

Dictamen nº: **399/17**
Consulta: **Consejero de Educación e Investigación**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **05.10.17**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 5 de octubre de 2017, emitido ante la consulta formulada por el consejero de Educación, Juventud y Deporte (actualmente, consejero de Educación e Investigación), al amparo del artículo 5.3.f) d. 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 29 de agosto 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, Juventud y Deporte (actualmente, consejero de Educación e Investigación).

A dicho expediente se le asignó el número 361/17, 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 5 de octubre de 2017.

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.

Cláusula 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 período 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.

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

1.- 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 por incumplimiento por parte de la contratista de los plazos parciales, que hace presumir razonablemente la imposibilidad de cumplir el plazo total de la obra, siendo imputable a la empresa...”, 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”.

En la citada Orden se dispone también que se dé audiencia a la contratista y a la avalista.

2.- 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.

Asimismo, con escrito de 18 de abril de 2017, el jefe del Área de Contratación requiere a la jefa de la División de Proyectos, Construcciones y Supervisión, ambos de la Dirección General de Infraestructuras y Servicios, que de acuerdo con los artículos 225 y 239 del TRLCSP, realice las siguientes actuaciones:

“1º.- La valoración de los daños y perjuicios ocasionados por la resolución del contrato por incumplimiento culpable de la empresa adjudicataria.

2º.-Acta de comprobación material de dicha obra, medición y liquidación de las obras de acuerdo al proyecto, fijando los saldos pertinentes a favor o en contra del contratista”.

3.- Con escrito presentado en un registro de la Comunidad de Madrid en fecha 11 de abril de 2017, la contratista solicita una copia de la documentación del expediente de la obra para poder contestar a las alegaciones, y la adición de determinada documentación para completar el expediente.

A la vista de ese escrito, la directora de obra emite un informe de fecha 19 de abril de 2017, en el que señala:

“El Libro Oficial de Órdenes y Asistencias se encuentra depositado en la obra con las correspondientes hojas del "ejemplar en obra" de las visitas realizadas desde la firma del Acta de Comprobación del Replanteo el 20-09-16.

El Plan de Seguridad y Salud, informado favorablemente por el Coordinador de Seguridad y Salud y aprobado por esta Administración Pública el 16-09-16, está en la obra a disposición permanente de los agentes intervinientes en la ejecución de la obra y, por tanto, de esta dirección facultativa también. Todo ello conforme a la normativa vigente en la materia (REAL DECRETO 1627 / 1997 de 24 de Octubre BOE 256 de 25-10-1997). Se adjunta documento de aprobación del mencionado Plan.

Desde el comienzo de las obras se han emitido siete certificaciones de obra que han sido remitidas al Área de Programación y Gestión Económico-administrativa para su tramitación.

El contrato de obras objeto del presente informe no ha sido objeto de ningún modificado”.

El jefe del Área de Contratación, notifica a la contratista el 20 de abril de 2017, escrito de esa misma fecha, que adjunta copia del precitado informe de la directora de obra, informe y aprobación del plan de seguridad y salud, así como copia del contrato de la obra, y le comunica que la empresa para poder licitar y ser adjudicataria tiene el proyecto técnico de la obra. Por otra parte, con fecha 25 de abril de 2017 le notifica otro escrito en el que le comunica que *“las certificaciones 1, 2, 3, 4, 5, 6 están tramitadas y [la empresa] tiene copia de todas ellas y respecto a la certificación número 7 se está tramitando y pueden venir a recoger una copia en...”*.

Con escrito presentado en un registro de la Comunidad de Madrid el 12 de abril de 2017, y otro notificado a la Administración por burofax el 28 del mismo mes y año, la contratista solicita ampliación del plazo para la contestación al trámite de audiencia.

El 11 de mayo de 2017, se notifica a la empresa Orden de 4 de mayo de 2017 del consejero de Educación, Juventud y Deportes, por la que se deniega la ampliación solicitada por haberse efectuado una vez finalizado el plazo conferido.

