

Dictamen nº: **556/20**

Consulta: **Consejero de Hacienda y Función Pública**

Asunto: **Contratación Administrativa**

Aprobación: **15.12.20**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad en su sesión de 15 de diciembre de 2020, emitido ante la consulta formulada por el consejero de Hacienda y Función Pública, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, sobre la resolución del contrato de obras “*Rehabilitación del edificio, urbanización de la parcela y equipamiento del archivo de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda de la Comunidad de Madrid en el Colegio de San Fernando*”.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 13 de noviembre de 2020 tuvo entrada en este órgano consultivo una solicitud de dictamen, relativa al expediente sobre la resolución del contrato de obras “*Rehabilitación del edificio, urbanización de la parcela y equipamiento del archivo de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda de la Comunidad de Madrid en el Colegio de San Fernando*”, a adjudicar por procedimiento abierto y con pluralidad de criterios de adjudicación.

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

1. El 26 de septiembre de 2018 se aprobaron los pliegos de cláusulas administrativas y prescripciones técnicas del contrato de obras “*Rehabilitación del edificio, urbanización de la parcela y equipamiento del archivo de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda de la Comunidad de Madrid en el Colegio de San Fernando a adjudicar por procedimiento abierto y pluralidad de criterios de adjudicación*”. El valor estimado del contrato era de 6.048.592,87 euros, el sistema de retribución consistía en precios unitarios y el plazo de ejecución de las obras era un total de 19 meses sin recepciones parciales.

2. Tras la oportuna tramitación, se adjudicó el 26 de diciembre de 2018 a la mercantil Ferrovial Agroman S.A. (en adelante, la contratista) formalizándose el contrato el 26 de febrero de 2019. El precio del contrato sería de 6.492.349,42 euros (IVA incluido) y el plazo de ejecución de 19 meses. El acta de comprobación del replanteo se extiende el 25 de marzo de 2019 si bien se decide la suspensión de la obra al no existir plan de seguridad y salud que es aprobado el 13 de junio de 2019. Al día siguiente se extiende nueva acta de comprobación del replanteo autorizándose el inicio de las obras.

3. El 14 de junio de 2019 se formula propuesta de reajuste de anualidades que, tras la audiencia a la contratista que presta su conformidad a la misma, es aprobada por el Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid en su reunión del 30 de julio de 2019.

4. El 31 de julio de 2019 se aprueba el Programa de Trabajo del contrato si bien no consta en la documentación remitida a esta Comisión.

5. El 15 de octubre de 2019 la jefe de división técnica del patrimonio inmobiliario formula una propuesta de aprobación de precios nuevos para el desmontaje, tratamiento y eliminación de la instalación de extinción de incendios por un importe de 17.062,16 euros indicando

que en el Acta nº 1 de Precios Contradicторios y Audiencia al Contratista, elaborada por la dirección facultativa de las obras con la conformidad de la empresa adjudicataria suscrita con fecha 12 de julio de 2019 se justifica la necesidad técnica de esta nueva unidad, se define pormenorizadamente su contenido, su precio y su descomposición en unitarios. Por Orden del Consejero de Hacienda y Función Pública de 28 de octubre de 2019 se aprueban los nuevos precios contradictorios.

6. El 19 de noviembre de 2019 se emite un informe para la propuesta de modificación del contrato a instancias de la arquitecta que dirige las obras al amparo del artículo 204 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 (LCSP/17), como consecuencia de la aparición de circunstancias previstas en el pliego tales como: 1) la aparición de cimentaciones someras y de vigas y cerchas con mayor descuelgue una vez realizadas demoliciones; 2) aparición de zonas estructurales deficientes tras las demoliciones; 3) requerimiento de la Junta Municipal Fuencarral-El Pardo durante el proceso de tramitación de la preceptiva licencia. Igualmente habría circunstancias sobrevenidas e imprevistas a los efectos del artículo 205 de la LCSP/17 como: 1) daños o deficiencias en acometidas del edificio; 2) constatación de distinta configuración de la cubierta existente una vez realizados trabajos de demolición. Considera que las modificaciones no alteran el contrato, no superan el 10% del proyecto inicial y no cabe su licitación independiente.

7. El 21 de noviembre de 2019 el consejero de Hacienda y Función Pública acuerda el inicio del procedimiento de modificación contractual y la suspensión de las obras.

8. El 26 de noviembre de 2019 se levanta acta de suspensión temporal total de las obras adjuntándose un anexo fechado el 4 de diciembre de 2019 en el que se recoge la medición de la obra ejecutada.

9. El 27 de noviembre de 2019 (sin fecha de registro) la contratista presenta un escrito en el que indica que pese a haber firmado el acta de suspensión no se recogieron en la misma sus observaciones al indicarle que existían otras vías para ello. Por ello manifiesta su reserva expresa a reclamar los daños y perjuicios que se deriven de la suspensión y manifiesta los medios personales (seis personas) y materiales que van a quedar afectos a la obra.

10. El 28 de noviembre de 2019 se emite informe de seguridad y salud sobre las medidas a adoptar durante la suspensión. El 12 de diciembre se emite nuevo informe que considera suficientes las medidas adoptadas.

