

Dictamen nº: **43/23**

Consulta: **Vicepresidente, Consejero de Educación y Universidades**

Asunto: **Contratación Pública**

Aprobación: **26.01.23**

**DICTAMEN** del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 26 de enero de 2023, emitido ante la consulta formulada por el vicepresidente, consejero de Educación y Universidades de la Comunidad de Madrid, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en relación con el expediente sobre resolución del contrato denominado “*construcción del IES Ana Frank (línea 2, 8+4) de Aravaca: 8 aulas de secundaria, 4 aulas de bachillerato, 5 aulas específicas, 5 seminarios, 2 aulas de desdoble, 2 aulas de pequeño grupo, administración, biblioteca y pista deportiva*” suscrito con la empresa UTE URVIOS, CONSTRUCCIÓN Y SERVICIOS, S.L.-PROFORMA, EJECUCIÓN DE OBRAS Y RESTAURACIONES, S.L., (en adelante “*la contratista*”).

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.**- El día 5 de enero de 2023 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen preceptivo procedente de la Comunidad de Madrid.

A dicho expediente se le asignó el número 1/23 comenzando el día señalado el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 23.1 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora, aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero, del Consejo de Gobierno (en adelante, ROFCJA).

La ponencia ha correspondido, por reparto de asuntos, al letrado vocal D. Javier Espinal Manzanares, 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 26 de enero de 2023.

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

Mediante Orden del consejero de Educación y Juventud de fecha 15 de julio de 2021 se aprobó el Proyecto de ejecución de las obras de referencia.

El Pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP) para la contratación de las obras fue aprobado por Orden del consejero de Educación y Juventud de fecha 21 de octubre de 2021 para su adjudicación mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios.

La adjudicación del contrato se acordó mediante Orden del consejero de Educación, Universidades, Ciencia y portavoz del Gobierno de fecha 28 de marzo de 2022.

Con fecha 5 de mayo de 2022 se suscribe entre la Administración y la contratista el contrato de obras de referencia, en el que por lo que interesa se señala que la contratista se compromete a llevar a cabo la ejecución de este contrato de obras con estricta sujeción al proyecto

aprobado por la Administración y al PCAP. Se prevé igualmente que tienen carácter contractual los siguientes documentos integrantes del proyecto: el pliego de prescripciones técnicas, el presupuesto, los cuadros de precios unitarios y descompuestos, los planos y la memoria en lo referente a la descripción de los materiales básicos o elementos que forman parte de las unidades de obra.

Por lo que luego será de relevancia, se ha de señalar que en su cláusula tercera se señala que “*el contratista se obliga a cumplir el contrato en el plazo total de 12 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 llevará 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 193 de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público, de 8 de noviembre (en adelante LCSP).*

**TERCERO.-** Expuesto el marco contractual que enmarca el contrato cuya resolución se interesa, hemos de considerar las actuaciones previas que finalmente desembocan en el procedimiento de resolución incoado por la Administración.

Mediante escrito de 19 de mayo de 2022, dirigido a la Dirección General de Infraestructuras y Servicios, la contratista solicita el cambio de estructura metálica a estructura prefabricada en la

ejecución del contrato referenciado. Solicitud respondida por oficio de 8 de junio de 2022 de la dirección general, por el que se le comunica a la contratista que la Dirección Facultativa de la obra ha emitido informe técnico de contestación, señalando que la estructura metálica del proyecto está definida y calculada adecuadamente, que en la actualidad se están ejecutando obras similares sin retrasos en el suministro y montaje del acero, y recordándole que, de acuerdo con la cláusula 5 del contrato, no procede la revisión de precios.

El 2 de junio de 2022, se levanta acta de comprobación de replanteo de la obra, formulando el contratista las siguientes reservas: a) incremento extraordinario de los costes de materias primas y energía; b) el proyecto no dispone de precio de transporte a vertedero de tierras y escombros a 65 km ida y vuelta; c) el presupuesto no recoge la existencia de una cantidad importante de escombro mezclado y d) no está aprobado el plan de seguridad y salud.

Por la Dirección Facultativa de la obra se entienden infundadas dichas reservas, por lo que autoriza y ordena el inicio de la obra.

