

Dictamen nº: **258/19**  
Consulta: **Consejero de Educación e Investigación**  
Asunto: **Contratación Administrativa**  
Aprobación: **20.06.19**

**DICTAMEN** del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad , en su sesión de 20 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 denominado “*construcción de IES de 9 aulas de bachillerato, 6 aulas específicas, dependencias anexas y pista deportiva en Paracuellos de Jarama (Madrid)*” suscrito con la empresa UNIKA PROYECTOS Y OBRAS SAU.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El día 9 de mayo de 2019 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen preceptivo procedente de la Consejería de Educación e Investigación.

A dicho expediente se le asignó el número 234/19, 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,

aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero, del Consejo de Gobierno( en adelante, ROFCJA).

La ponencia ha correspondido, por reparto de asuntos, a la letrada vocal Dña. Ana Sofía Sánchez San Millán, 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 20 de junio de 2019.

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

1.- Mediante Orden de 5 de octubre de 2016 del entonces consejero de Educación, Juventud y Deporte se aprobó el proyecto de obras de construcción de un instituto de Educación Secundaria de 9 aulas de bachillerato, 6 aulas específicas, dependencias anexas y pista polideportiva en Paracuellos de Jarama.

El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) se aprobó por Orden de 11 de octubre de 2016.

El 20 de diciembre de 2016 el Consejo de Gobierno autorizó la contratación por procedimiento abierto mediante criterio precio y un gasto plurianual de 3.235.921,68 euros.

Tras la oportuna licitación, mediante Orden del consejero de Educación, Juventud y Deporte de 22 de febrero de 2017 se adjudicó el contrato a la empresa UNIKA PROYECTOS Y OBRAS SAU.

2.- El contrato fue formalizado el día 1 de marzo de 2017, con un plazo de ejecución de ocho meses contados desde el día siguiente al de la fecha del acta de comprobación del replanteo y un precio de 2.100.113,51 euros IVA incluido.

En el contrato se hizo constar que para responder de la ejecución la empresa adjudicataria había constituido una garantía definitiva, mediante aval bancario, por un importe de 86.781,55 euros.

3.- El 8 de marzo de 2017 se firmó el acta de comprobación del replanteo haciendo constar que el proyecto era viable, por lo que el director de las obras autorizaba el inicio de las obras, comenzando a contar el plazo de ejecución desde el día siguiente al de la firma.

4.- Mediante Orden de 7 de noviembre de 2017 del consejero de Educación e Investigación se aprobó, a propuesta de la dirección facultativa, prorrogar el plazo de ejecución en cincuenta días, hasta el 28 de diciembre de 2017, *“teniendo en cuenta las inclemencias del tiempo, el movimiento de tierras, el refuerzo de estructura en determinadas puntos por un problema de flecha así como el rendimiento en la ejecución de la fábrica de ladrillo”*.

5.- El día 14 de agosto de 2018 la contratista, en ese momento denominada UNCISA CONSTRUCCIONES Y OBRAS SAU, presentó un escrito en el que alegaba que había puesto sus mejores esfuerzos para completar las obras objeto del contrato *“a pesar de que este ha venido desarrollándose en un contexto de retrasos por causas ajenas a mi representada, revisiones y adaptaciones del proyecto por los muchos errores en el mismo apreciable, continuas modificaciones introducidas por esa Administración y encargos de nuevas unidades de obra”*. Adjuntaba un escrito con el que pretendía justificar los daños y perjuicios que se le habían ocasionado en la ejecución de contrato que cifraba en 358.797,08 euros y solicitaba le fuera reconocido el derecho a su percepción así como que se archivaran las actuaciones incoadas para la imposición de penalidades por un supuesto incumplimiento contractual.

6.- El día 3 de septiembre de 2018 se extendió el acta de comprobación material de las obras previa a la ocupación, con la

conformidad de la empresa contratista. En dicho acta se hizo constar que no se observaban vicios o defectos que pudieran impedir la ocupación de la zona de profesores, dirección, secretaria y administración, y que con respecto al resto del edificio, se condicionaba la ocupación a la verificación del estado de las obras el día 7 de septiembre de 2018. También se indicaba que los trabajos de terminación del solado del aseo de profesores, escalera y acceso debían acabarse ese día; que el vallado delimitando la zona indicada debía permanecer hasta nueva comprobación del resto del edificio y que las tareas de remates se deberían ejecutar en condiciones de seguridad y salud.