11. El 17 de diciembre de 2019 la contratista presenta un escrito en el que reitera lo expresado en su escrito de 28 de noviembre, se opone a alguna de las mediciones recogidas en el anexo al acta de suspensión y pregunta si la Administración pretende la desmovilización y posterior implantación de las instalaciones en cuyo caso los costes correrían a cargo de la Administración. Asimismo, afirma que la imposibilidad de destinar el personal adscrito a la obra a otras ocupaciones “*por carecer, en este momento, de contratos*”.

12. La Dirección de Patrimonio y Contratación contesta a la contratista el 18 de diciembre de 2019 indicando que la dirección facultativa de la obra ha considerado en el anexo al acta de suspensión que no son necesarios medios personales y de igual forma el informe de seguridad y salud. Por ello: “*(...) esta División técnica considera que la empresa FERROVIAL-AGROMAN S.A debe comunicar al órgano de contratación los operarios o servicios de empresa de protecciones*

colectivas que dispondrá exclusivamente para realizar las tareas de revisión y conservación de los elementos de seguridad colectiva dispuestos en la obra (vallados, señalizaciones, cintas y mallas de balizamiento...) así como la periodicidad con la que realizará el mantenimiento de los mismos. Todo ello se informa sin perjuicio de la obligación del contratista de la conservación y policía de la obra conforme al Pliego de Prescripciones Administrativas Particulares que rigen el contrato”.

13. Con fecha 26 de diciembre de 2019 la dirección de ejecución de la obra emite un informe en el que contradice lo afirmado por la contratista respecto a la medición de la obra ejecutada, en concreto respecto a las partidas 2.2.1 M2 Eliminación por bataches de muro de carga y 2.1.11 M2 Desmontaje y eliminación de falsos techos.

14. El 13 de enero de 2020 la subdirectora general de gestión económico-administrativa contesta a la contratista con base en los anteriores informes.

15. El 10 de febrero de 2020 (sin fecha de registro) la contratista afirma que la Administración no se pronuncia sobre su consulta respecto a la retirada de los medios personales indicando que, en caso de desmovilización y nueva implantación, los costes deberán ser asumidos por la Administración. Reitera las discrepancias en cuanto a los precios, en cuanto al 2.2.1 M2 Eliminación por bataches de muro de carga afirma que ha de hacerse por m^2 en tanto que la Administración aplica un criterio de m^3 y en cuanto a 2.1.11 M2 Desmontaje y eliminación de falsos techos, no puede extenderse el precio de los techos de escayola a los de ladrillo cerámico.

16. El 22 de junio de 2020 se redacta un proyecto modificado.

17. El 26 de junio de 2020 se emite informe favorable de supervisión del proyecto modificado de acuerdo con el artículo 235 de la LCSP/17.

18. El 30 de junio de 2020 se concede audiencia a la contratista respecto a la modificación del contrato, los precios contradictorios que en él figuran y al reajuste de las anualidades. Consta la notificación electrónica realizada el 1 de julio de 2020.

19. Por escrito fechado el 6 de julio de 2020 sin que conste fecha de registro, la contratista se opone a la modificación propuesta por cuanto afirma que comprende 74 precios nuevos, incrementa el propuesto inicial en un 11,3 % y altera unidades del proyecto en 4.889.478,92 euros lo que supone un 105,43% de alteración respecto al presupuesto inicial. Critica, además, que se hayan concedido tres días hábiles para formular alegaciones cuando la obra lleva suspendida desde el 27 de noviembre de 2019 para realizar el modificado de tal forma que se le genera indefensión.

Tras exponer las líneas esenciales de la regulación de los modificados destaca que estos, según la cláusula 29 del Pliego de Cláusulas Administrativas (PCAP) no pueden alterar las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación en tanto que el importe del modificado propuesto en PEM (Presupuesto de Ejecución Material) es de 2.634.958 euros lo que supone un 56,81 % sobre el PEM del presupuesto de adjudicación o un 57,02% del presupuesto de licitación.

Recuerda que el PCAP al admitir la posibilidad de modificar el contrato contemplaba el que, dada la antigüedad del edificio, fuese necesaria la modificación del contrato al aparecer problemas no detectados en el estudio geotécnico por lo que “*Únicamente, en los supuestos descritos anteriormente sería admisible una modificación del contrato, que alcanzase los trabajos necesarios para la consolidación de*

las zonas en riesgo, con objeto de salvaguardar la inversión y llevar a buen puerto el objetivo previsto de la edificación.” y asimismo destaca que preveía que “la modificación no podrá suponer el establecimiento de nuevos precios unitarios no previstos en el contrato”.

Añade que la LCSP/17 contempla en el artículo 206 los requisitos necesarios para que procedan las modificaciones contractuales no previstas en los pliegos y en el artículo 242 regula específicamente las modificaciones de los contratos de obras.

Afirma que la memoria del proyecto modificado recoge como causas justificativas la aparición de cimentaciones someras y de vigas y cerchas con mayor descuelgue y el mayor conocimiento del terreno, cimentación y estructura del edificio que ha permitido caracterizar deficiencias e implicaciones de las cimentaciones y estructura del edificio.

Sin embargo, considera que no es cierto que esas circunstancias se hayan conocido como consecuencia de demoliciones de estructuras del edificio, sino que el proyecto se elaboró sobre la base de datos no contrastados e insuficientes algo contrario a la prudencia máxime tratándose de una rehabilitación. Entiende, además, que no se tuvieron en cuenta datos recogidos en el informe de INTEMAC de 22 de mayo de 2015 recogidos en la memoria ya que pese a no ser un estudio geotécnico ya advertía de problemas en la cimentación.