Por escrito de 8 de junio de 2022 dirigido al órgano de contratación, la contratista informa de que existen impedimentos para la continuidad de los trabajos, debido a causas ajenas al contratista en los trabajos de gestión de residuos y la carga con transporte a vertedero. Señala al respecto que el presupuesto no tiene provisión económica de partida para albergar el escombro sucio, ya que solo dota el escombro limpio. Igualmente, alega que el precio de la partida del proyecto del capítulo de movimientos de tierra no se corresponde con los 70 km de ida y vuelta que se refleja en la realidad.

Por otro escrito de 20 de junio de 2022, la contratista viene a solicitar las siguientes actuaciones: a) aprobar el plan de seguridad y salud acorde con la realidad de la obra; b) realizar los precios contradictorios necesarios para la realización de la obra; c) realizar un

proyecto modificado; d) compensar los sobrecostes que están generando al contratista el retraso en el inicio de la obra y la paralización provocada por la Dirección de la obra y e) restablecer el reequilibrio económico de las partidas que han sufrido un incremento no previsible desde que se presentó la licitación.

Ambos escritos son objeto de contestación por la Dirección Facultativa de la obra, en sendos informes técnicos de 28 de junio de 2022, referidos igualmente a la situación y estado de las obras. Por la mencionada Dirección de la obra se concluye al respecto que:

*“no se considera aceptable la reclamación relacionada con la gestión de residuos puesto que el proyecto contempla dicha gestión y la posible variación en las mediciones está dentro de los límites del Art.242.4.i de la LCSP.*

*No se considera aceptable la reclamación relacionada con la carga y transporte a vertedero puesto que el proyecto dispone de partidas adecuadas con los requerimientos de dicha gestión, reforzado por las mejoras propuestas con el contratista en materia de gestión de residuos en la licitación y expuestas en el presente informe, y además existen plantas de gestión de residuos a distancia aproximada de 20 km de la obra.*

*No se puede aprobar el Plan de Gestión de Residuos presentado por el contratista por los errores que contiene. El presupuesto de dicho plan debe basarse en las partidas de proyecto, puede presuponer mediciones diferentes al estudio de gestión de residuos, pero no debe proponer partidas innecesarias o mediciones que con seguridad no se van a realizar, como puede ser el caso de la clasificación de 27.000 m<sup>3</sup> de residuos procedentes del vaciado. La clasificación de los escombros se debe realizar en*

*la planta de gestión de residuos y no en obra, de acuerdo con proyecto.*

*No se consideran aceptables las reclamaciones relacionadas con el movimiento de tierras, el proyecto dispone de las partidas adecuadas para su ejecución.*

*En relación con la solicitud, de acuerdo con lo expuesto:*

*No procede la redacción de un proyecto modificado ni la elaboración de precios contradictorios,*

*No existen impedimentos para la continuidad de los trabajos a la fecha de entrada del escrito del contratista por lo que no procede la suspensión temporal total de las obras.*

*Se debe requerir al contratista para que reanude los trabajos*

*La paralización de las obras es imputable al contratista, habiéndose producido un retraso de un mes en su ejecución.*

*No procede la reclamación de compensación de sobrecostes en el inicio de las obras puesto que el plan de seguridad y salud se aprobó y envió antes del inicio de las mismas.*

*No procede la reclamación de compensación de sobrecostes debido a paralizaciones de obra puesto que el contratista no ha presentado un plan de gestión de residuos con las subsanaciones planteadas por esta Dirección Facultativa y ha paralizado unilateralmente todos los trabajos y únicamente ha generado los residuos de parte del desbroce de la parcela, que no obstaculizaban la ejecución del resto de los trabajos del proyecto.*

*Lo indicado en este informe se ha transmitido a la empresa en las instrucciones dadas en las visitas a la obra, así como las reflejadas en el Libro de Órdenes y Asistencias”.*

Se dio traslado a la contratista de los citados informes de 28 de junio, mediante oficio del órgano de contratación de 29 de junio de 2022. En dicho oficio se acuerda igualmente requerir a la contratista el cumplimiento de las condiciones del contrato, reanudando inmediatamente las obras y al ritmo aprobado, para su correcta ejecución en plazo.

Por sendos escritos de 14 de julio de 2022 dirigidos al órgano de contratación, la contratista informa que la Dirección Facultativa de la obra, en visita de obra de ese mismo día, ha anotado en el Libro de Órdenes que, en visita girada el 7 de julio, no ha podido escribir en dicho libro. Igualmente, comunica que las obras están paradas por causas ajenas al contratista.

