cuatro módulos de Educación Primaria en el Colegio Garcilaso de la Vega, en Griñón*” adjudicado a la empresa Elecnor, S.A. (en adelante, “*la contratista*”).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 3 de mayo de 2019 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 226/19, 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. Rosario López Ródenas, quien formuló y firmó la propuesta de acuerdo, que fue deliberada y aprobada por el Pleno de la Comisión Jurídica Asesora, en sesión celebrada el día 13 de junio de 2019.

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

Previa tramitación del correspondiente expediente para la contratación del Acuerdo Marco de la Obra Nueva, Reforma, Ampliación y Mejora de Centros Educativos No Universitarios de la Comunidad de Madrid para el año 2016, el 16 de junio de 2016 se adjudica a la contratista el contrato de *“Construcción de Cuatro Módulos de Educación Primaria en el Colegio Garcilaso de la Vega, en Griñón”*.

El contrato se formaliza el 23 de junio de 2016 por un precio total de adjudicación de 259.346,11 euros IVA incluido.

En el contrato se hizo constar que para responder del cumplimiento del Acuerdo Marco, del que deriva el contrato que nos ocupa, la empresa adjudicataria había constituido una garantía definitiva mediante seguro de caución.

En virtud del contrato, la contratista se obliga a su ejecución con estricta sujeción al proyecto aprobado por la Administración y a los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas del Acuerdo Marco del que deriva el contrato, con un plazo de ejecución de tres meses, contados desde el día siguiente al de la fecha del acta de comprobación del replanteo.

El 1 de agosto de 2016 firman el acta de comprobación de replanteo: el arquitecto técnico, el arquitecto director de la obra y la

contratista. Se hace constar, que el proyecto es viable, y se autoriza el inicio de las obras desde el día siguiente.

Respecto a la recepción de la obra de los contratos derivados, la cláusula 49 del pliego de cláusulas administrativas particulares expresa:

“Cada contrato de obra basado en el acuerdo marco, se entenderá cumplido por el contratista cuando éste haya realizado, de acuerdo con los términos del mismo, y a satisfacción de la Administración, la totalidad de su objeto.

Dentro del mes siguiente a la finalización de cada obra, se procederá mediante acto formal a la recepción de la misma.

Dicho acto será comunicado, cuando resulte preceptivo, a la Intervención General, a efectos de su asistencia potestativa al mismo.

Si las obras se encuentran en buen estado y con arreglo a las prescripciones previstas, el funcionario técnico designado por la Administración contratante, o en el caso de que se hubiese nombrado, el responsable del contrato, las dará por recibidas, levantándose la correspondiente acta por cuadruplicado, que deberá ser firmada por los concurrentes a la recepción, entregándose un ejemplar al funcionario técnico que represente a la Administración, otro al director de obra, el tercero al representante de la Intervención General, y el cuarto al contratista comenzando entonces el plazo de garantía. En el Acta de recepción el director de la obra fijará la fecha para el inicio de la medición general, quedando notificado el contratista para dicho acto.

El contratista tiene obligación de asistir a la recepción de la obra. Si por causas que le sean imputables no cumple esta obligación, el

representante de la Administración le remitirá un ejemplar del acta para que, en el plazo de diez días, formule las alegaciones que considere oportunas, sobre las que resolverá el órgano de contratación.

Cuando las obras no se hallen en estado de ser recibidas, se hará constar en el Acta y el Director de las mismas señalará los defectos observados y detallará las instrucciones precisas fijando un plazo para remediar aquellos. Si transcurrido dicho plazo el contratista no lo hubiera efectuado, podrá concedérsele otro plazo improrrogable o declarar resuelto el contrato derivado, por causas imputables al contratista”.

El 30 de mayo de 2017 se firma el acta de recepción del contrato con la asistencia del representante de la Comunidad de Madrid, la dirección técnica, la contratista y la Intervención. En ella se pone de manifiesto la existencia de defectos en la ejecución del contrato que se describen en el anexo, fijándose un plazo de 28 días para la subsanación de las deficiencias por parte del contratista. Consta también en el acta el emplazamiento de las partes firmantes para el día 28 de junio de 2017, a los efectos de realizar un nuevo acto de comprobación.