Adjunta una serie de fotografías en las que, según afirma, se aprecia que las vigas y cerchas metálicas con mayor descuelgue eran visibles a simple vista y fácilmente medibles y en otras se apreciaría lo que parece la reposición a su estado primitivo de una serie de catas que se habrían realizado y en las que se deberían haber extraído datos para detectar el estado agotado de las cerchas y planear la adecuada ejecución de la obra por lo que una elaboración adecuada del proyecto habría evitado la necesidad del modificado.

Por ello una correcta elaboración del proyecto habría evitado que el modificado tuviese que incidir sobre una serie de aspectos tales como:

- 1) Ajustar la cota de entreplanta perimetral y reducir su espesor.
- 2) Ajustar la cota de la entreplanta calada entre los depósitos.
- 3) Ejecutar una estructura independiente de las estanterías que pierda la relación geométrica con la modulación de estas.
- 4) La adaptación del equipamiento de los depósitos A, B, C, D, E y F.
- 5) Implicaciones en la estructura y cimentación del edificio.
- 6) Patologías de oxidación y protección para resistencia al fuego de las cerchas metálicas.

Entiende que también se debería haber comprobado con carácter previo a la redacción del proyecto de ejecución la viabilidad de las acometidas generales del edificio y los entronques de salidas de saneamiento, pluviales y fecales que también son alteradas en el modificado.

A continuación, expone una serie de unidades de obra que son objeto de modificación limitándose a las que considera más importante (por la escasez del plazo concedido) si bien considera que las conclusiones se pueden extender a las demás. En síntesis, analiza tales unidades y concluye que las actuaciones a realizar en el proyecto modificado debían haberse previsto en el proyecto inicial no siendo así por falta de diligencia y por no haber comprobado visualmente el edificio con estudios de campo y toma de datos.

En concreto y respecto del cambio del sistema de equipamiento destaca su importancia dada la enorme carga de fuego del archivo y la

necesidad de cumplir el Reglamento de Seguridad contra Incendios lo que habría exigido un especial cuidado en su redacción y si el motivo del cambio del sistema estándar del proyecto inicial radica en la existencia de vigas longitudinales a menor altura de la prevista y, en menor medida, la cimentación superficial de los pilares a conservar que sujetan la nave central, esas circunstancias se podían haber previsto a partir del informe de INTEMAC.

A juicio de la contratista una modificación de esa naturaleza supone una modificación sustancial del contrato a lo que añade que parece haber una errata en el número de cajas (capacidad).

La contratista analiza también el proyecto modificado en lo relativo a la cimentación y estructura efectuando una serie de consideraciones de marcado carácter técnico que cuestionan las soluciones adoptadas al calificarlas de erróneas o insuficientes.

En lo que respecta a los precios del modificado los rechaza puesto que considera que no está obligada a aceptarlos al amparo del artículo 242 de la LCSP/17 y su interpretación recogida por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su Informe 85/18. Por esta razón solicita que se proceda a la resolución del contrato al amparo del artículo 211.1 g) de la LCSP/17.

Para concluir también se muestra disconforme con que el plazo pase de 19 a 22 meses sin añadir el periodo de suspensión.

Aporta un informe explicativo de sus divergencias respecto de los precios fijados en el proyecto modificado.

20. Consta que se concedió audiencia a la redactora del proyecto que remitió el 3 de julio de 2020 un correo electrónico a la Consejería en el que se limita a indicar que el contenido de la notificación “*trata sobre*

el contrato de las obras y es conforme a lo contenido en el proyecto modificado." No obstante, añade que: "*Pero quiero señalar y ruego quede constancia mediante el presente escrito, que, como ya he comunicado anteriormente, solicito que el contrato de dirección de obra sea regularizado o extinguido*". Partiendo de este correo electrónico la jefa de división de Patrimonio Inmobiliario entiende que presta su conformidad al modificado sin perjuicio de que pueda tenerse en cuenta a los efectos del contrato de servicios de dirección de las obras

21. El 13 de julio de 2020 la Dirección General de Patrimonio y Contratación emite un informe en contestación a las alegaciones de la contratista. Afirma que el 4 de noviembre de 2019 la contratista presentó un escrito en el que solicitaba la suspensión temporal de las obras y la aprobación de un modificado respecto de una serie de aspectos que se habían advertido tras el inicio de la obra. Posteriormente, el 13 de noviembre la directora de las obras solicitó autorización para iniciar la redacción de un proyecto modificado que recogiese las circunstancias advertidas tras el inicio de las obras y las recogidas en la licencia de obras.

Redactado ese modificado supone un incremento global de presupuesto del 11,71% respecto del precio inicial IVA excluido y nuevos precios unitarios no previstos en el contrato. Expone las concretas actuaciones recogidas en el modificado y considera que las mismas encajan dentro de las posibles modificaciones previstas en los pliegos o bien se trata de circunstancias sobrevenidas e imprevisibles que exigen la modificación.