Escritos de la contratista que son contestado por informes de 26 y 27 de julio de la Dirección Facultativa de la obra. En el informe de 27 de julio se concluye por la citada Dirección que “*la obra está paralizada a causa del contratista desde el día 15 de junio de 2022, acumulando un retraso temporal de 43 días y un retraso en la producción de 580.000€ respecto del plan de obra presentado por el contratista. La producción de la obra a origen es de 7.999,21 € (0,16%) frente a 587.999,21 € (11,45%) del plan de obra presentado por el contratista.*

*La obra no dispone de las instalaciones y servicios sanitarios exigidos por la ley y previstos en el plan de seguridad y salud elaborado por el contratista y aprobado por la Administración.*

*Durante la jornada laboral no está el personal propuesto por el contratista y la obra está cerrada, no pudiendo ser inspeccionada.*

*Se ha dado audiencia al contratista previo a la aprobación de los precios contradictorios, con objeto de que presente las pertinentes alegaciones”.*

Por escrito de 20 de julio de 2022, la contratista presenta alegaciones a los precios contradictorios propuestos por la Dirección Facultativa de la obra, mostrando su disconformidad con los mismos.

Por Orden nº 2197/2022, de 29 de julio, del vicepresidente, consejero de Educación y Universidades, se acuerda iniciar expediente de imposición de penalidades por incumplimiento de los plazos establecido en el programa de trabajo aprobado a la empresa contratista, desde el 15 de junio de 2022, en adelante, hasta el día en que reanude la ejecución de la obra al ritmo aprobado para su correcto cumplimiento en plazo.

El 20 de septiembre de 2022, se emite nuevo informe técnico por la Dirección Facultativa de la obra, concluyendo que la obra está paralizada a causa del contratista desde el día 15 de junio del 2022, acumulando un retraso temporal de 3 meses y un retraso en la producción de 1.270.224,51 € respecto del plan de obra presentado por el contratista. La producción de la obra a origen es de 7.999,21 € (0,15 %) frente a 1.278.223,72 € (24,90 %) del plan de obra presentado por el contratista.

Mediante escrito de 3 de octubre de 2022 dirigido al órgano de contratación, la contratista solicita que se retiren las casetas que ha instalado una tercera empresa en la parcela donde debe ejecutar su obra, así como el vallado provisional, ya que interfieren directamente en las instalaciones definidas en su proyecto.

La Dirección Facultativa de la obra contesta a dicho escrito por informe de 14 de octubre de 2022, en el que se hace constar lo siguiente:

- En la parcela en cuestión hay dos contratos, el de construcción del IES adjudicado a la contratista, y el de construcción del gimnasio, adjudicado a otra mercantil.
- La planificación aprobada de las dos obras indica que los trabajos a realizar por el contratista del IES, en el área de implantación del gimnasio, comenzarán después de finalizadas las obras del gimnasio, por lo que no hay interferencia entre las obras.
- El retraso injustificado en la ejecución de las obras del IES va a imposibilitar la puesta en uso del gimnasio, ya que carecerá de conexiones a las redes de suministro y saneamiento al tener que conectarse a las redes del IES, provocando un doble daño al interés general, por no poner en uso el instituto y por no poder poner en uso el gimnasio.

Con fecha de 20 de octubre de 2022, La Dirección Facultativa de la obra vuelve a emitir informe concluyendo que “*la obra está paralizada a causa del contratista desde el día 15 de junio del 2022, acumulando un retraso temporal de 4 meses y cuatro días sobre el plazo contractual de doce meses, y un retraso en la producción de 1.929.263,07€ respecto del programa de trabajo presentado por el contratista y aprobado por esta Dirección de Obra. La producción de la obra a origen es de 7.999,21€ (0,15%) frente a 1.937.262,28€ (37,74%) del plan de obra presentado por el contratista. Nada indica que el contratista vaya a reanudar los trabajos.*

*Durante la jornada laboral no está el personal propuesto por el contratista en su oferta de licitación y la obra está cerrada, impidiendo a la Dirección Facultativa inspeccionar la misma en sus visitas”.*

**CUARTO.-** Considerando lo reseñado en el antecedente precedente, llegamos a la Orden nº 3177/2022, de 24 de octubre, del vicepresidente, consejero de Educación y Universidades, por la que se acuerda el inicio del expediente de resolución del contrato de obras que nos ocupa. Resolución que se basa en lo dispuesto en el artículo 211.1.d) LCSP-17.