El 28 de junio de 2017, sin la asistencia de la contratista, se firma el acta de recepción del contrato de obras por el representante de la Comunidad de Madrid, la dirección técnica y el interventor. Las obras no se reciben y “se deja el plazo abierto hasta nueva convocatoria para que realicen los trabajos pendientes recogidos en el Acta 1ª plazo”.

El 7 de septiembre de 2017 se reúnen para la comprobación material de las obras para su ocupación; el representante de la Comunidad de Madrid, la dirección técnica y la contratista, sin la asistencia de la Intervención General que no ha designado

representante. Los asistentes firman el acta de comprobación material para su ocupación efectiva, y *“no se observan vicios o defectos que pudieran impedir su ocupación (...) entregándose al uso o servicio previsto, por razones de interés público educativo consistentes en la necesidad de dar comienzo el curso escolar”*.

El 13 de noviembre de 2017 con la asistencia del representante de la Comunidad de Madrid, de la Dirección técnica, de la contratista y de la Intervención se firma el acta de recepción del contrato. Las obras se tienen por no recibidas por los motivos que se expresan en el anexo al acta.

Así, en el citado anexo figura:

“CAUSAS DE NO RECEPCIÓN DE LA REPRESENTANTE DE LA ADMINISTRACIÓN:

-Se manifiesta disconformidad a la recepción al persistir múltiples puntos del acta suscrita el pasado 30 de Mayo de 2017. Se han superado los plazos de subsanación defectos y se constata que siguen sin resolverse los puntos principales:

Incidencias pendientes recogidas por la Asistencia técnica, no ejecución de circuito de calefacción de los SIAV, no correcta terminación de la instalación de calefacción, el ascensor no está en condiciones de uso, no se ha rectificado los techos, no se han terminado pruebas finales y está pendiente parte de la documentación final.

Estos puntos pendientes coinciden con el punto n° 8 del Anexo de observaciones aportado por la representante de la Intervención.

Señalar que la ocupación efectiva de las obras se realizó el pasado 7 de Septiembre de 2017.

OBSERVACIONES EMPRESA CONSTRUCTORA:

-ELEC NOR tiene pendiente de hacer puesta en marcha de calderas. Se realizará 14 de Noviembre de 2017.

-ELEC NOR considera que no es necesario el circuito de SIAV.

-El ascensor está pendiente de la documentación aportada por la propiedad para su legalización.

-Los techos se han ejecutado de acuerdo a las indicaciones de la Dirección Facultativa.

-Estamos a la espera de la liquidación económica, hasta se realice el proyecto final.

OBSERVACIONES DE LA REPRESENTANTE DE LA INTERVENCIÓN:

-Se aporta anexo que consta de 6 hojas.

OBSERVACIONES DE LA DIRECCIÓN FACULTATIVA:

-La Dirección Facultativa discrepa de las observaciones de la empresa constructora”.

Figura en el expediente el escrito de observaciones al acta de comprobación material suscrito el 13 de noviembre de 2017 por la interventora adjunta con las siguientes conclusiones:

“De la documentación aportada se desprende que partimos de un Proyecto con indefiniciones, incumplimientos de normativa y de la

Guía. Además durante la ejecución se han modificado el apoyo del forjado sanitario y la distribución de entrada al no estar definida en cimentación. Por otro lado no se han rectificado o realizado partidas pendientes y anotadas en el primer Acta.

Por todo lo anteriormente expuesto SE MANIFIESTA LA DISCONFORMIDAD A LA FISCALIZACIÓN DEL EXPEDIENTE.

El ascensor no se puede poner en uso, hasta que el Ayuntamiento realice el contrato de mantenimiento y de la línea telefónica”.