Destaca que la propia contratista reconoció en su escrito de 4 de noviembre de 2019 que tras el inicio de las obras se observó la existencia de cimentaciones someras, así como cerchas y vigas lineales corridas a distinta altura de la prevista lo que exigía realizar un estudio geotécnico completo. Por ello ha de rechazarse la afirmación de la contratista en

cuanto a que se trata de circunstancias que debían estar previstas en el proyecto a lo que se suma el que la propia contratista no hiciese reservas en el acta de comprobación del replanteo ni en el acta de replanteo e inicio de las obras. Si las deficiencias hubieran estado a la vista no habría firmado tales actas que son posteriores a la toma de datos, fotografías y análisis efectuado por la propia contratista.

Entiende que la Administración ha actuado correctamente de acuerdo con los requisitos establecidos en la legislación aplicable a los modificados contractuales. Respecto a la disconformidad de la contratista con los precios contradictorios basada en los cambios de las condiciones de ejecución de muchas partidas desde el momento de la licitación y en la falta de actualización de los precios nuevos a precios de mercado, el informe destaca que la contratista no concreta a qué cambios en las condiciones de ejecución se refiere en tanto que los precios se ajustan a lo dispuesto en el artículo 153 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP). En lo relativo a los precios de mercado los precios nuevos se calculan con arreglo a lo establecido en el artículo 158 del RGLCAP que alude a los costes que correspondiesen a la fecha de adjudicación y rechaza la utilización de los datos elaborados por el Colegio Oficial de Arquitectos Técnicos de Guadalajara máxime cuando en la fijación de los precios la autora del proyecto ha empleado su propia experiencia.

En cualquier caso, considera aplicable lo establecido en el artículo 242 de la LCSP/17 de tal forma que procedería la resolución del contrato.

TERCERO.- Como consecuencia de lo anterior, se inicia la tramitación del presente procedimiento de resolución contractual con las siguientes actuaciones:

1. El 13 de julio de 2020 el director general de Patrimonio y contratación formula una propuesta de inicio del procedimiento de resolución del contrato al amparo del artículo 211.1 h) en relación con el artículo 242.2 de la LCSP/17. El procedimiento de resolución se inicia por Orden del consejero de Hacienda y Función Pública de esa misma fecha.

2. El 14 de julio de 2020 se concede trámite de audiencia a la contratista que presenta escrito de alegaciones fechado el 10 de julio (sin que conste una vez más fecha de registro de entrada).

En primer lugar, reitera (frente a lo recogido en el informe de la Dirección General de Patrimonio y Contratación) la improcedencia del proyecto modificado al pretender solventar deficiencias del proyecto original. Por ello no está de acuerdo con el contenido del citado informe ni con el de la autora del proyecto que considera que solo persigue eximirse de sus posibles responsabilidades. Como consecuencia de ello entiende aplicable la causa de resolución del artículo 211.1 g) de la LCSP/17 y por ello reclama el 3% de la obra pendiente de ejecutar, esto es, 129.026,76 euros. Defiende la aplicación de los precios del Colegio de Arquitectos Técnicos de Guadalajara al ser una base utilizada en la práctica de la construcción incluso por los tribunales máxime al no ofrecer la Administración una alternativa.

Por ello aun cuando la oposición del contratista a los precios contradictorios es causa de resolución entiende aplicable la del artículo 211.1 g) de la LCSP/17 por ser anterior en el tiempo. No obstante reclama por esta otra causa el 6% de la obra pendiente de ejecutar, esto es, 258.053,51 euros.

Reclama además la indemnización de daños y perjuicios que considera compatible con las anteriores indemnizaciones. En concreto,

durante el periodo que abarca del 14 de junio al 26 de noviembre de 2019:

-Gastos de personal adscrito a la obra: 124.479,69 euros.

-Importe pendiente de amortizar sobre los costes indirectos habidos: 84.850,24 euros.

-Otros costes indirectos: 7.998,89 euros.

-Gastos generales no amortizados: 57.894,31 euros

En el periodo de suspensión del contrato del 26 de noviembre de 2019 hasta el 14 de julio de 2020:

-Gastos de personal adscrito a obra: 179.430,24 euros.

-Otros costes indirectos: 15.199,98 euros.

-Gastos generales no amortizados: 258.829,72 euros.

-3% de la obra dejada de ejecutar: 59.729,94 euros.

De otro lado reclama también que se abone el importe de los trabajos ejecutados y que se incremente la certificación nº 6 en 112.034 euros alcanzado un total de 117.121,99 euros PEC I/IVA.

Se hace también expresa reserva de lo abonado en impuestos y tasas locales si no es devuelto por la Administración.

Adjunta diversa documentación (cuadros, facturas, etc.).

3. El 27 de julio de 2020 se da traslado de las alegaciones de la contratista a la dirección de obra y a la dirección ejecutiva de la obra.

4. Por escrito de 14 de julio de 2020 emite informe la dirección facultativa de la obra. En el mismo responde a las críticas técnicas contenidas en los escritos de la contratista y considera correctos los precios del modificado al basarse en los precios del proyecto adjudicado. Asimismo presenta un escrito fechado el 29 de julio de 2020 en el que indica que la contratista ha venido desatendiendo las instrucciones de obra en lo relativo a que concretase el plan de trabajo ya que solo desarrollaba hitos generales por capítulos por lo que no se podía hacer un seguimiento de cada una de las actividades tal y como se recoge en las actas de obra desde la nº 6 (26 de julio de 2019) hasta la nº 18 (8 de noviembre de 2019). Destaca que en el acta nº 15 se recogió la primera discrepancia con el plan de trabajo ya que el inicio de los trabajos del capítulo 3 presentaba un retraso de una semana. Desde ese momento constan reiterados asuntos pendientes e instrucciones de obra que no fueron atendidos por la contratista por lo que no es posible resolver las contingencias de obra que van surgiendo.