4.- En relación al expediente de indemnización de daños y perjuicios ocasionados por la resolución del contrato dispuesto por el repetido consejero, la jefa de la División de Proyectos, Construcciones y Supervisión, remite nota interior de 26 de mayo de 2017 a la Dirección General de Infraestructuras y Servicios, que adjunta: certificación previa de resolución del contrato, acta de comprobación material previa a la resolución del contrato, así como informe sobre valoración de daños y perjuicios ocasionados por la resolución del contrato. También incorpora la certificación de obra número 7.

La certificación previa de resolución del contrato de fecha 17 de mayo de 2017, se realiza por un importe de 148.378,23 euros, reflejándose que a esa fecha se ha ejecutado obra por un importe total de 342.542,40 euros y que se formalizó el contrato por un importe de 1.539.078,74 euros, quedando por tanto obra por ejecutar por un importe de 1.196.536,34 euros.

El acta de comprobación material previa a la resolución del contrato, se firma con fecha 24 de mayo de 2017, de conformidad por el representante de la Comunidad de Madrid, la dirección técnica y el interventor, ausentándose el representante de la empresa, siendo el importe objeto de liquidación previa a la resolución de 342.542,40 euros. Al acta se anexan observaciones y fotografías de la obra realizadas ese mismo día.

Por parte de la dirección facultativa de la obra, se emite informe de fecha 24 de mayo de 2017, que valora de forma estimada los daños referentes a los aspectos constructivos que relaciona, ocasionados por

incumplimiento del contrato por parte de la empresa adjudicataria de la obra, de los que resulta un importe total de 28.400 euros.

5.- Con escrito de fecha 6 de junio de 2017, se remite el expediente de resolución del contrato a la Intervención General para que emita el informe preceptivo, sin que conste registro de salida, si bien, la Intervención Delegada en la Consejería de Educación Juventud y Deporte lo recibió el 12 de junio de 2017, y la Intervención General con fecha 15 de junio de 2017.

Por orden de 19 de junio de 2017, se acuerda la suspensión del procedimiento por el tiempo que medie entre la petición del informe y su notificación al instructor, lo que se notifica a la empresa y a la avalista con fecha 20 de junio de 2017.

El informe de fecha 30 de junio de 2017 de 1a Intervención General, que se notifica al instructor del expediente el 4 de julio de 2017, refleja que no se ha cumplimentado correctamente el trámite de audiencia al contratista pudiéndole causar indefensión por lo que considera que debe retrotraerse el procedimiento para otorgarla adecuadamente. Observa también que no se ha incorporado al expediente un informe jurídico, si bien, considera que el trámite puede suprimirse a tenor del artículo 211.2 del TRLCSP. Añade que se han de incorporar al procedimiento, los requerimientos, instrucciones reflejadas en el libro de órdenes o documentos que justifiquen la intimación previa de la Administración para el cumplimiento de los plazos, y que conforme a la resolución de 7 de abril de 2017, ha de tramitarse un procedimiento independiente para la determinación de los daños y perjuicios en que recaiga una resolución expresa para que pudiera afectar a la garantía constituida.

La directora general de Infraestructuras y Servicios, con fecha 4 de julio de 2017, contesta al informe de la Intervención General de 30 de junio de 2017, manifestando, entre otros extremos, que no procede la

retroacción de las actuaciones, que el órgano de contratación requirió a la contratista para que cumpliera los plazos, con escrito de 1 de marzo de 2017 notificado el día 14 de ese mes, y que los daños y perjuicios se postergan a posterior procedimiento.

Con escrito de fecha 10 de julio de 2017, la Intervención General se reitera en la necesidad de retrotraer las actuaciones a fin de otorgar la adecuada audiencia al contratista.

6.- Con escrito de fecha 12 de julio de 2017, el instructor del expediente confiere nuevamente trámite de audiencia a la contratista durante un plazo de diez días naturales contados a partir de la notificación, que se produce ese mismo día, para subsanar las deficiencias observadas en la anterior notificación.

7.- Por escrito presentado en una oficina de Correos en fecha 22 de julio 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 no constan en el expediente como adjuntos a él, y se indica que la empresa ha solicitado un dictamen pericial que se aportará en cuanto disponga de él.

8.- El instructor del expediente, con fecha 26 de julio notifica a la empresa y a la contratista, la Orden que dispone la continuidad de la suspensión del procedimiento hasta que recaiga informe de la Intervención General, porque la empresa “*no interpone alegaciones*”, y con fecha 28 de julio de 2017, solicita informe técnico sobre las alegaciones efectuadas por la empresa.