7.- Por Orden de 7 de septiembre de 2018 del consejero de Educación e Investigación se acordó la ocupación efectiva de las obras, por motivos de interés público, ante *“la imperiosa urgencia y necesidad de que la Administración contratante tome posesión de la forma más inmediata posible de las obras ejecutadas, para poner las mismas en funcionamiento y para prestar el servicio público docente para el que han sido llevadas a cabo, y que dicho funcionamiento pueda realizarse para el comienzo del curso escolar 2018/2019”*.

8.- Con fecha 10 de septiembre de 2018 se extendió un anexo al acta de comprobación material de las obras previa a la ocupación de 3 de septiembre de 2018, con la conformidad del contratista, en la que se hizo constar que se había comprobado que habían ejecutado los trabajos de terminación del solado de aseos de profesores y acceso y que seguían sin sustituirse los peldaños defectuosos de escalera que debe realizarse a la mayor brevedad. Respecto al resto del edificio no se observaban vicios o defectos que impidieran la ejecución si bien se efectuaban una serie de observaciones en cuanto al vallado, los trabajos de remate y el cumplimiento de las órdenes del coordinador de Seguridad y Salud.

9.- El 18 de septiembre de 2018 la jefa de la División de Proyectos, Construcciones y Supervisión de la Dirección General de

Infraestructuras y Servicios, comunica al subdirector general de Infraestructuras y Servicios que los trabajos que debían realizarse de forma inmediata no se habían realizado, y debido al riesgo que ello comportaba, debía requerirse a la empresa para que, en el plazo de tres días, realizase el vallado definitivo y adoptara todas las medidas de seguridad y salud dadas por el coordinador.

10.- Mediante documento -sin fecha- suscrito por la dirección facultativa se indica que: "*desde el 10 de septiembre la obra se encuentra parada. En las visitas realizadas desde entonces, la última el día 20, se constata que el único personal en obra son la jefa de obra y el encargado que están realizando pequeños remates. La empresa informa de su situación de pre-concurso de acreedores. Los trabajos pendientes para la terminación de la obra, en resumen, consisten en: -Completar la urbanización vallados, puertas de acceso, pavimentación, etc. - Terminación de los parasoles de fachada y falsos techos en accesos y terminación/legalización de instalaciones*".

**TERCERA.-** 1.- Por Orden del consejero de Educación e Investigación de 27 de septiembre de 2018, se autoriza el inicio del expediente de resolución del contrato por demora respecto al cumplimiento del plazo total, siendo imputable a la empresa contratista. Asimismo, se autoriza el inicio del expediente de indemnización de daños y perjuicios ocasionados por la resolución del contrato.

2.- El 10 de octubre de 2018 se notificó el inicio del procedimiento de resolución a la empresa contratista y al avalista, confiriéndoles un plazo de diez días naturales para la formulación de alegaciones. No consta en el expediente remitido la formulación de alegaciones dentro del trámite conferido al efecto.

3.- El 17 de enero de 2019 se extiende la certificación previa a la resolución del contrato, que refleja que se han ejecutado obras por

importe total de 2.149.633,70 euros, resultando un saldo a favor de la empresa contratista de 148.196,38 euros. En la misma fecha se firma acta de comprobación material previa a la resolución de contratos en la que el representante de la Comunidad de Madrid y la dirección técnica exponen que:

*"las obras que quedan por ejecutar consisten principalmente en:*

- Terminación de urbanización (conexión acometida pluviales, vallado, pavimentos y jardinería)*
- Terminación de fachada, (recubrimiento acero, corten de parasoles y exterior biblioteca) y falsos techo. Accesos.*
- Ejecución de remates varios: vinilos, falso techo, sellado arquetas, limpieza fachada ladrillos, apoyo, pasarela...*
- Documentación relativa a la instalación de voz y datos, saneamiento, instalación de electricidad exterior, ignifugado de estructura".*

La empresa hizo constar su no conformidad al acta de comprobación material añadiendo que *"a la mayor brevedad se presentará escrito de alegaciones manifestando los motivos de disconformidad"*.

