

Dictamen nº: **528/18**  
Consulta: **Consejero de Educación e Investigación**  
Asunto: **Contratación Administrativa**  
Aprobación: **04.12.18**

**DICTAMEN** del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 4 de diciembre de 2018, emitido ante la consulta formulada por el consejero de Educación e Investigación, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en relación con el expediente sobre resolución del contrato de obras “*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 6 de noviembre de 2018 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 495/18, 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 4 de diciembre de 2018.

**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. En virtud del contrato, la contratista se obliga a su ejecución con estricta sujeción al proyecto aprobado por la Administración el 20 de junio de 2016, y a los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas del Acuerdo Marco del que deriva el contrato, aprobados el 23 de diciembre de 2015.

La cláusula tercera del contrato, expresa:

*“El contratista se obliga a su cumplir el contrato en el plazo total de TRES (3) MESES, debiendo ajustarse igualmente a los plazos parciales que, en su caso, se fijen en la aprobación del programa de trabajo de las obras, que se compromete a presentar el contratista en el plazo de 30 días naturales.*

*El plazo de ejecución comenzará a contarse desde el día siguiente a aquel en que tenga lugar la comprobación del replanteo, la cual se llevara a cabo en el plazo de un mes desde la firma del contrato.*

*En caso de incumplimiento del plazo total, la Administración podrá optar indistintamente por la resolución del contrato o por la imposición de las penalidades previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares. En su defecto se aplicarán las previstas en el artículo 212 del Texto Refundido de la Ley de Contrato del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP).*

*El plazo de garantía del contrato se establece en 1 año, a contar desde la fecha de recepción de las obras”.*

El 1 de agosto de 2016 se firma el acta de comprobación de replanteo por el arquitecto técnico, el arquitecto director de la obra y la contratista, y en ella se hace constar, que el proyecto es viable, por lo que se autoriza el inicio de las obras desde el día siguiente al de su firma.

El 30 de mayo de 2017 se firma el acta de recepción del contrato con la asistencia de un representante de la Comunidad de Madrid, la dirección técnica, la contratista y el interventor. 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, y en ella se expresa como causas de no recepción:

*“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; el representante de la Comunidad de Madrid, la dirección técnica y la contratista, sin la asistencia de la Intervención General que no designa representante. Los asistentes firman el acta de comprobación material para su ocupación efectiva, sin que se observen vicios o defectos que pudieran impedir su ocupación.

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 de obras en la que se hace constar expresamente las siguientes causas de la no recepción:

*“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 nº 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”*.

Previa suspensión del plazo para resolver el procedimiento, se recabo el informe del Servicio Jurídico en la Consejería de Educación e Investigación y de la Intervención.

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 la que se hace constar expresamente las causas de la no recepción.

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 declaró la caducidad del procedimiento de resolución del contrato.

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.

En este estado del procedimiento, con fecha 6 de noviembre de 2018 tuvo entrada en esta Comisión Jurídica Asesora la solicitud 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, tal como se manifestó en el Dictamen 367/2018, teniendo en cuenta que el contrato se adjudicó el 16 de junio de 2016, 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 registrarán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su modificación, duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”, por lo que 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) por ser la normativa vigente en el momento de la adjudicación.

Por lo que se refiere a la normativa aplicable al procedimiento de resolución de contratos, esta Comisión Jurídica Asesora ha señalado en numerosos dictámenes (256/17 de 22 de junio, 270/18 de 21 de junio, 299/18 de 28 de junio y 646/18 de 24 de octubre, entre otros), 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, pues entró en vigor, en virtud de su disposición final decimosexta, el 9 de marzo de 2018, a los cuatro meses de su publicación en el “Boletín Oficial del Estado”, producida el día 9 de noviembre de 2017.

De esta forma, 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”. Ante la falta de desarrollo reglamentario en el aspecto objeto de estudio, debe considerarse, asimismo, lo dispuesto en el artículo 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante, RGLCAP), referido específicamente al “procedimiento para la resolución de los contratos” en lo que no se oponga a la Ley.