El 21 de noviembre de 2017 el consejero de Educación e Investigación acordó el inicio de un expediente de resolución del contrato por causa de la no recepción imputable al contratista al persistir las deficiencias recogidas en el acta suscrita el 30 de mayo de 2017. En la misma orden, se acuerda iniciar expediente de indemnización de daños y perjuicios. Se confirió trámite de audiencia a la contratista que formuló alegaciones.

El 26 de febrero de 2018 el consejero de Educación e Investigación declara caducado el expediente de resolución iniciado y ordena el archivo de las actuaciones.

El 27 de febrero de 2018 el consejero de Educación e Investigación autoriza el inicio de un nuevo expediente de resolución del contrato por causa de la no recepción del mismo, así como el inicio del expediente de indemnización de daños y perjuicios, lo que se comunica a la empresa contratista y a la compañía de seguros.

Con idéntica fecha se dicta orden del consejero de Educación e Investigación por la que se acuerda conservar para el nuevo expediente de resolución de contrato *“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 21 de noviembre de 2017”.

El 18 de marzo de 2018 la empresa contratista presentó alegaciones oponiéndose al inicio del expediente de resolución del contrato y del expediente de indemnización de daños, alegaciones que fueron informadas el 17 de abril de 2018 por los técnicos de la División de Proyectos, Construcciones y Supervisión haciendo constar que a la fecha de emisión del informe *“no se ha resuelto la totalidad de los defectos descritos en el acta de recepción. El ascensor no está aún operativo y no se ha hecho la prueba de funcionamiento (ver anexo 1). Los techos no se corresponden con lo definido en proyecto, ni en alturas ni en materiales”.*

El 7 de mayo de 2018 se emplazó al representante de la contratista para la firma de la certificación previa a la resolución del contrato. Consta que la contratista el 9 de mayo de 2018 presentó un escrito manifestando que no asistiría a dicho emplazamiento por entender que las certificaciones de obra son documentos que deben ser expedidos y aprobados por la Administración y que no exigen la firma de la empresa contratista. También manifestaba, que la certificación previa había sido emitida sin su emplazamiento y por último insistía que desde que se produjo la recepción tacita de la obra con ocupación sin reparos el 7 de septiembre de 2017, la Administración contaba con tres meses para aprobar la certificación final, y solicitaba la comprobación y medición conjunta de la totalidad de la obra realmente ejecutada.

El 29 de mayo de 2018, sin designación de representante por parte de la Intervención y con la asistencia del representante de la Comunidad de Madrid, de la dirección técnica y de la contratista se firma el acta de comprobación material previa a la resolución del contrato. En ella

constan las observaciones, deficiencias y defectos de las obras realizadas para la no recepción de las obras.

El 23 de julio de 2018 se solicitó el dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora que en su Dictamen 367/18, de 2 de agosto concluyó que el procedimiento había caducado.

El 17 de septiembre de 2018, a la vista del citado Dictamen, se declaró la caducidad del expediente y se ordenó el archivo de las actuaciones, lo que se comunicó a la contratista y a la aseguradora.

Con idéntica fecha, 17 de septiembre de 2018, el consejero de Educación e Investigación inicia un nuevo expediente de resolución del contrato, por causa de la no recepción y un nuevo expediente de indemnización de daños y perjuicios ocasionados por la resolución del contrato. La Orden se comunica a la contratista y a la aseguradora.

Con la misma fecha, el consejero de Educación e investigación acuerda *“conservar para el nuevo expediente iniciado de resolución de contrato de la obra el día 17 de septiembre de 2018, 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 21 de noviembre de 2017, por causa de la no recepción, siendo imputable a la empresa, de la obra “CONSTRUCCION DE 4 MODULOS DE EDUCACION PRIMARIA EN EL COLEGIO GARCILASO DE LA VEGA EN GRIÑON”, adjudicado a la empresa ELECNOR, S.A. por importe de 259.346,11 euros y plazo de tres meses”*.

El 4 de octubre de 2018 la contratista presenta un escrito de alegaciones oponiéndose a la resolución del contrato y al inicio del expediente de indemnización de daños y perjuicios.