De igual modo y de conformidad con el artículo 109 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP) se acuerda la apertura del trámite de audiencia, concediendo a la contratista plazo de diez días naturales desde el siguiente a la recepción de la orden, para que alegue lo que estime oportuno.

La notificación de la Orden nº 3177/2022 es recepcionada por la contratista el 24 de octubre de 2022. Igualmente, se notifica la orden de inicio del expediente de resolución al avalista, recepcionándola este el 28 de octubre de 2022.

Con fecha 3 de noviembre de 2022 se formulan alegaciones por la contratista en las que se interesa que se le tenga por formulada oposición a la resolución del contrato, acordando el archivo del expediente instado. Básicamente la contratista viene a sustentar dicha oposición en las siguientes consideraciones: infracción del artículo 193 de la LCSP-17, entendiendo que, al haber optado la Administración por la imposición de penalidades, no puede posteriormente ejercitar la potestad de resolver el contrato, salvo que estas alcancen un múltiplo del 5 % del precio del contrato; la posibilidad de dirigirse al órgano de contratación cuando surgen discrepancias durante la ejecución del

contrato; la demora en la ejecución no es imputable a la contratista, sino a la existencia de un suelo que no coincide con el del proyecto. La contratista considera que lo que realmente existe en la parcela es escombro sucio, y también se han encontrado residuos peligrosos como amianto, yeso, recipientes de plástico y restos de mezclas bituminosas.

No consta que por la entidad avalista se formularan alegaciones en el trámite concedido.

Con fecha 30 de noviembre de 2022, se emite informe por la Dirección facultativa de la obra sobre las cuestiones alegadas por la contratista en el mencionado escrito de oposición. En dicho escrito se ofrece una completa respuesta a lo alegado por la contratista, concluyendo que “*La obra está paralizada desde el 15 de junio de 2022.*

*Las alegaciones presentadas por el contratista en la audiencia previa a la resolución del contrato no añaden argumentos adicionales a los aportados en sus anteriores escritos o que modifiquen las conclusiones de los anteriores.*

*Desde la fecha de emisión de los anteriores informes hasta hoy, se ha producido un hecho que ha reafirmado las circunstancias expuestas en los informes, es el aporte de certificados de gestión de residuos de otro expediente de otra obra que se está ejecutando sin problema alguno en una parte de la misma parcela que la del expediente en cuestión, que indican que el residuo mayoritario son tierras y el siguiente son escombros limpios, disponiendo partidas en el proyecto de construcción del IES Ana Frank para gestionarlos.*

*El contratista pretende realizar los trabajos de movimiento de tierras y gestión de residuos de una forma diferente a la contemplada*

*en proyecto y ordenada por esta Dirección Facultativa, con la única finalidad de encarecerlos y conseguir una contraprestación económica mayor.*

*El retraso injustificado en la ejecución de las obras del IES Ana Frank va a imposibilitar la puesta en uso del gimnasio, ya que carecerá de conexiones a las redes de suministro y saneamiento al tener que conectarse a las redes del IES, provocando un doble daño al interés general, por no poner en uso el Instituto y por no poder poner en uso el gimnasio”.*

Por escrito de 1 de diciembre de 2022 la contratista reitera su pretensión de que se proceda al archivo tanto del expediente de imposición de penalidades como del de resolución del contrato.

Con fecha 12 de diciembre de 2022, se emite acta de comprobación material previa a la resolución del contrato, firmada por el representante de la Comunidad de Madrid, la Dirección técnica de la obra y la empresa contratista, en la que se refleja un importe objeto de recepción de 7.999,21 euros. El contratista muestra su disconformidad con el importe obtenido de las mediciones y con las causas de resolución.

