

Dictamen n.º: **680/23**
Consulta: **Consejero de Educación, Ciencia y
Universidades**
Asunto: **Contratación Pública**
Aprobación: **21.12.23**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 21 de diciembre de 2023, emitido ante la consulta formulada por consejero de Educación, Ciencia y Universidades, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en relación con el expediente de resolución del Contrato de Obra de rehabilitación para la mejora de la eficiencia energética en el IES Narcís Monturiol, en Parla, adjudicado a la empresa Viales y Obras Públicas S.A.U; (contrato basado en el ACUERDO MARCO DE OBRAS DE REHABILITACIÓN PARA LA MEJORA DE LA EFICIENCIA ENERGÉTICA DE CENTROS EDUCATIVOS DE LA COMUNIDAD DE MADRID, DENTRO DEL PLAN DE RECUPERACIÓN, TRANSFORMACIÓN Y RESILIENCIA, FINANCIADO POR EL MECANISMO PARA LA RECUPERACIÓN Y LA RESILIENCIA. Lote 1 DAT- Madrid Sur).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 4 de diciembre de 2023 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen preceptivo procedente del consejero de Educación, Ciencia y Universidades.

A dicho expediente se le asignó el número 682/23 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).

Solicitada documentación complementaria de expediente el día 7 de diciembre de 2023, se remitió la documentación interesada el día 12 del mismo mes y año, habiéndose suspendido entre esas dos fechas el cómputo del plazo para la emisión de este dictamen.

La ponencia ha correspondido, por reparto de asuntos, a la letrada vocal Dña. Carmen Cabañas Poveda, 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 21 de diciembre de 2023.

SEGUNDO.- Del expediente remitido se extraen los siguientes hechos de interés para la emisión del dictamen, referidos a la contratación que se analiza:

1. Mediante Resolución, de 4 de julio de 2022, de la Dirección General de Infraestructuras y Servicios de la Vicepresidencia, Consejería de Educación y Universidades, se dispuso la publicación en los boletines oficiales y en el perfil de contratante de la convocatoria del *“ACUERDO MARCO DE OBRAS DE REHABILITACIÓN PARA LA MEJORA DE LA EFICIENCIA ENERGÉTICA DE CENTROS EDUCATIVOS DE LA COMUNIDAD DE MADRID, DENTRO DEL PLAN DE RECUPERACIÓN, TRANSFORMACIÓN Y RESILIENCIA, FINANCIADO POR EL MECANISMO PARA LA RECUPERACIÓN Y LA RESILIENCIA”*, con expediente nº A/OBR-020422/2022

El lote 1 del acuerdo marco tenía por objeto las obras de rehabilitación para la mejora de la eficiencia energética en centros educativos dependientes de la Dirección de Área Territorial Madrid-Sur.

Los Pliegos de Cláusulas Administrativas de aplicación preveían en el apartado de los criterios de adjudicación, el criterio precio – hasta 70 puntos- y la valoración de un criterio cualitativo, consistente en el desarrollo técnico de la obra, donde se consideraría especialmente -18 puntos- el programa de trabajo presentado por las empresas, significándose a continuación: *“Se valorará, entre otras, la estructura organizativa y modelo propuesto para responder a las exigencias del contrato con normas generales de actuación y coordinación de actividades, distinguiendo los procedimientos, medios y recursos, la descripción del proceso constructivo de las unidades que definen y caracterizan los tipos de obra, con indicación en su caso de los medios o equipos a utilizar, maquinaria, medios especiales, etc. Asimismo, dada la especial naturaleza de las intervenciones, será objeto de especial valoración las medidas para reducir las afecciones al funcionamiento de los Centros Educativos durante las obras, y singularmente, las que se propongan para velar por la seguridad de los procesos constructivos tanto respecto a la propia obra como respecto a terceros”.*

Con fecha 22 de diciembre de 2002, se formalizó el contrato de obras “ACUERDO MARCO DE OBRAS DE REHABILITACIÓN PARA LA MEJORA DE LA EFICIENCIA ENERGÉTICA DE CENTROS EDUCATIVOS DE LA COMUNIDAD DE MADRID, DENTRO DEL PLAN DE RECUPERACIÓN, TRANSFORMACIÓN Y RESILIENCIA FINANCIADO POR EL MECANISMO PARA LA RECUPERACIÓN Y LA RESILIENCIA”, lote 1, con la empresa VIALES Y OBRAS PÚBLICAS, S.A, con NIF A16199374.

La cláusula tercera, del referido contrato, correspondiente al Acuerdo Marco, dispuso la duración de las obligaciones asumidas por la

contratista en virtud del propio Acuerdo Marco y las que se derivarían de los eventuales contratos derivados, diciendo: *“TERCERA.- El plazo de vigencia del acuerdo marco será de un año desde el día siguiente a la firma del acuerdo marco, pudiendo prorrogarse antes de que finalice el plazo de vigencia, no pudiendo exceder el plazo total, incluidas las prórrogas, de 2 años.*

Para cada obra, el contratista se obliga a cumplir el contrato basado correspondiente según el proyecto de ejecución que se apruebe por el órgano de contratación y en el plazo establecido en dicho proyecto, 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.

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 basado...”.