4.- El 18 de enero de 2019 la empresa contratista presentó un escrito de alegaciones en el que manifestó que la certificación previa a la resolución no recogía la totalidad de las obras ejecutadas de manera que el importe a abonar era inferior al cálculo y propuesta económica efectuada en su día por la contratista. Asimismo reclamaba el abono inmediato del importe reflejado en la certificación previa a la resolución del contrato (148.196,38 euros).

5.- El 30 de enero de 2019, la empresa contratista volvió a realizar alegaciones en las que, en síntesis, indicó que daba por reproducidas las alegaciones formuladas en su día oponiéndose a la resolución del contrato. Manifestó su disconformidad con el importe de la liquidación previa (148.196,38 €) por no reflejar la totalidad de las obras que habían sido efectivamente ejecutadas por la empresa contratista. Destacó la indefinición del acta de 17 de enero de 2019 en cuanto a los trabajos a ejecutar, así como el proyecto de obras, lo que sostiene ya denunció en su escrito de 14 de agosto de 2018, desestimado por silencio administrativo negativo y que dio lugar a la formulación del correspondiente recurso de reposición, tampoco resuelto. Añadió que exigir a la empresa la ejecución de más obras supera el porcentaje máximo legal del 10%. Adjuntaba parte de la documentación requerida en el acta de 17 de enero de 2019, haciendo constar que la relativa al ignifugado de la estructura se había solicitado a la empresa responsable. Acababa solicitando los planos sobre los que existía disconformidad por parte de la dirección facultativa de las obras y recordaba la falta de resolución del recurso de reposición presentado el 10 de diciembre de 2018.

6.- El 14 de febrero de 2019 la directora de obra y el director de ejecución de la obra emitieron un informe sobre las alegaciones formuladas por la empresa contratista en el que, en síntesis, se recoge que la certificación definitiva objeto del acta de comprobación material previa a la resolución del contrato fue el resultado de las comprobaciones de medición oportunas y que la empresa no justifica ni motiva su discrepancia con el importe.

7.- El 25 de febrero de 2019 la directora general de Infraestructuras y Servicios firma una memoria explicativa de la resolución del contrato en la que tras exponer las vicisitudes en la ejecución del contrato y en el procedimiento tramitado para su

resolución, concluye que de acuerdo con los artículos 212 y 225 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, procedía la resolución del contrato por demora respecto al cumplimiento del plazo total imputable a la empresa contratista.

8.- El día 8 de abril de 2019 emitió informe la interventora general de la Comunidad de Madrid en el que tras analizar los antecedentes de hecho y los trámites procedimentales, consideró que expirado el plazo de 8 meses para la ejecución del contrato este no se había extinguido porque la obra no se había terminado a pesar de los requerimientos de la Administración; que procedía la incautación de la garantía al establecerlo así el PCAP; que debía solicitarse el dictamen de la Comisión Jurídica Asesora , debiendo incorporarse con carácter previo el escrito de 14 agosto de 2018 de la empresa contratista y redactarse una propuesta de resolución con clara separación de antecedentes, fundamentos jurídicos y parte dispositiva recogiendo motivadamente la posición de la Administración.

9.- Finalmente se formula propuesta de resolución del contrato por la causa prevista en el artículo 223 d) del TRLCSP, con incautación de la garantía constituida, sin perjuicio de la responsabilidad subsistente del contratista en lo que exceda del importe de dicha garantía.

10.- Por Orden del consejero de Educación e Investigación de 25 de abril de 2019 se acordó suspender el procedimiento por el tiempo que mediare entre la petición de dictamen a la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid y la recepción. Consta en la documentación remitida a este órgano consultivo la notificación de la suspensión del procedimiento a la empresa contratista y a la entidad avalista.

11.- El 9 de mayo de 2019 tuvo entrada en la Comisión Jurídica Asesora la solicitud de dictamen formulada por el consejero de Educación e Investigación el día 7 de mayo anterior.

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 Educación e Investigación, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 18.3 a) del ROFCJA (*“3. Cuando por Ley resulte preceptiva la emisión de dictamen de la Comisión Jurídica Asesora, este será recabado: a) Las solicitudes de la Administración de la Comunidad de Madrid, por el Presidente de la Comunidad de Madrid, el Consejo de Gobierno o cualquiera de sus miembros”*).