9.- El 3 de agosto de 2017 se emite informe técnico por la directora de obra y la directora de la ejecución de la obra, en el que se expresa:

“La ejecución del contrato de obras comienza con el acta de comprobación del replanteo el 20 de septiembre de 2016. A partir de esa fecha comienza a contar el plazo de ejecución, establecido en 9 meses. Todo ello conforme a lo previsto en el artículo 229 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, en adelante TRLCSP.

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.

A partir del inicio de obra se realizan visitas con una periodicidad semanal y, en particular, el 27 de octubre de 2016 se hace constar en el libro de órdenes y asistencias que siguen sin iniciarse los trabajos y que únicamente se han implantado algunas casetas, inutilizables por falta de acondicionamiento, y el vallado.

En sucesivas visitas se constata la lentitud en la ejecución de los trabajos de excavación y explanación de la parcela, que de semana a semana apenas avanzan y que, según se hace constar el 12 de enero de 2017 en el libro de órdenes, están finalizando entonces; una vez transcurridos tres meses y medio desde el inicio de obra.

Con carácter general, en cualquier obra, conforme avanza, la Dirección Facultativa aclara las cuestiones necesarias que surgen para el desarrollo normal de la obra y, para ello se van dando las órdenes oportunas en cada momento. En este sentido, no se puede achacar demora alguna a la Dirección Facultativa en la definición de la cota de suelo terminado dado que a día 27 de octubre no se habían iniciado los trabajos y ésta se concreta en la visita del 8 de noviembre, cuando la empresa muestra su disposición al inicio de los mismos. Posteriormente, mediante correo electrónico el 17 de noviembre esta DF

completa información relativa a las pendientes de las rampas de acceso. Estas aclaraciones en ningún caso impedían el comienzo de los trabajos de excavación con anterioridad.

En la visita del 26 de enero se comprueba que se han iniciado los trabajos de excavación de la cimentación del edificio y, al observar que la profundidad del firme competente en algunos puntos de la zona del aulario es superior a la estimada en el proyecto, no así en la zona del comedor y la sala de usos múltiples, esta DF decide completar el Estudio Geotécnico mediante una campaña adicional de ensayos de penetración dinámica y 1 sondeo, con el objeto de ratificar la viabilidad de la cimentación definida en proyecto. Una vez obtenidos los resultados de la campaña adicional, se constata que la solución de proyecto es viable técnicamente. Para ello se ha aumentado la profundidad de los pozos de cimentación en parte de la zona del aulario y la longitud de los pilotes en la zona de porche hasta alcanzar el terreno competente. Durante el tiempo transcurrido hasta la obtención de los resultados del geotécnico, aproximadamente tres semanas, es posible continuar los trabajos con normalidad en la zona del comedor y de la sala de usos múltiples e ir abriendo nuevos pozos en la zona del aulario en las zapatas auscultadas y así se comunica a [la empresa].

Conviene resaltar que durante ese tiempo, esta D.F. ordenó que los pozos fueran hormigonados tan pronto se terminara la excavación por cuestiones de seguridad y esta orden, tal y como se puede observar en las hojas n° 7 y 8 del Libro de Órdenes no siempre fue acatada inmediatamente, de hecho la hoja n° 8 no fue firmada por el Jefe de obra.

En cualquier caso, como se ha expuesto anteriormente, esta situación no justifica el retraso de la obra dado que en todo momento fue posible continuar los trabajos.

En relación con lo anterior, conviene aclarar que, conforme a lo establecido en el Código Técnico de la Edificación, los proyectos incluyen entre su documentación un Estudio Geotécnico que sirve de base para definir la cimentación del edificio proyectado. Para realizar este Estudio se realizan análisis del terreno en diferentes puntos de la parcela atendiendo a la ubicación del edificio y sus características (número de alturas, m² construidos, entra otras), así como conocimiento previo del mismo según se establece en el CTE. No obstante, es frecuente y así se indica siempre en el Estudio Geotécnico que por falta de homogeneidad, sea necesario, como en este caso, completar su contenido mediante campañas adicionales, cuya finalidad es ratificar que la cimentación del proyecto es correcto y, por tanto, viable.