Se recabó el dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora que aprobó el Dictamen 528/18, de 4 de diciembre, en el que se concluía retrotraer el procedimiento con objeto de recabar los informes del Servicio Jurídico y de la Intervención y una vez materializado dicho trámite se otorgase audiencia a los interesados.

El 16 de enero de 2019 emitió informe favorable a la resolución del contrato, por incumplimiento de la contratista, la letrada jefe del Servicio Jurídico en la Consejería de Educación e Investigación.

El 18 de febrero de 2019 la interventora general fiscaliza favorablemente la propuesta de resolución del contrato por concurrir la causa de resolución establecida en la cláusula 49 del pliego regulador del Acuerdo Marco, por causa imputable al contratista, al no haber subsanado los defectos observados en el acta de recepción de la obra una vez transcurridos los plazos que le fueron otorgados.

Consta en el procedimiento, que se otorgó trámite de audiencia a la contratista y a la aseguradora, así como, las alegaciones presentadas por la contratista el 4 de febrero de 2019 para alegar la caducidad del procedimiento y las presentadas el 6 de marzo de 2019 en las que además de reiterar la caducidad del procedimiento alega la inexistencia de defectos en la obra realizada.

El 5 de abril de 2019 el jefe de División de Proyectos, Construcción y Supervisión de la Consejería de Educación e Investigación informa que a dicha fecha *“la empresa Elecnor no ha cumplido con el contrato en su totalidad, no habiendo subsanado la deficiencia descrita en el Acta de Recepción referente a los techos: los techos no se corresponden con lo definido en proyecto, ni en alturas ni en materiales”*.

Se formuló una propuesta de resolución del contrato por causa de la no recepción, sin incautación automática de la garantía y con

retención de la misma hasta la resolución del procedimiento para la determinación de los daños y perjuicios.

El 25 de abril de 2019 se acuerda la suspensión del procedimiento por el tiempo que medie entre la solicitud del dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora y la recepción del mismo. La suspensión fue comunicada a los interesados.

El 3 de mayo de 2019 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, la petición de dictamen.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La petición de dictamen a esta Comisión Jurídica Asesora, se ha de entender realizada, 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”*.

La solicitud de dictamen ha sido formulada por el consejero de Educación e Investigación, órgano legitimado para ello, según el artículo 18.3.c) del ROFCJA.

El dictamen ha sido evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 23.1 de dicho reglamento.

SEGUNDA.- En cuanto al fondo del asunto, como ya dijimos en los Dictámenes 367/2018, de 2 de agosto y 528/18, de 4 de diciembre, teniendo en cuenta que el contrato fue adjudicado el 16 de junio de 2016, en cuanto a las cuestiones materiales, resulta de aplicación el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP), en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria primera, apartado 2 de la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP/17): *“Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su modificación, duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”*.

Por lo que se refiere a la normativa aplicable al procedimiento de resolución de contratos, esta Comisión Jurídica Asesora ha señalado en numerosos dictámenes, que viene dada por la vigente en el momento de su inicio, en este caso el 17 de septiembre de 2018, lo que supone la aplicación de la ya citada LCSP/17, en particular de su artículo 191. 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 del 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), referido específicamente al *“procedimiento para la resolución de los contratos”*.

En cuanto a la competencia para acordar la resolución de los contratos administrativos, el artículo 212.1 de la LCSP/17 establece que *“1. La resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, en su caso, siguiendo el procedimiento que en las normas de desarrollo de esta Ley se establezca”*.

Por tanto, la competencia para resolver el contrato corresponde al órgano de contratación. En este 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 2 del 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.

Por su parte, el artículo 191.1 de la LCSP/17 requiere que en el correspondiente expediente se dé audiencia al contratista, lo que se ha cumplimentado en el procedimiento que nos ocupa, habiendo presentado aquel el escrito de alegaciones que ha tenido por conveniente, y según su apartado 3 será preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma cuando, se formule oposición por parte del contratista, como es el caso, en el que consta que el contratista se ha opuesto a la resolución del contrato, lo que hace necesario el dictamen de este órgano consultivo.