Con fecha 13 de diciembre de 2022, se emite informe por la Dirección Facultativa de la obra, en relación con lo alegado por la contratista en su escrito de 1 de diciembre. Se señala en dicho informe que «*En relación con el escrito presentado el 1 de diciembre de 2022 por, la (contratista) en el que acompaña un requerimiento de la Dirección General de Economía Circular de la Consejería de Medio Ambiente, vivienda y Agricultura, se informa lo siguiente:*

*El requerimiento arriba citado únicamente añade al expediente de obra la obligación de “Una vez completada la retirada de los residuos, se procederá a la evaluación, a través de medios analíticos, de la*

*calidad de los suelos remanentes...”. Hasta hoy, esta evaluación no se puede realizar puesto que la (contratista) no ha excavado un solo m<sup>3</sup> del vaciado a realizar.*

*En cuanto al resto de contenido del requerimiento, las órdenes dadas por esta Dirección Facultativa a la (contratista) sobre la gestión de los residuos se han dado conforme lo dispuesto en la Ley 7/2022 de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular y su normativa de desarrollo. En cuanto a la caracterización de los residuos, el proyecto la prevé en su estudio de gestión de residuos y su presupuesto y esta Dirección Facultativa ha dado órdenes e instrucciones al contratista para proceder a la misma, verbalmente y por escrito. El contratista no ha ejecutado dichas órdenes, no iniciando la excavación.*

*En cuanto a la forma de actuar en caso de detectarse materiales que pudieran contener amianto, nos remitimos a lo informado anteriormente. Todo conforme a la legislación.*

*Como se ha informado anteriormente, el “informe detallado de la situación del suelo” presentado por la (contratista) no solo describe, sino que cuantifica unos residuos de un vaciado que no ha ejecutado la UTE y dicha caracterización y cuantificación no se corresponde con la realidad de los certificados de gestión de dichos residuos».*

El 13 de diciembre de 2022, la Dirección Facultativa emite informe de valoración de los daños y perjuicios ocasionados por incumplimiento del contrato por parte de la contratista, que ascienden al total de 79.909,38 euros.

Consta emitido con fecha 20 de diciembre de 2022, informe de la Abogacía General de la Comunidad de Madrid, Servicio Jurídico en la Vicepresidencia, Consejería de Educación y Universidades, en el que

se informa favorablemente la resolución del contrato de obras de referencia.

Por informe de 29 de diciembre de 2022 de la Intervención General de la Comunidad de Madrid se fiscaliza favorablemente la propuesta de resolución.

Consta como documento nº 35 del expediente remitido, borrador, no firmado, de Orden de resolución del contrato de referencia al entender concurrente la mencionada causa del artículo 211.1.d) LCSP/17. Consta igualmente proyecto de acuerdo del Consejo de Gobierno de autorización de la resolución que nos ocupa.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

## **CONSIDERACIONES DE DERECHO**

**PRIMERA.-** La Comisión Jurídica Asesora emite su dictamen preceptivo, al amparo del artículo 5.3.f) d. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, conforme al cual: “*3. En especial, la Comisión Jurídica Asesora deberá ser consultada en los siguientes asuntos: (...) f) Expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid, las entidades locales y las universidades públicas sobre: (...) d. Aprobación de pliegos de cláusulas administrativas generales, interpretación, nulidad y resolución de los contratos administrativos y modificaciones de los mismos en los supuestos establecidos por la legislación de contratos del sector público*”.

La solicitud de dictamen se ha hecho llegar a la Comisión Jurídica Asesora por el vicepresidente, consejero de Educación y

Universidades, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 18.3.a) del ROFCJA.

El contratista ha formulado su oposición y por ello, resulta preceptivo el dictamen de esta Comisión ex artículo 191.3.a) de la LCSP/17.

**SEGUNDA.-** Del expediente tramitado, resulta indubitable la aplicación al contrato de servicios de referencia de la regulación contenida en la LCSP/17.

De esta forma, el artículo 212.1 de la LCSP/17 establece que: “*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*”.

En materia de procedimiento, la resolución de contratos administrativos exige atenerse a lo previsto en el artículo 190 LCSP/17, a cuyo tenor “*dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, (...) acordar su resolución y determinar los efectos de ésta*”.

El artículo 191.1 LCSP/17 requiere que en el correspondiente expediente se dé audiencia al contratista. Asimismo, el artículo 109.1.b) del RGLCAP, exige la audiencia al avalista o asegurador “*si se propone la incautación de la garantía*”.

En el presente expediente constan evacuados sendos trámites de audiencia al contratista y avalista, en los términos que han quedado expuestos.

Por otro lado, el apartado tercero de este artículo 191 dispone que es preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de interpretación, nulidad y resolución, cuando se formule oposición por parte del contratista.