Por otro lado, los excesos de medición detectados en las unidades de excavación, hormigonado de pozos y longitud de pilotes tampoco han impedido el avance de la obra. Esta alteración no ha representado en ningún momento un incremento del gasto superior al 10% del precio primitivo del contrato, siendo conforme con lo previsto en el artº 234 del TTLCSF. En concreto, ha representado un 7,05 %, según se recoge en la certificación previa a la resolución del contrato, una vez comprobada la medición de lo realmente ejecutado. Requeridos formalmente para esta comprobación de la medición, la certificación no ha sido firmada por [la empresa].

La empresa justifica también el retraso de la obra en las lluvias acaecidas en un periodo de 40 días entre los meses de noviembre y diciembre, si bien estas lluvias pueden justificar un retraso de 1 mes, de haberse iniciado los trabajos a partir de la firma del Acta de Comprobación de Replanteo, no hubieran afectado al ritmo de la obra

ya que se había superado la fase de cimentación. En cualquier caso, [la empresa] no solicitó ampliación de plazo ni por este motivo ni por ningún otro entonces. Esto es, ni las lluvias ni los excesos de medición justifican que a fecha 17 de mayo de 2017, firma de la certificación previa a la resolución, el porcentaje de obra ejecutada en 8 meses sea del 22,26 % del total (incluyendo los excesos respecto de proyecto). Esto es, restaría 1 mes de plazo para ejecutar la totalidad de la obra contratada, con un importe restante de adjudicación superior a 1.000.000 €.

Además, la mencionada certificación previa al resolución que recogía los excesos de medición acreditados no fue firmada por [la empresa], de la misma forma que tampoco firmó las hojas 14, 16 y 17 del Libro de Órdenes donde también se comunicaban otras cuestiones relacionadas con el transcurso de la obra, no observándose diligencia por parte de [la empresa], que cambió de Jefe de Obra con fecha 6 de marzo de 2017, lo que también influyó en la evolución de la misma.

Respecto a lo que [la empresa] asevera sobre que ha contratado el 100% de la obra no se entiende, ya que la lentitud de la obra, prácticamente inactiva durante abril y sin haber iniciado el montaje de la estructura metálica, es coherente con esta afirmación. Además tampoco se han presentado materiales para elección y colocación en obra. Los pocos que se ofrecieron no pudieron ser aceptados debido a que diferían sustancialmente con los definidos en proyecto y así se comunicó a [la empresa]. Por ejemplo, materiales de cubierta y fachadas. De igual forma desde el comienzo de la obra esta D.F. solicitó se presentaran para su validación las diferentes instalaciones y las correspondientes solicitudes de acometidas ante los organismos competentes, sin que hasta la fecha se haya aportado documentación al respecto. Por todo ello difícilmente puede haber contratado [la empresa] materiales y equipos no aceptados por esta D.F. y sobre los

que no se ha podido comprobar su adecuación a las prescripciones de proyecto.

Sobre la base de lo expuesto, se considera 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.

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 %.

Sobre la base de lo expuesto, de la ampliación de plazo solicitado de 5 meses mediante el escrito de alegaciones, se considera justificado 1 mes por lluvias, el cual no permitiría absorber el amplio retraso en la ejecución de la obra”.

Al informe se adjuntan copias de las hojas del libro de órdenes y asistencias.

10.- Con fecha 8 de agosto de 2017, la Intervención General comunica que no ha recibido la documentación necesaria para continuar el procedimiento, advirtiendo de lo preclusivo de los plazos.

Con escrito de 10 de agosto de 2017, la directora general de Infraestructuras y Servicios le remite tal documentación para la emisión de su informe, que incluye una memoria explicativa, e indica que en el escrito de alegaciones de la empresa se referían unos documentos que no se adjuntaban con el mismo, así como que no se levantó la suspensión porque todavía no hay un informe favorable o desfavorable de la

Intervención General, y que, lo que se notificó el 26 de julio es la continuación de la suspensión acordada el 19 de junio.