Tras el Dictamen 528/18, se ha incorporado al expediente administrativo el informe del Servicio Jurídico en la Consejería de Educación e Investigación que exige el artículo 191.2 de la LCSP/17, favorable a la resolución, y el de la Intervención General de la Comunidad de Madrid.

Con posterioridad, se ha otorgado nuevamente trámite de audiencia a los interesados y ha presentado alegaciones la empresa contratista.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que, en lo relativo al plazo para resolver, en los procedimientos de resolución de contratos iniciados de oficio, el incumplimiento del plazo previsto para resolver el procedimiento determina la caducidad del procedimiento (artículo 25.1.b de la LPAC).

En el caso sujeto a dictamen, al regirse la regulación del procedimiento para resolver el contrato por la LCSP/17, le será de aplicación el plazo de ocho meses previsto en dicho texto legal. Por ello, a la fecha de emisión del presente dictamen no puede tenerse por caducado el procedimiento, dado que su inicio se produjo el 17 de septiembre de 2018, y además, ha sido objeto de suspensión, conforme a lo previsto en el artículo 22.1.d) de la LPAC, al solicitar el dictamen de este órgano consultivo, que como ya hemos señalado se produjo el 3 de mayo de 2019, y la suspensión se ha comunicado a los interesados.

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

La propuesta de resolución, sin fundamentación jurídica, se limita a relacionar hechos y a disponer la resolución del contrato *“por causa de la no recepción siendo imputable a la empresa”*.

Respecto a la invocada causa de resolución, hay que tener en cuenta que el contrato de obras tenía un plazo de ejecución de tres meses contado a partir de la fecha del acta de comprobación del replanteo, que tal y como consta en antecedentes se firmó el 1 de agosto de 2016, con la conformidad de la empresa contratista, lo que a tenor de lo establecido en el artículo 139 del RGLCAP así como del artículo

140 del mismo reglamento, implica reconocer *“la viabilidad del proyecto”* así como también, *“de los documentos contractuales del proyecto, con especial y expresa referencia a las características geométricas de la obra, a la autorización para la ocupación de los terrenos necesarios y a cualquier punto que pueda afectar al cumplimiento del contrato”*.

Respecto a la recepción de las obras, resulta del expediente que, el 30 de mayo de 2017 se firma un acta de recepción en la que las partes firmantes ponen de manifiesto la existencia de defectos en la ejecución de las obras y se concede al contratista un plazo de 28 días para la subsanación de los defectos observados, en el acta de recepción de las obras suscrita el 28 de junio de 2017 a la que no asiste la empresa contratista, las obras no se reciben porque no se han realizado los trabajos recogidos en el anterior acta, como tampoco se reciben las obras en las actas de recepción firmadas por todos los asistentes, incluido la empresa contratista el 13 de noviembre de 2017 y el 29 de mayo de 2018.

En esta última se hacen constar entre otras las siguientes observaciones *“Desde el acta de recepción de 13 de noviembre de 2017 se observan que las partidas de techos no se han ejecutado según proyecto, y según indicaciones de la Dirección Facultativa (ilegible) los techos no se han ejecutado a la altura determinada en proyecto, ni se han realizado los cajeados existentes en estos con indicaciones de la dirección facultativa”*.

Respecto a la recepción de las obras de los contratos derivados, el PCAP en la cláusula 49 expresa que *“cuando las obras no se hallen en estado de ser recibidas, se hará contar así en el acta, y el Director de las mismas señalará los defectos observados y detallará las instrucciones precisas fijando un plazo para remediar aquellos. Si transcurrido dicho plazo el contratista no lo hubiese efectuado, podrá concedérsele otro*

plazo improrrogable o declarar resuelto el contrato derivado, por causas imputables al contratista”.