5. El director de ejecución de la obra firma el 4 de agosto de 2020 un informe en el que destaca que a lo largo de la obra han existido retrasos imputables a la actuación de la contratista que en otras ocasiones se negó a realizar actuaciones si no se aprobaban nuevos precios. Por esta razón se comenzó la redacción de un proyecto modificado. La obra habría seguido un proceso conforme al plan de trabajo (con alguna desviación) hasta la tercera semana de octubre cuando la contratista determinó que no continuaría y se concluyó la necesidad de un proyecto modificado. En cuanto a la desviación entre lo certificado y el programa de trabajo indica que la certificación recoge todo lo ejecutado no incluyendo aquellas partidas que no se ejecutan. El señalar que se han ejecutado unos trabajos no significa que se puedan certificar en tanto no se cumplan todos los parámetros que marca el proyecto.

6. El 19 de agosto de 2020 emite informe la División Técnica del Patrimonio Inmobiliario (Dirección General de Patrimonio y Contratación). Considera que la redacción del proyecto modificado estaba justificada por la aparición de circunstancias previstas en los pliegos como por otras imprevistas rechazando la existencia de defectos en el proyecto inicial y destacando el informe de INTEMAC. Por ello considera correcto el proyecto modificado y susceptible de ser aprobado. Entiende que los precios contradictorios del proyecto modificado rechazados por la contratista y que constituyen la causa de resolución invocada por la Administración son correctos ya que se atienen a los costes elementales recogidos en el proyecto adjudicado. Se remite a los informes de la dirección de obra y de la dirección de ejecución de obra y considera que las otras cuestiones planteadas por la contratista (abono de gastos y abono de la obra ejecutada) no han de plantearse en el presente procedimiento.

7. El 8 de septiembre de 2020 emite informe favorable la letrada jefe-adjunta del Servicio Jurídico en la Consejería de Hacienda y Función Pública (Abogacía General de la Comunidad de Madrid).

8. Consta una propuesta de orden (sin fecha ni firma) en la que se propone resolver el contrato al amparo del artículo 221.1 h) en relación con el artículo 242 de la LCSP/17 y proceder a la devolución de la garantía definitiva. Consta también la propuesta de acuerdo del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid autorizando la resolución.

9. El 16 de octubre de 2020 la interventora general de la Comunidad de Madrid emite informe de fiscalización favorable con cita del Dictamen 265/20, de 30 de junio, de la Comisión Jurídica Asesora.

10. El 28 de octubre de 2020 el secretario general técnico de la Consejería de Hacienda y Función Pública contesta las observaciones contenidas en el informe favorable de la Intervención. En concreto

destaca que no se ha dado audiencia al entidad aseguradora que presta el seguro de caución que constituye la garantía definitiva puesto que no se propone su incautación y en cuanto a la mención del citado Dictamen 265/20 afirma que: “*Supuesto bien distinto es, sin embargo, el examinado y objeto del Dictamen 265/2020 de 30 de junio que toma como referencia la Intervención General en su informe, ya que dicho supuesto parte de una demora en el cumplimiento de los plazos de ejecución del contrato que conduce a su propuesta de resolución por incumplimiento del contratista de su obligación de ejecutar el contrato en los plazos previstos de acuerdo con lo dispuesto en el art. 211.1.d) de la LCSP y, se determina, además, que este incumplimiento es culpable, considerando que la causa aducida por el contratista para exonerarse de ese incumplimiento, su disconformidad con los precios fijados y la necesidad de tramitación de un procedimiento modificado, no le exime de culpa por lo dispuesto en la cláusula 33 del PCAP*”.

10. Consta un nuevo borrador de propuesta de Orden resolviendo el contrato al amparo del artículo 221.1 h) en relación con el artículo 242 de la LCSP/17 con devolución de la garantía definitiva.

11. El 6 de noviembre de 2020 el consejero de Hacienda y Función Pública solicita el dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora con entrada en la misma el 13 de dicho mes.

12. El 19 de noviembre de 2020 tiene entrada en esta Comisión la Orden de 17 de noviembre por la que se acuerda la suspensión del plazo para resolver por el tiempo que media entre la petición del dictamen y su recepción. Consta la notificación a la contratista con fecha 18 de noviembre.

CUARTO.- El consejero de Hacienda y Función Pública formula preceptiva consulta por trámite ordinario que ha tenido entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora el 13 de noviembre de 2020,

correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, al letrado vocal D. Carlos Yáñez Díaz, que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada, por unanimidad, en el Pleno de la Comisión en su sesión de 15 de diciembre de 2020.

El escrito solicitando el informe preceptivo fue acompañado de la documentación que se consideró suficiente.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La petición de dictamen se ha de entender realizada al amparo de lo dispuesto en el artículo 5.3.f) d. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, a cuyo tenor la Comisión Jurídica Asesora deberá ser consultada en los expedientes tramitados por las Universidades públicas en los supuestos de “*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 de las Administraciones públicas*”, y ha sido formulada por órgano competente para ello en virtud de lo dispuesto en el artículo 18.3.d) del ROFCJA.