11.- El 16 de agosto de 2017, la Intervención General emite informe favorable a la propuesta de resolución del contrato, al ejercitar la fiscalización previa, al corresponder al Consejo de Gobierno la autorización para proceder a la resolución del contrato, al haber autorizado su celebración.

Tras recibirse en el órgano instructor ese informe con fecha 21 de agosto de 2017, se acuerda el levantamiento de la suspensión del procedimiento y la nueva suspensión para la emisión del dictamen por la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, lo que se notifica al contratista y a la avalista el 23 de agosto de 2017.

El consejero de Educación, Juventud y Deporte, con escrito de 24 de agosto de 2017, al que se dio salida el día 28 de agosto de 2017, solicitó la emisión de dictamen por la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid y adjuntaba copia del expediente. Como expresamos anteriormente, tal escrito y expediente tuvo entrada en este órgano consultivo el 29 de agosto 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”).

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 7 de abril 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 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. Así, el artículo 4.6 del citado Decreto 80/2017, dispone que *“corresponde a la Consejería de Educación e Investigación las*

competencias que actualmente ostenta la Consejería de Educación, Juventud y deporte en materia de educación...”.

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”*.

También, 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, es necesario el informe de la Intervención. Por el contrario, 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 que 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.

Ese trámite se ha efectuado en dos ocasiones, en una primera, el contratista solicitaba la incorporación al procedimiento de determinados documentos, y si bien es cierto que el instructor del expediente le notificó que unos los tenía a su disposición y otros los conocía, por lo que no se le causa indefensión, también lo es que el artículo 19.1 del ROFCJA exige que el expediente de resolución se acompañe de toda la documentación correspondiente a la cuestión planteada, lo que deberá ser subsanado.

En la segunda ocasión, el contratista relacionaba una serie de documentos numerados en su escrito de alegaciones y, sin embargo, no figuraban adjuntos al mismo. Este hecho no ha pasado inadvertido al instructor del expediente, que, sin embargo no ha procedido a requerirle para que subsanara tal omisión conforme previene el artículo 68 de la LPAC. Del contenido del informe técnico de fecha 3 de agosto de 2017, emitido en relación a tales alegaciones, parece desprenderse que no resulta impedimento para la Administración, no obstante, volvemos a reiterar que el artículo 19.1 del ROFCJA exige que el expediente de resolución se acompañe de toda la documentación correspondiente a la cuestión planteada, lo que deberá ser subsanado.

Por otra parte, constan en el expediente los informes de fechas 30 de junio y 16 de agosto de 2017 de la Intervención General, en los que se requirió para llevar a efecto determinadas actuaciones, que se verificaron, y se concluía de forma favorable a la resolución contractual, respectivamente.

En relación con los mencionados informes, 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 que pueda causar indefensión a la empresa adjudicataria sino que inciden 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 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, la suspensión del plazo de resolución del procedimiento, y la petición de dictamen a esta Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid.

En el procedimiento figuran también actuaciones tendentes a cuantificar los daños y perjuicios irrogados a la Administración, si bien, hay que tener en cuenta que la Orden de 7 de abril de 2017, del consejero de Educación, Juventud y Deporte, dispuso iniciar expedientes para la resolución del contrato y para la valoración de daños y perjuicios. La propuesta de resolución entiende procedente la retención de la garantía hasta la resolución del procedimiento para la determinación de los daños y perjuicios, y como indicamos en los dictámenes 59/17, de 9 de febrero, 162/17, de 20 de abril, y 272/17, de 29 de junio: *“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”*.

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 lo es el de la Intervención General y el dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora, como de la recepción de los mismos. Esa comunicación a los interesados, afianza la seguridad jurídica y la transparencia del procedimiento.

El *dies a quo* para el cómputo del plazo en los procedimientos que se inician de oficio es la fecha del acuerdo de iniciación, *ex* artículo 21.3.a) de la LPAC.

En cuanto al momento en que opera la suspensión del plazo para resolver, era doctrina del Consejo Consultivo que la fecha de efectividad de la suspensión es la de la petición de dictamen al órgano que ha de emitirlo (dictámenes 115/13 de 3 abril y 188/13 de 8 de mayo). Este criterio ha sido acogido por la Comisión Jurídica Asesora en nuestros dictámenes 528/16, de 24 de noviembre, 125/17, de 23 de marzo, el 162/17, de 20 de abril y el 272/17, de 29 de junio, entre otros.