**SEGUNDA.-** El contrato cuya resolución se pretende se adjudicó el 22 de febrero de 2017 por lo que, en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria primera. 2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en

adelante, LCSP/17): *“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”*, resulta de aplicación el TRLCSP por ser la normativa vigente en dicho momento.

Por lo que se refiere al procedimiento de resolución contractual, habrá que estar a lo dispuesto en la normativa vigente en el momento de su inicio, que como hemos expuesto fue por Orden del consejero de Educación e Investigación de 27 de septiembre de 2018, lo que supone la aplicación, en el caso analizado de la LCSP/17 pues entró en vigor el 9 de marzo de 2018 conforme a su disposición final decimosexta. 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 (RGLCAP), referido específicamente al *“procedimiento para la resolución de los contratos”*.

En materia de procedimiento, la resolución de contratos administrativos exige atenerse a lo previsto en el artículo 190 LCSP/17, a cuyo tenor *“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”*.

El artículo 191.1 LCSP/17 requiere que en el correspondiente expediente se dé audiencia al contratista. Además debe tenerse en cuenta el artículo 109 del RGLCAP, que exige la audiencia al avalista o asegurador *“si se propone la incautación de la garantía”*. 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.

De acuerdo con la normativa expuesta resulta que la competencia para resolver los contratos 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 adelante, Ley 1/1983), 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. Debe tenerse en cuenta, por otro lado, que el Consejo de Gobierno autorizó la celebración del contrato y el gasto correspondiente, por lo que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 64.2 de la Ley 1/1983, el Consejo de Gobierno *“deberá autorizar igualmente su modificación cuando sea causa de resolución y la resolución misma en su caso”*.

En materia de procedimiento en nuestro caso, se ha dado audiencia al contratista el cual, si bien no formuló alegaciones dentro del plazo conferido en el trámite de audiencia sí lo hizo en un momento posterior, concretamente los días 18 y 30 de enero de 2019. En este último escrito manifestó su oposición a la resolución contractual planteada por la Administración, aunque se remitió para su fundamentación a unas alegaciones que dijo ya formuladas pero de las que no hay constancia en el expediente remitido. No obstante y en la medida que la empresa contratista ha manifestado expresamente su oposición a la resolución contractual planteada resulta preceptivo el dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora. Del expediente examinado también resulta que se ha dado audiencia al avalista si bien no consta que haya formulado alegaciones.

En este caso al tratarse de una resolución contractual por demora en el plazo de ejecución no es preceptivo el informe de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid conforme el artículo 109 del RGLCAP en relación con el 195 de la LCSP/17. Sí ha emitido informe de fiscalización la Intervención General de la Comunidad de Madrid, que ha sido formulado con posterioridad al trámite de audiencia a la empresa contratista.

En relación con la incorporación de informes después del trámite de audiencia, es doctrina reiterada de esta Comisión Jurídica Asesora (así el Dictamen 61/16, de 5 de mayo, el Dictamen 397/16, de 8 de septiembre y el Dictamen 516/16, de 17 de noviembre, entre otros) que la audiencia a los interesados debe practicarse inmediatamente antes de dictar la propuesta de resolución sin que puedan incorporarse con posterioridad informes que introduzcan hechos nuevos, de manera que si los informes citados añaden hechos nuevos o argumentan cuestiones nuevas para la resolución, generan indefensión al contratista y lo procedente es la retroacción del procedimiento. Sin embargo, cuando los informes no introducen cuestiones o hechos nuevos, aunque se hayan emitido con posterioridad al trámite de audiencia, no generan indefensión al contratista y, en consecuencia, no procede la retroacción del procedimiento. Este era el criterio del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid que ha hecho suyo esta Comisión Jurídica Asesora en los citados dictámenes y que resulta corroborado por el artículo 82 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC) que solo admite como informes posteriores al trámite de audiencia, el informe del órgano competente para el asesoramiento jurídico y el Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, en el caso que éstos formaran parte del procedimiento, en cuanto que estos informes y dictámenes se limitan al análisis de los aspectos jurídicos sin que puedan introducir hechos o cuestiones nuevas. Dado que el informe de la Intervención no introduce ningún

hecho nuevo que pueda causar indefensión a la empresa adjudicataria sino que incide en las causas de resolución consignadas en el acuerdo de incoación del expediente de resolución del contrato, debe considerarse correctamente cumplimentado el trámite de audiencia, de acuerdo con la doctrina expuesta.