Pues bien, en el caso que nos ocupa, y tal como ha sido indicado en antecedentes, el 17 de septiembre de 2018 se acordó el inicio del expediente de resolución del contrato y con idéntica fecha se dictó la Orden del Consejero de Educación e Investigación por la que se acordaba la conservación de actos del procedimiento anterior, observándose defectos en la tramitación del procedimiento.

Así, 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 ha manifestado su disconformidad a la resolución contractual.

Sin embargo, no se ha incorporado al expediente ni el informe previo del Servicio Jurídico que exige el artículo 191.2 de la LCSP/17, ni el de la Intervención. La necesidad de recabar dichos informes en los procedimientos de resolución de contratos ha sido puesta de manifiesto por esta Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid en diferentes dictámenes y ha sido recordada recientemente en el Dictamen 159/18, de 5 de abril.

Por lo que refiere a la conservación de actuaciones, tal y como indicó esta Comisión Jurídica Asesora en el Dictamen 367/18, conforme al artículo 95 de la LPAC, no puede alcanzar a la totalidad de lo actuado en el procedimiento anterior, sino solo a los *“actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la caducidad”*. La jurisprudencia ha desarrollado este concepto restringiendo la posibilidad de incorporación, como regla general, a los actos no surgidos dentro del procedimiento, aunque incorporados al

mismo (entre otros, Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 2012, RC 3558/2011), pues, como sostuvimos en el Dictamen 522/16, de 17 de noviembre, *“solo es posible incorporar actos independientes del expediente caducado, pero no los surgidos dentro de él”*.

En el caso sujeto a análisis, la conservación ha alcanzado a trámites que han de ser desarrollados necesariamente en el nuevo procedimiento, como son, el informe del Servicio Jurídico (que, entre otros aspectos, debe revisar la corrección del procedimiento seguido), y el informe de la Intervención.

También se ha incorporado al expediente administrativo una propuesta de resolución, en la que tras la exposición fáctica se acuerda la resolución del contrato. La propuesta de resolución, según hemos manifestado, entre otras ocasiones, en el Dictamen 191/16, de 9 de junio y 159/18, de 5 de abril, no debe limitarse a ser un borrador incompleto de una resolución finalizadora del procedimiento, sino que ha de recoger motivadamente la posición de la Administración una vez tramitado el procedimiento con el objeto de permitir a este órgano consultivo conocer la postura de la Administración y contrastarla con la oposición del contratista que motiva la remisión para dictamen.

En relación con el plazo para resolver los procedimientos de resolución contractual, el incumplimiento del plazo de ocho meses previsto en el artículo 212.8 de la LCSP/17 determina la caducidad del procedimiento. En el caso sujeto a dictamen, atendida la fecha de inicio de procedimiento, que tuvo lugar el 17 de septiembre de 2018 el procedimiento no está caducado al emitir esta Comisión su dictamen.

Al hilo de esta cuestión, conviene poner de manifiesto la necesidad de que el órgano que tramita el procedimiento lleve a cabo la totalidad de los trámites omitidos dentro del plazo para tramitar y resolver el procedimiento, sin perjuicio de la posibilidad de hacer uso de la

facultad de suspenderlo al solicitar nuevo dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora de conformidad con lo previsto en el artículo 22.1.d) de la LPAC, *“[c]uando 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”*.

No obstante, conviene recordar que, para que sea efectiva la suspensión del plazo es preciso, según este precepto, que se comunique a los interesados tanto la petición como la emisión de los informes.

De lo anteriormente expuesto resulta que el procedimiento debe retrotraerse para la emisión de informes por parte del Servicio Jurídico y de la Intervención. Una vez que concluya la instrucción, procede dar audiencia a los interesados, emitir nueva propuesta de resolución y remitir el expediente completo para su dictamen a esta Comisión Jurídica Asesora.

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

## **CONCLUSIÓN**

Procede acordar la retroacción del procedimiento con el objeto de recabar los informes del Servicio Jurídico y de la Intervención. Una vez que se materialicen dichos trámites, deberá otorgarse audiencia a los

interesados, dictar propuesta de resolución y remitir el expediente a esta Comisión Jurídica Asesora para nuevo 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 4 de diciembre de 2018

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 528/18

Excmo. Sr. Consejero de Educación e Investigación

C/ Alcalá, 30-32 – 28014 Madrid