De acuerdo con la normativa expuesta resulta que la competencia para resolver los contratos corresponde al órgano de contratación. En este caso, el órgano de contratación es el vicepresidente, consejero de Educación y Universidades, según el artículo 41.i) de la Ley 1/1983, de 13 de diciembre, del Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid (en adelante, Ley 1/1983). Debe tenerse en cuenta, por otro lado, que el Consejo de Gobierno autorizó la celebración del contrato y el gasto correspondiente, por lo que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 64.2 de la Ley 1/1983, el Consejo de Gobierno “*deberá autorizar igualmente su modificación cuando sea causa de resolución, y la resolución misma en su caso*”.

Solventadas ya las dudas derivadas de la anulación del artículo 212.8 LCSP por la Sentencia del Tribunal Constitucional 86/2021, de 18 de marzo, es claro el criterio de esta Comisión Jurídica de considerar que el plazo de instrucción y resolución de los expedientes de resolución contractual, es de 3 meses desde su iniciación, por lo que, iniciado en este caso, el expediente de resolución con fecha 24 de octubre de 2022, el plazo vencería el 24 de enero de 2023, si bien hemos de considerar que al amparo de lo dispuesto en el artículo 22.1.d) de la Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC), el procedimiento de resolución fue objeto de suspensión en dos ocasiones, una con ocasión de la solicitud de informe a la Abogacía General de la Comunidad de Madrid, por el tiempo que media entre el 16 al 20 de diciembre de 2022, y otra al haberse solicitado informe de la Intervención General de la Comunidad de Madrid, por el tiempo que

mediante entre el 27 al 29 de diciembre de 2022, habiéndose cumplido en ambos la notificación de su petición y recepción a los interesados. Así el plazo se prorrogaría por 8 días, venciendo el 1 de febrero de 2023, por lo que a la fecha de aprobación del presente dictamen no habría transcurrido el plazo de tres meses.

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

Ya hemos señalado que la resolución pretendida se funda en el artículo 211.1.d) LCSP/17 que contempla como causa de resolución la referida a “*La demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista*”.

*En todo caso el retraso injustificado sobre el plan de trabajos establecido en el pliego o en el contrato, en cualquier actividad, por un plazo superior a un tercio del plazo de duración inicial del contrato, incluidas las posibles prórrogas*”.

Como es sabido, en la contratación administrativa el plazo es un elemento relevante. Esta Comisión Jurídica Asesora ha señalado en sus dictámenes la importancia que tiene el plazo de ejecución en los contratos administrativos, que ha dado lugar a que el Tribunal Supremo los haya calificado como “*negocios jurídicos a plazo fijo*”, debido al interés público que revisten los plazos (así nuestro dictamen 310/17, entre otros). La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 14 de abril de 2016 (recurso 303/2015) señala en la misma línea que “*La realización de la obra en el plazo concedido es la principal obligación del contratista*”.

Muestra de la relevancia que tiene el plazo en la contratación administrativa es que el artículo 193.1 de la LCSP/17 establece que “*el contratista está obligado a cumplir el contrato dentro del plazo total*”.

*fijado para la realización del mismo, así como de los plazos parciales señalados para su ejecución sucesiva*"; la constitución en mora del contratista no requiera intimación previa de la Administración (art. 193.3 de la LCSP/17).

De esta manera, el art. 211.1.d) LCSP/17 tipifica como causa de resolución la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista.

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

Ya hemos señalado que, conforme al contrato suscrito, cláusula tercera, la contratista se obligaba a cumplir el contrato en el plazo total de 12 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 comprometía a presentar en el plazo de 30 días naturales. En iguales términos, el PCAP, cláusula 26 en relación con su cláusula 1, apartado 18.

El plazo de ejecución que comenzaría a contarse desde el día siguiente a aquel en que tenga lugar la comprobación del replanteo. Acta de comprobación del replanteo que se levantó el 2 de junio de 2022, considerando el director de la obra, viable el proyecto e infundadas las reservas formuladas por la contratista, por lo que se disponía que el plazo de ejecución comenzaría desde el día siguiente al de la firma del acta.