SEGUNDA.- El contrato cuya resolución se pretende se adjudicó el 26 de diciembre de 2018. De esta forma resulta de aplicación la LCSP/17.

En cuanto a la competencia para acordar la resolución de los contratos administrativos, el artículo 190 de la LCSP/17 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 esta”.

En este caso, el órgano de contratación es el consejero de Hacienda y Función Pública conforme establece el artículo 63 de la Ley 1/1983, de 13 de diciembre, de Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid, sin perjuicio de posibles delegaciones. Asimismo, al haber autorizado el Consejo de Gobierno la celebración del contrato ha de autorizar igualmente su resolución de acuerdo con el artículo 64.2 de la citada Ley 1/1983.

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 (esto es, el 13 de julio de 2020), lo que supone la aplicación de la LCSP/17, en particular de sus artículos 191 y 212. 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 la Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), referido específicamente al “*procedimiento para la resolución de los contratos*”.

De forma subsidiaria se aplicará, conforme la disposición final 4^a de la LCSP/17, la legislación de procedimiento administrativo, en concreto la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC).

En particular, el artículo 191.1 de la LCSP/17 requiere que en el correspondiente expediente se dé audiencia al contratista. Asimismo, el artículo 109 del RGCAP exige la audiencia al avalista o asegurador “*si se propone la incautación de la garantía*”, como es el caso. En el caso sujeto a dictamen, se ha respetado el derecho de audiencia de la contratista,

que ha formulado las alegaciones que ha tenido por convenientes y al no proponerse la incautación de la garantía no se ha dado audiencia a la entidad aseguradora que prestó el seguro de caución en el que se materializó la garantía definitiva.

Se ha emitido el informe de la Abogacía General de la Comunidad de Madrid conforme establece el artículo 109 del RGLCAP. Asimismo, ha emitido informe de fiscalización previa la Intervención General de la Comunidad de Madrid.

Igualmente, se ha incorporado al expediente administrativo la oportuna propuesta de resolución, en la que se desestiman las alegaciones de la contratista.

De conformidad con el apartado tercero del artículo 191.3 de la LCSP/17, será 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, como es el caso, en que hay discrepancia en cuanto a la aplicación de la causa de resolución.

En relación con el plazo para resolver, el artículo 212.8 de la LCSP/17 establece un plazo máximo para resolver de ocho meses.

Como venimos indicando, el presente procedimiento se inició el 13 de julio pasado. Por ello, en la fecha en la que tuvo entrada en esta Comisión, el procedimiento no había caducado a lo que ha de sumarse que, por Orden de 17 de noviembre de 2020, se ha suspendido el plazo para resolver de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22.1 d) de la LPAC. Consta que se ha notificado dicha Orden a la contratista.

TERCERA.- La propuesta de resolución considera que procede la resolución del contrato al amparo de lo establecido en el artículo 211.1

h) de la LCSP/17 en relación con el artículo 242.2 de la citada ley al no aceptar la contratista los precios contradictorios previstos en el proyecto modificado del contrato inicial que no llegó a aprobarse por esa oposición.

Por el contrario, la contratista considera aplicable lo establecido en el artículo 211.1 g de la LCSP/17 al considerar que la resolución del contrato obedece a la imposibilidad de modificar el contrato toda vez que entiende que el proyecto de obra presentaba una serie de deficiencias que implicarían que no pudiese acudirse a la modificación contractual ni en cuanto a aquellos aspectos que aparecían recogidos en el propio pliego conforme el artículo 204 de la LCSP/17 ni por concurrir circunstancias sobrevenidas e imprevisibles al amparo del artículo 205 de la citada ley.

De los escritos de la Administración, de la dirección facultativa de las obras y de las alegaciones de la contratista se extrae sin dificultad que el proyecto licitado no puede ejecutarse toda vez que han aparecido una serie de problemas constructivos que requieren la modificación del proyecto inicial. Sin embargo, también se aprecia que desde el inicio de las obras han surgido discrepancias entre la contratista y la dirección facultativa tanto en lo relativo a las modificaciones necesarias para solventar tales problemas como, especialmente, sobre los precios aplicables a esas modificaciones.

Las modificaciones contractuales son una de las tradicionales prerrogativas de la Administración, tal y como recoge el artículo 190 de la LCSP/17 junto con la de interpretación, suspensión de su ejecución, resolución y la declaración de la responsabilidad imputable al contratista.

Las modificaciones aprobadas por la Administración son obligatorias para el contratista cuando se trate de aquellas previstas en

el pliego a las que se refiere el artículo 204 de la LCSP/17 y, cuando se trate de las debidas a circunstancias nuevas e imprevistas conforme el artículo 205, siempre que impliquen, aislada o conjuntamente, una cuantía que no exceda del 20% del precio inicial del contrato, IVA excluido (artículo 206 de la LCSP/17).

La modificación del contrato de obras tiene una serie de previsiones específicas en el artículo 242 de la LCSP/17 que se remite al artículo 206 en lo relativo a la obligatoriedad de las modificaciones contractuales. En su apartado segundo contempla los supuestos en los que las modificaciones supongan la introducción de unidades de obra no previstas en el proyecto o cuyas características difieran de este, y no sea necesaria una nueva licitación, los precios aplicables a estas serán fijados por la Administración previa audiencia del contratista. Si este no aceptase los precios, el órgano de contratación podrá contratarlas con otro empresario, ejecutarlas directamente “*(...) u optar por la resolución del contrato conforme el artículo 211 de esta Ley*”.