En relación con el plazo para resolver, en los procedimientos de resolución de contratos iniciados de oficio, el incumplimiento del plazo máximo de ocho meses para resolver el procedimiento determina la caducidad del procedimiento conforme a lo establecido en el artículo 212.8 de la LCSP/17.

No obstante, el rigor temporal que supone la necesidad de tramitar estos procedimientos en el plazo de ocho meses, puede verse atemperado por la suspensión del procedimiento para la solicitud de informes preceptivos y determinantes del contenido de la resolución, tal y como establece el artículo 22.1 d) de la LPAC, que en dicho sentido sigue la pauta ya establecida en el artículo 42.5.c) de la LRJ-PAC al señalar que el plazo máximo legal para resolver y notificar un procedimiento podrá suspenderse, entre otras circunstancias, en la siguiente:

*“...Cuando se soliciten informes preceptivos a un órgano de la misma o distinta Administración, por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos. Este plazo de suspensión no podrá exceder en ningún caso de tres meses. En caso de no recibirse el informe en el plazo indicado, proseguirá el procedimiento”.*

En este caso, el inicio de este expediente de resolución contractual tuvo lugar como hemos dicho el 27 de septiembre de 2018 y consta que el procedimiento se suspendió por Orden del consejero de Educación e

Investigación de 25 de abril de 2019, al amparo de lo establecido en el artículo 22.1 d) de la LPAC para recabar el dictamen de este órgano consultivo. De la lectura de dicho precepto se colige que, para que sea efectiva la suspensión del plazo, es preciso que se comunique a los interesados tanto la petición como la emisión de los informes cuya solicitud justifica la suspensión, requisito a cuyo efectivo cumplimiento queda condicionada la efectividad de la pretendida suspensión de plazo. En este caso consta en el expediente la comunicación a la empresa contratista y a la entidad avalista de la petición de dictamen a esta Comisión Jurídica Asesora, por lo que el procedimiento se encuentra suspendido hasta la recepción del dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora, que igualmente deberá ser comunicado a la empresa contratista y al avalista.

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

La propuesta de resolución entiende que concurre la causa prevista en el apartado d) artículo 223 del TRLCSP (*“La demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista”*).

Como es sabido, en la contratación administrativa el plazo es un elemento relevante. El Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid ya señaló en sus dictámenes la importancia que tiene el plazo de ejecución en los contratos administrativos, que ha dado lugar a que el Tribunal Supremo los haya calificado como *“negocios jurídicos a plazo fijo”*, debido al interés público que revisten los plazos (así el Dictamen 532/09 o el Dictamen 14/13, entre otros muchos, en doctrina que ha acogido esta Comisión Jurídica Asesora, así nuestro Dictamen 310/17). Muestra de la relevancia que tiene el plazo en la contratación administrativa es que el artículo 212.2 del TRLCSP establece 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”*; la constitución en mora del contratista no

requiera intimación previa de la Administración (art. 212.3 TRLCSP) y el incumplimiento de los plazos contractuales faculta a la Administración para imponer penalidades al contratista o para resolver el contrato (art. 212.4 TRLCSP). De esta manera, el art. 223.d) TRLCSP tipifica como causa de resolución la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista.

Así las cosas conviene analizar el *iter* que ha seguido la ejecución del contrato que nos ocupa con el objeto de dilucidar si concurre la causa de resolución contractual que invoca la Administración.

Conforme a lo previsto en el PCAP, el contrato de obras tenía un plazo de ejecución de ocho meses contado desde el día siguiente a la fecha del acta de comprobación del replanteo. Consta en el expediente que la mencionada acta se firmó el 8 de marzo de 2017 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”*.

Resulta del expediente que teniendo el contrato prevista su finalización el 8 de noviembre de 2017, se autorizó una ampliación del plazo de ejecución hasta el 28 de diciembre de 2017, ante la solicitud formulada por la dirección facultativa de las obras teniendo en cuenta *“las inclemencias del tiempo, el movimiento de tierras, el refuerzo de estructura en determinados puntos por un problema de flecha así como el rendimiento en la ejecución de la fábrica de ladrillo”*.