Si bien, en el caso que nos ocupa, tras el plazo de subsanación de las deficiencias observadas y recogidas en el anexo del acta del día 30 de mayo de 2017, no se ha concedido otro plazo improrrogable para la subsanación de los defectos observados, no es menos cierto, que tal como se recoge en los antecedentes del presente Dictamen, y en concreto en el informe del jefe de apoyo de la Consejería de Educación e Investigación de 5 de abril de 2019 *“a la fecha del presente escrito la empresa Elecnor no ha cumplido con el contrato en su totalidad, no habiendo subsanado la deficiencia descrita en el Acta de Recepción referente a los techos: los techos no se corresponden con lo definido en proyecto, ni en alturas ni en materiales”*, así pues, se cumple la causa de resolución prevista en el artículo 223.h), al encontrarnos con una causa de resolución expresamente prevista en el contrato.

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, y 191/18, de 26 de abril entre otros, 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”*.

A continuación, resulta preciso analizar el acta de comprobación material de las obras para su ocupación efectiva, firmada el 7 de septiembre de 2017 por la dirección técnica, la Comunidad de Madrid y la empresa contratista al objeto de llevar a cabo la comprobación material de las obras para su ocupación, y si tras su firma se pueden entender tácitamente recepcionadas tal y como sostiene en sus alegaciones la empresa contratista.

Al respecto, el artículo 235.6 del TRLCSP establece “6. *Siempre que por razones excepcionales de interés público debidamente motivadas en el expediente el órgano de contratación acuerde la ocupación efectiva de las obras o su puesta en servicio para el uso público, aun sin el cumplimiento del acto formal de recepción, desde que concurren dichas circunstancias se producirán los efectos y consecuencias propios del acto de recepción de las obras y en los términos en que reglamentariamente se establezcan*”.

En el presente caso, fue en la propia acta de comprobación material de las obras para su ocupación efectiva donde se hace constar expresamente que, la efectiva ocupación se realizaba por razones de interés público educativo consistentes en la necesidad de iniciar el curso escolar, pues de lo contrario el colegio no hubiera podido utilizarse mientras se discutía sobre la correcta ejecución de las obras contratadas con un plazo de ejecución de tres meses, además para que pudiera entenderse que ha existido una recepción tácita, resulta requisito fundamental que la obra no sea defectuosa y en el caso que nos ocupa, consta en actas de recepción anteriores y posteriores a la que nos ocupa, la existencia de diversas deficiencias en la ejecución del contrato.

Tal y como recoge la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 16 de enero de 2012 (recurso 865/2009)

“Hemos de partir de la base de que, tanto la recepción tácita como la expresa, exigen, como ya hemos expuesto, que las obras se encuentren en perfecto estado y que la no formalización del acta no sea imputable al propio contratista: Ninguna de dichas circunstancias concurren en el supuesto enjuiciado, ya que cuando se procedió a la recepción de las obras el 16 de Abril del 2008, el Director facultativo de las mismas apreció que no se podían recibir al

no encontrarse en perfecto estado, por lo que se levantó acta de recepción negativa y se procedió a dar al contratista la correspondiente orden de reparación. Por tanto, la no formalización del acta de recepción en dicho momento fue imputable, única y exclusivamente, al propio contratista, sin que el hecho de que la obra fuera puesta en servicio para el uso público implique la recepción tácita de la misma”.

En definitiva, por todo lo expuesto, entendemos, que la firma del acta de 7 de septiembre de 2017 no puede considerarse una recepción tácita de las obras y procede la resolución contractual por la no recepción de las obras, por aplicación de lo previsto en la cláusula 49 del PCAP en relación con el artículo 223.h) del TRLCSP.

CUARTA.- 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 53 de los PCAP indica en su segundo párrafo 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.

En relación con la valoración de daños y perjuicios, no es necesario un pronunciamiento de esta Comisión Jurídica Asesora como hemos indicado, entre otros, en los dictámenes 59/17, de 9 de febrero y 162/17.

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.

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

CONCLUSIÓN

Procede la resolución del contrato administrativo de obras de Construcción de 4 módulos de Educación Primaria en el Colegio

Garcilaso de la Vega, de Griñón, 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 13 de junio de 2019

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 248/19

Excmo. Sr. Consejero de Educación e Investigación

C/ Alcalá, 30-32 – 28014 Madrid