Esta posibilidad de resolución contractual no figuraba en los textos legales anteriores en materia de contratación pública ni en el proyecto de ley presentado en el Congreso de los Diputados (artículo 240) y fue introducida en la LCSP/17 en su tramitación parlamentaria a raíz de la enmienda 395 del Grupo Parlamentario Ciudadanos con la siguiente justificación “*La enmienda establece que en caso de que el contratista no aceptase la modificación de precios propuesta el órgano de contratación podrá contratarlas con otro empresario en los mismos precios que hubiese fijado, ejecutarlas directamente u optar por la resolución del contrato conforme al artículo 209 de esta Ley*

Ha de tenerse en cuenta que, junto a la libertad que en este caso concede la ley al contratista para aceptar o no los precios fijados por la Administración, el precepto concede a esta, en caso de negativa del

contratista, la posibilidad continuar la obra contratando a otra empresa para la obra nueva, ejecutarla ella misma y, con la nueva redacción, proceder a la resolución del contrato.

En el caso que nos ocupa, no se discute que la modificación contractual supone la inclusión de unidades de obra nuevas y que los precios fijados de forma contradictoria para las mismas han sido rechazados por la contratista. Esta se opone a la resolución tal y como ha sido planteada entendiendo que no es posible la modificación contractual al no cumplirse los requisitos exigidos por el artículo 205 de la LCSP/17 para las modificaciones no previstas en el pliego lo que conduciría a la aplicación de la causa de resolución prevista en el apartado g) del artículo 211.1 de la LCSP/17, esto es, “*La imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a los artículos 204 y 205; o cuando dándose las circunstancias establecidas en el artículo 205, las modificaciones impliquen, aislada o conjuntamente, alteraciones del precio del mismo, en cuantía superior, en más o en menos, al 20 por ciento del precio inicial del contrato, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido*”, entendiendo que esa causa sería, además, anterior en el tiempo a la invocada por la Administración y por tanto aplicable conforme establece el apartado 2 del citado artículo 211.

El proyecto modificado se basa tanto en causas previstas en los pliegos como en otras de naturaleza sobrevenida e imprevisible.

Si bien la contratista rechaza este carácter entendiendo por el contrario que se trataría de deficiencias del proyecto original, cabe entender que se ha justificado por la Administración ese carácter imprevisto tanto por los informes de la Dirección General de Patrimonio y Contratación como por los informes de la dirección facultativa de la obra ya que, si bien es la redactora del proyecto inicial y del modificado, debe destacarse su experiencia en obras de restauración. Igualmente ha

de destacarse que la modificación propuesta suponía un incremento global de presupuesto del 11,71% respecto del precio inicial, IVA excluido.

Las alegaciones de la contratista son rechazadas de forma motivada en dichos informes por lo que al considerar que, en efecto, concurren esas circunstancias imprevisibles y que el presupuesto modificado no supone un incremento global del 20% del precio inicial del contrato, la modificación sería obligatoria para la contratista conforme el artículo 206.1 de la LCSP/17 sin perjuicio de su derecho a recurrirla. De igual forma tampoco cabe entender que la modificación propuesta altere la naturaleza global del contrato, sino que se trata de responder a necesidades derivadas de la conversión en archivo de unas edificaciones preexistentes de una cierta antigüedad (años 40 del siglo XX) y que contaban con una inspección técnica de edificios desfavorable en el año 2013.

Ahora bien, como se ha indicado, el artículo 242 de la LCAP/17 tras remitirse al artículo 206 recoge la especialidad para el contrato de obras de la posibilidad del contratista de rechazar los precios contradictorios aprobados por la Administración, cosa que ha hecho expresamente en el trámite de audiencia concedido en el procedimiento de modificación contractual al amparo del artículo 191.1 de la LCSP/17 (documentos 44 y 45 del expediente).

No consta en el expediente remitido a esta Comisión que el proyecto modificado haya sido aprobado por el órgano de contratación sino que, al oponerse la contratista al modificado y a los precios contradictorios, se ha optado por la resolución del contrato. Consta a estos efectos que la Dirección General de Patrimonio y Contratación rechazó las alegaciones de la contratista entendiendo que el proyecto modificado se ajustaba a las prescripciones legales y era susceptible de ser aprobado (documento

46) si bien al oponerse a los precios procedía iniciar el procedimiento de resolución conforme el artículo 242.2 de la LCSP/17.

En definitiva, se trata de un supuesto en el que el proyecto inicial no puede ejecutarse y la contratista rechaza su modificación y los precios propuestos por la Administración por lo que ambas partes del contrato están conformes en la necesidad de resolverlo. La Administración ha optado por su resolución al entender que no procede la licitación de la obra nueva a favor de otro contratista y no disponer de medios propios.

La discrepancia estriba en entender si es aplicable la causa g) o la causa h) del artículo 211.1 de la LCSP/17.

Como se ha indicado, la posibilidad de que la Administración resuelva el contrato se introdujo en la tramitación parlamentaria de la LCSP/17. Este hecho permite entender que es una causa específica de resolución al margen de las que ya venía recogiendo tanto la normativa anterior como el proyecto de ley. No sería de aplicación la causa del apartado g) del artículo 211 que era una causa que ya estaba recogida en la legislación anterior. Se sobreentiende que, si el legislador consideró necesario introducir la resolución para los casos en los que el contratista rechaza los precios del modificando, ello fue debido a que tal supuesto no estaba contemplado en la causa del apartado g) cuyo ámbito de aplicación se limita a aquellos casos en los que no resulta posible la modificación del contrato o las modificaciones superen el 20% del precio inicial del contrato en cuyo caso el contratista tiene el derecho de rechazar la modificación propuesta.