En iguales términos se han pronunciado otros consejos consultivos, por ejemplo el Consejo Consultivo de Murcia en su Dictamen 181/09, que señala que la fecha de efectividad de la suspensión no puede ser la del acto en que se acuerda *“dadas las dificultades para un efectivo control y verificación de tal fecha por parte del interesado, extremo que sin duda afecta a sus intereses”*.

En ese dictamen se considera que *“parece razonable referir la efectiva suspensión del plazo en cuestión al momento en que la solicitud del dictamen adquiere una trascendencia externa al propio órgano solicitante, pues ello otorga mayores garantías de control, pudiendo centrarse tal momento en la fecha en que la solicitud de Dictamen es registrada de salida en el correspondiente registro público”*.

En este caso, el inicio del expediente de resolución contractual tuvo lugar el 7 de abril de 2017 mediante Orden del repetido consejero de Educación, se suspendió por resolución de 19 de junio de 2017 que salió del órgano instructor el 20 de junio de 2017 (fecha en que se computa el inicio de la suspensión) para la emisión del informe de la Intervención General. El informe de dicha Intervención, de 30 de junio de 2017, tuvo entrada en el órgano instructor el 4 de julio de 2017 (fecha en que se reanuda el cómputo del plazo de resolución), y tras llevar a efecto las actuaciones previstas en el mismo –que incluyó conferir nuevo trámite de audiencia e incorporar un informe técnico con documentación aneja-, el Instructor volvió a solicitar informe a la Intervención General el 10 de agosto de 2017 (sin que se haya adoptado con esa fecha ninguna nueva suspensión), lo que dio lugar al informe favorable de dicha Intervención de 16 de agosto de 2017, recibido en el órgano instructor con fecha 21 de agosto de 2017, por ello, se acordó el levantamiento de la suspensión del procedimiento. Asimismo se dispuso una nueva suspensión para la emisión de dictamen por la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, que se notificó al contratista y a la avalista, y cuyo escrito de solicitud tuvo salida registral el día 28 de agosto de 2017.

Así, a tenor del artículo 22.1d) de la LPAC, la suspensión produce efectos por el tiempo que medie entre la petición del informe al órgano que ha de emitirlo y la recepción en el órgano instructor, y conforme previene el artículo 39 de la LPAC, los actos de las Administraciones Públicas producirán efecto desde la fecha en que se dicten, sin que pueda otorgárseles eficacia retroactiva salvo que se dicten en sustitución de actos anulados, así como cuando produzcan efectos favorables al interesado, lo que no es el caso de las resoluciones de 19 de junio y 26 de julio de 2017 obrantes en el expediente.

Por ello, el procedimiento caducó el 21 de julio de 2017, lo que exigirá que se dicte resolución expresa con notificación al contratista y a la avalista, conforme previenen los artículos 21.1 y 25.1b) de la LPAC.

La aplicación del artículo 25 de la LPAC a los procedimientos de resolución contractual ha sido recogida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y dictámenes del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid y de esta Comisión Jurídica Asesora, como el 44/16, de 28 de abril, el 435/16, de 29 de septiembre y el 294/17, de 13 de julio, entre otros. Así, en la medida que el procedimiento de resolución se inició de oficio por la Administración y es susceptible de producir efectos desfavorables en el contratista, se ha producido la caducidad, que debe ser declarada por la Consejería de Educación e Investigación mediante la correspondiente resolución que ordenará el archivo de las actuaciones y se notificará a los interesados.

La caducidad de este procedimiento no impide que el órgano de contratación pueda proceder a la incoación de un nuevo expediente de resolución contractual, en el que debe tener en cuenta todas las consideraciones que hemos expresado, lo que incluye la de remitir el expediente completo conforme al repetido artículo 19 del ROFCJA.

En mérito a lo que antecede esta Comisión Jurídica Asesora extrae la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede declarar caducado el expediente de 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)”*.

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 5 de octubre de 2017

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 399/17

Excmo. Sr. Consejero de Educación e Investigación

C/ Alcalá, 30-32 – 28014 Madrid