En el presente caso atendiendo a lo informado por la Dirección Facultativa parece claro que se ha incurrido en el retraso injustificado denunciado por la Administración contratante. Así en el informe de 27 de julio de 2022 se hace constar que "*La obra está paralizada a causa del contratista desde el día 15 de junio de 2022, acumulando un retraso*

*temporal de 43 días y un retraso en la producción de 580.000€ respecto del plan de obra presentado por el contratista. La producción de la obra a origen es de 7.999,21 € (0,16%) frente a 587.999,21 € (11,45%) del plan de obra presentado por el contratista". Por su parte en el informe de 20 de septiembre de 2022 se refleja que "La obra está paralizada a causa del contratista desde el día 15 de junio del 2022, acumulando un retraso temporal de 3 meses y un retraso en la producción de 1.270.224,51 € respecto del plan de obra presentado por el contratista. La producción de la obra a origen es de 7.999,21-€ (0,15%) frente a 1.278.223,72 € (24,90%) del plan de obra presentado por el contratista". Por su parte, en el informe de 20 de octubre de 2022 se indica que "La obra está paralizada a causa del contratista desde el día 15 de junio del 2022, acumulando un retraso temporal de 4 meses y cuatro días sobre el plazo contractual de doce meses, y un retraso en la producción de 1.929.263,07 € respecto del programa de trabajo presentado por el contratista y aprobado por esta Dirección de Obra. La producción de la obra a origen es de 7.999,21-€ (0,15%) frente a 1.937.262,28 € (37,74%) del plan de obra presentado por el contratista. Nada indica que el contratista vaya a reanudar los trabajos".*

Se desprende de lo expuesto que, a la fecha de la incoación del expediente de resolución, 24 de octubre de 2022, existía ya un retraso injustificado de 4 meses y 8 días sobre el plan de trabajos aprobado. Siendo el plazo de ejecución de la obra de 12 meses, se constata que el retraso existente es superior a un tercio del plazo inicial del contrato, por lo que se entiende concurrente la causa de resolución invocada.

Resta examinar si concurre alguna de las causas hechas valer por la contratista en su oposición a la resolución pretendida.

Ya hemos señalado que en su escrito de oposición la primera de las causas formuladas, denuncia una eventual infracción del artículo 193 de la LCSP-17, considerando que, al haber optado la

Administración por la imposición de penalidades, no puede posteriormente ejercitar la potestad de resolver el contrato, salvo que estas alcancen un múltiplo del 5 % del precio del contrato

No se comparte el criterio de la contratista, así entendemos que dicha alegación decae desde el momento en que más allá de haberse iniciado el expediente de imposición de penalidades, lo cierto y relevante es que según consta en la documentación obrante a las actuaciones, no se ha impuesto a la contratista penalidad alguna por lo que no cabe considerar que se haya hecho uso efectivo de la previsión del artículo 193.3 LCSP de imposición de penalidades diarias.

Toda vez que únicamente se ha iniciado el expediente de imposición de penalidades, pero no se han impuesto penalidad diaria alguna, procedería como indica la Abogacía General, decretar el archivo de dicho expediente de penalidades.

El resto de las alegaciones de oposición formuladas por la contratista vienen referidas a que la demora en la ejecución no es imputable a la contratista, sino a la existencia de un suelo que no coincide con el del proyecto. La contratista considera que lo que realmente existe en la parcela es escombro sucio, y también se han encontrado residuos peligrosos como amianto, yeso, recipientes de plástico y restos de mezclas bituminosas.

Al respecto de ello, entendemos que ha de estarse con carácter prevalente a lo informado y razonado por la Dirección Facultativa en su informe de 30 de noviembre de 2022.

En dicho informe y por lo que aquí interesa se desvirtúa lo alegado por la contratista, extractándose los pasajes que se entienden más relevantes.

Así se indica que «según el programa de trabajo presentado por la (contratista), las primeras partidas a ejecutar por la (contratista) iban a ser:

1. *El desbroce de la parcela.- Se ha ejecutado parcialmente, en contra de las mediciones de proyecto y de las instrucciones de la Dirección de obra.*

2. *El movimiento de tierras de urbanización, comenzando por la partida de “Excavación en vaciado y carga de productos por medios mecánicos, en cualquier clase de terreno (excepto roca), medida sobre perfil, sin transporte”. Esta partida no se ha ejecutado.*

Sólo el volumen de esta última partida de proyecto es de casi 26.000 m<sup>3</sup> de residuos esponjados —las tierras también son residuos—, de los cuales la (contratista) no ha excavado un solo m<sup>3</sup>. Como el terreno de la parcela no es roca, la excavación se corresponde con la partida definida en proyecto, puesto que su descripción determina “cualquier tipo de terreno”, lo que incluye un terreno que contenga escombros, por lo que no es necesario un precio nuevo».