A mayor abundamiento, estas circunstancias no concurren en este caso por lo que no cabe su aplicación al amparo del artículo 211.2 de la LCSP/17, tal y como solicita la contratista.

Esta Comisión considera que, partiendo de los “*antecedentes históricos y legislativos*” ex artículo 3.1 del Código Civil, la referencia a la resolución del artículo 242.2 de la LCSP/17 ha de entenderse como una causa de resolución autónoma y específica del contrato de obras lo que conduce a la aplicación del apartado h) “*las que se señalen específicamente para cada categoría de contrato en esta Ley*” del artículo 211.1 de la LCSP/17.

Este es igualmente el criterio que recoge el Informe 85/18 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado al indicar, a propósito del artículo 242.2 de la LCSP/17, al entender que:

“Ninguna de las tres opciones obliga al contratista a aceptar los precios fijados por la Administración y ninguna de ellas implica al mismo contratista en la ejecución de las unidades de obra no previstas en el proyecto o cuyas características difieran de las fijadas en este. La remisión que el precepto hace al artículo 211 LCSP, que trata de las causas de resolución de los contratos en general, no parece referirse a la letra g) del apartado 1 del precepto sino a la letra h), que considera causas de resolución las que se señalen específicamente para cada categoría de contrato en la Ley. En efecto, no estamos ante un supuesto legal de modificación no prevista en que quepa resolver el contrato porque se excedan los límites del artículo 211 LCSP, sino ante una causa de resolución que está establecida especialmente en las normas reguladoras del contrato de obras”.

Por tanto, ha de concluirse que el derecho del contratista a oponerse a los precios contradictorios fijados en el modificado concede a la Administración la facultad de optar por la resolución del contrato, apareciendo esa facultad en la LCSP/17 como una causa específica de resolución del contrato de obras.

CUARTA.- Una vez que se ha fijado que la presente resolución contractual encuentra su fundamento legal en el artículo 211.1 h) en relación con el artículo 242.2 de la LCSP/17 han de fijarse los efectos de la resolución.

El artículo 213 de la LCSP/17 distingue entre los supuestos de mutuo acuerdo en los que ha de estarse a lo acordó y los de incumplimiento de alguna de las partes.

En este caso no puede decirse que haya ningún incumplimiento de alguna de las partes por lo que no cabe la indemnización de daños y perjuicios a favor de ninguna de las dos partes contractuales.

Tampoco estamos ante ninguna de las causas específicas de resolución del contrato de obras contempladas en el artículo 245 de la LCSP/17 como lo demuestra el que el artículo 242 se remita expresamente al artículo 211, lo que excluye la equiparación de esta facultad con el desistimiento contractual.

Ya se ha indicado que no procede la aplicación del artículo 211.1 g) de la LCSP/17 pero, en relación con los efectos de esta causa, resulta ilustrativo que el artículo 213.4 excluya de la indemnización del 3% del importe de la prestación dejada de ejecutar los casos en los que el contratista rechace la modificación propuesta por la Administración, acogiendo así una sugerencia del Consejo de Estado en su Dictamen 1116/2015, de 10 de marzo de 2016, al indicar que “*(...) una cosa es dotar de carácter potestativo a la reforma contractual por encima del 20% del precio inicial y otra distinta incentivar al contratista para que la rechace abonándole una indemnización en tal coyuntura. Podrá o no prestar su conformidad a la modificación, pero no es procedente resarcir al contratista con el 3% de la prestación dejada de realizar en el supuesto en el que se niegue a aceptarla*”.

Por ello ha de acudirse a lo establecido en el artículo 246.1 de la LCSP/17 y proceder a la comprobación, medición y liquidación de las obras realizadas con arreglo al proyecto, fijando los saldos pertinentes a favor o en contra del contratista, sin indemnización alguna a favor del contratista.

Por último y en aplicación de lo establecido en el artículo 213.5 de la LCSP/17 la resolución ha de contener pronunciamiento expreso sobre la garantía definitiva.

Al no existir incumplimiento culpable de la contratista sino, por el contrario, el ejercicio por esta de un derecho legalmente reconocido (el rechazo a los precios propuestos por la Administración) que a su vez ha permitido a esta última optar por la resolución del contrato, procede la devolución a la contratista al no existir ninguna de las responsabilidades a las que está afecta conforme el artículo 110 de la LCSP/17.

Este es el criterio que recoge la propuesta de resolución y que justifica que no se haya dado audiencia a la entidad que prestó el seguro de caución en que se materializó dicha garantía.

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

CONCLUSIÓN

Procede la resolución del contrato de obras “*Rehabilitación del edificio, urbanización de la parcela y equipamiento del archivo de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda de la Comunidad de Madrid en el Colegio de San Fernando*” con devolución de la garantía definitiva.

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 15 de diciembre de 2020

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 556/20

Excmo. Sr. Consejero de Hacienda y Función Pública

C/ Ramírez de Prado, 5 Bis – 28045 Madrid