Como hemos expuesto en los antecedentes, al amparo de lo establecido en el artículo 235.6 del TRLCSP, el 7 de septiembre de 2018

se acordó la ocupación efectiva de las obras, lo que se fundamentó en motivos de interés público, dada *“la imperiosa urgencia y necesidad de que la Administración contratante tome posesión de la forma más inmediata posible de las obras ejecutadas para poner las mismas en funcionamiento y para prestar el servicio público docente para el que han sido llevadas a cabo, y que dicho funcionamiento pueda realizarse para el comienzo del curso escolar 2018-2019”*. Con carácter previo a dicha autorización, concretamente el 3 de septiembre de 2018, se extendió el acta de comprobación material de las obras previa a la ocupación con la conformidad de la Administración, la dirección técnica y la contratista. En dicho acta quedó reflejado que no se observaban vicios o defectos que pudieran impedir la ocupación de determinadas zonas del edificio construido ( zona de profesores, dirección, secretaria y administración), no obstante se consignaron una serie de trabajos que faltaban por realizar en dicha zona (terminación de solados, vallado, tareas de remate...) . Respecto del resto del edificio, se condicionó la ocupación a la verificación del estado de las obras el 7 de septiembre de 2018.

La ocupación de las obras al amparo de lo establecido en el artículo 235.6 del TRLCSP no implica la conclusión de las obras, como recoge en un caso parecido la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 15 de diciembre de 2016 (recurso 291/2016), cuando en este caso, como se recoge en la citada acta aún faltaban trabajos de obra por ejecutar.

El 10 de septiembre de 2018 se firmó un anexo al acta de comprobación material de las obras previa a la ocupación, con la conformidad de la empresa contratista, la Administración y la dirección técnica en la que se consignaron una serie de defectos y trabajos pendientes de realizar en la obra. Posteriormente, la dirección facultativa constató que desde el 10 de septiembre, la obra se encontraba parada y que la empresa había manifestado que se

encontraba en situación de precurso de acreedores. Se volvieron a consignar los trabajos que estaban pendientes de ejecutar.

Así las cosas resulta que el contrato, teniendo un plazo de ejecución de 8 meses ampliado en 50 días a solicitud de la dirección facultativa, debía haber finalizado el 28 de diciembre de 2017 y sin embargo, transcurrido en el momento del inicio del expediente de resolución contractual (27 de septiembre de 2018) casi 9 meses desde la fecha fijada para la finalización las obras, estas no se habían concluido y la contratista ha manifestado una actitud reticente al cumplimiento, pues como señala la dirección facultativa, las obras se encontraban paradas desde el 10 de septiembre y en el acta de comprobación material previa a la resolución de 17 de enero de 2019 se constaron los trabajos de obra todavía pendientes de realizar por la empresa contratista.

En definitiva, por todo lo expuesto, entendemos que procede la resolución contractual por incumplimiento de la empresa contratista de su obligación de ejecutar el contrato en plazo, al amparo de lo establecido en el artículo 223, d) del TRLCSP (*“la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista”*), incumplimiento que ha de calificarse como culpable.

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

A los efectos de la resolución el artículo 225.3 del TRLCSP, establece lo siguiente:

*“Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, este deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados. La indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido,*

*sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada”.*

Era doctrina mayoritaria del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid asumida por esta Comisión Jurídica Asesora que del precepto transcrito no puede inferirse la incautación de la garantía como un efecto automático inherente a la resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista. No obstante también hemos contemplado en nuestros dictámenes la posibilidad de que dicha incautación pudiera ser automática por establecerlo así los pliegos.

En este caso la cláusula 43 del PCAP establece la incautación automática de la garantía, sin perjuicio de los daños y perjuicios que se puedan requerir a la empresa. 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, no obstante debemos advertir que consta en el expediente un escrito de 14 de agosto de 2018 de la empresa contratista por el que solicitaba una indemnización de daños y perjuicios que consideraba se le habían causado durante la ejecución del contrato y que el mismo no ha recibido respuesta por parte de la Administración, estando obligada a resolver expresamente sobre ello.

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 este Comisión Jurídica Asesora extrae la siguiente

## **CONCLUSIÓN**

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

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

Madrid, a 20 de junio de 2019

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 258/19

Excmo. Sr. Consejero de Educación e Investigación

C/ Alcalá, 30-32 – 28014 Madrid