Se indica que en la página 16 de la memoria constructiva del proyecto de ejecución objeto de licitación, mediante la tabla que se acompaña a continuación describe en su apartado “Características del Terreno” las características de los diferentes estratos del terreno en cuestión de acuerdo con el estudio geotécnico del mismo, documento que también acompaña al proyecto, figurando en la descripción, nivel 0, la presencia de restos de escombros de distinta naturaleza, lo que se repite en las páginas 17 y 31 de la memoria constructiva del proyecto.

Continúa señalando dicho informe que «como se informó el 28 de junio de 2022, el proyecto y esta Dirección Facultativa dejaron abierta

*la posibilidad de que aparecieran restos de escombros “no limpios” y cuál era el modo de actuar, en su caso:*

*“Caso de aparecer restos de chatarra, maderas o plásticos que puedan estar ocultos en el terreno, el proyecto dispone de una partida para clasificar, en su caso, con medios manuales dichos residuos (Partida 05.03)”.*

*Separando los residuos no limpios de los limpios y transportando los diferentes tipos con las partidas de proyecto, ya que el mismo contempla la gestión de los siguientes residuos: tierras limpias, escombros limpios (sin maderas, chatarra, plásticos...) y residuos peligrosos, así como el transporte de los residuos no limpios».*

En relación a la eventual presencia de amianto en la parcela de la obra, se indica por la Dirección en el citado informe con referencia al previo de 27 de julio de 2022 que “9. *El contratista se ha quejado de la presencia de amianto en la parcela. Esta Dirección de obra ha comprobado la existencia de un tubo de aproximadamente 50 cm. y una pieza de aproximadamente 15 x 15 cm en una extensión de 15.366 m<sup>2</sup> de parcela, ambos de fibrocemento (no por ello tiene que contener amianto y no por ello tienen que presentar riesgo para la salud). Esta presencia testimonial no impide la reanudación de la obra.*

10. *Se ha recordado por correo al contratista sus obligaciones contractuales y normativas relacionadas con el análisis de las piezas de fibrocemento encontradas, la evaluación ambiental de la zona de trabajo, la evaluación de los riesgos laborales de sus trabajadores y, en su caso, la redacción del correspondiente anexo al Plan de Seguridad y salud de la obra”.*

No parece en definitiva que pueda sostenerse por la contratista que el suelo de la parcela no se corresponde con el del proyecto cuando según refiere la Dirección Facultativa, únicamente se ha

ejecutado el desbroce de parte de la parcela, por tanto, sin saber qué es ni cuánto es lo que oculta el terreno a nivel de residuos distintos a las tierras.

No cabe considerar por tanto lo alegado por la contratista pueda excusar el incumplimiento de los plazos que ha quedado reseñado anteriormente.

Por todo lo expuesto, entendemos que procede la resolución contractual por incumplimiento de la empresa contratista de su obligación de ejecutar el contrato en plazo, al amparo de lo establecido en el artículo 211.1 d) de LCSP/17, incumplimiento que ha de calificarse como culpable.

**CUARTA.-** En cuanto a los efectos de la resolución, es de aplicación el artículo 213.3 LCSP/17, donde se establece que cuando la resolución del contrato sea por incumplimiento culpable del contratista, le será incautada la garantía y este deberá indemnizar los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada. Así pues, la incautación de la garantía opera de modo automático en aras a garantizar el pago del importe de los daños y perjuicios causados, como se señala en nuestro dictamen 556/19, de 19 de diciembre o en el 580/20, de 22 de diciembre, sin que resulte precisa la valoración previa de los daños, y en ese sentido, lo recoge la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 2019 (recurso 3556/2017).

En el presente expediente, la propuesta formulada prevé el inicio del expediente de incautación de la garantía definitiva.

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

## **CONCLUSIÓN**

Procede la resolución del contrato de obras “*construcción del IES Ana Frank (línea 2, 8+4) de Aravaca: 8 aulas de secundaria, 4 aulas de bachillerato, 5 aulas específicas, 5 seminarios, 2 aulas de desdoble, 2 aulas de pequeño grupo, administración, biblioteca y pista deportiva*”, por incumplimiento del contrato imputable a la empresa contratista.

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 26 de enero de 2023

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 43/23

Excmo. Sr. Vicepresidente, Consejero de Educación y Universidades

C/ Alcalá 30-32, 2<sup>a</sup> planta – 28014 Madrid