2. Mediante Orden nº 579/2023, de 23 de febrero, del vicepresidente, consejero de Educación y Universidades, se aprobó el *“Proyecto de ejecución de las obras de rehabilitación para la mejora de la eficiencia energética del IES Narcís Monturiol, en Parla”*. Expediente A/OBR-008029/2023), con un presupuesto de contrata de 3.858.206,26€.

Este proyecto contenía cuantos documentos resultan preceptivos en aplicación del artículo 233 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo Europeo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 -en adelante LCSP/17- y contaba con el correspondiente informe de la Oficina de Supervisión de Proyectos, de fecha 20 de febrero de 2023, en el que se afirma: *“El proyecto contiene los documentos necesarios, con extensión y detalles suficientes, para la correcta ejecución de las obras;*

asimismo incluye el preceptivo Estudio de Seguridad y Salud, de acuerdo con lo dispuesto en el RD 1627/97 de 24 de octubre; los programas y las superficies de los espacios propuestos se ajustan a lo estipulado en la Orden Ministerial de Educación y Ciencia de 4 de noviembre de 1991 (BOE de 12 de noviembre de BOMECE de 18 de noviembre)..., el referido proyecto reúne todos los requisitos exigidos en 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...; el proyecto de ejecución contiene estudio geotécnico redactado por casa de control especializada (instrucción 4ª de la circular 2/2001, de 6 de abril, de la IGCM)”.

Mediante oficio, de 23 de febrero de 2023, del Área de Contratación, se solicitó oferta económica para el contrato basado A/OBR-008029/2023 a los tres adjudicatarios del lote 1 del acuerdo marco. Junto con la solicitud de ofertas, se adjuntó a los tres licitadores, el documento de licitación del contrato basado y el enlace al proyecto de ejecución de las obras, compuesto por los documentos que la normativa exige, entre ellos, el presupuesto, para su estudio y valoración por los licitadores, de cara a realizar su oferta económica definitiva.

La empresa Viales y Obras Públicas S.A. presentó, dentro de plazo, su oferta económica para el contrato basado A/OBR-008029/2023.

Con fecha 13 de marzo de 2023, se emitió informe técnico en el que se indicó que la oferta más ventajosa para la Administración era la presentada por el licitador Viales y Obras Públicas, S.A., con un importe de 2.809.779,75€, inferior al de licitación en un 12,00 %, y sin estar incurso en presunción de anormalidad, toda vez que el único criterio de adjudicación en esa fase era el precio, de acuerdo con lo establecido en el apartado 9 del documento de licitación.

3. Mediante Orden n° 1197/2023, de 4 de abril, del vicepresidente, consejero de Educación y Universidades se adjudicó el contrato Rehabilitación para la mejora de la eficiencia energética del IES Narcís Monturiol, en Parla, a la empresa Viales y Obras Publicas S.A.

En la indicada resolución de adjudicación se indicó: *“El plazo de ejecución del contrato basado es de 14 meses. Este plazo 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, una vez transcurrido el plazo de interposición del recurso especial sin que se haya interpuesto alguno o una vez resueltos los mismos, en caso de interponerse.*

El contratista se obliga a cumplir el contrato en dicho plazo 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 en el plazo de 30 días naturales desde la mencionada notificación”.

La orden n° 1197/2023 fue notificada a la empresa el día 5 de abril de 2023, indicándose en la misma que la indicada resolución ponía fin a la vía administrativa y que, contra ella, podría interponerse -con carácter potestativo- recurso especial en materia de contratación, o bien, directamente, recurso contencioso-administrativo.

La adjudicataria no interpuso el recurso especial en materia de contratación contra la orden de adjudicación del contrato basado A/OBR-008029/2023.

4. Estando señalado el acta de comprobación de replanteo (en adelante ACR) de la obra para el día 11 de mayo de 2023, se recibió el 10 de mayo, un escrito de la contratista dirigido al órgano de contratación, en el que solicitaba que, de no valorarse la imposibilidad de modificación contractual, se procediera a la resolución del contrato,

por aplicación de lo establecido en el artículo 211.1 g) de la LCSP/17, así como, que se acordara la suspensión de la convocatoria del propio acto de comprobación de replanteo.

Las circunstancias que, a juicio del contratista, hacían inviable la ejecución del contrato eran: a) defectos y ausencias graves en el proyecto básico y de ejecución b) nuevos precios y nuevas unidades que diferían sustancialmente de la base de precios del acuerdo marco y c) que no se ha tramitado ningún expediente de modificación, de conformidad con el artículo 203 LCSP/17.

5. Con fecha 11 de mayo de 2023, se emitió el Acta de Comprobación de Replanteo de la obra, considerándola viable; aunque el contratista hubiera formulado reservas, dado que el arquitecto-director las consideraba infundadas. En su virtud, se autorizó y ordenó el inicio de la obra, comenzando a contar el plazo de ejecución desde el día siguiente al de la firma del acta.

6. Con fecha 25 de mayo de 2023, la Dirección Facultativa informó, que el contratista no ha dado comienzo a las obras, de modo unilateral, sin motivo fundado, pues no existe inviabilidad técnica que impida su ejecución. Expresamente se hace constar que:

“No existe causa física que impida su inicio, pues el centro ha cumplido con lo acordado en las reuniones mantenidas con la dirección facultativa y el contratista, habiendo desalojado, por sus propios medios, los espacios y el personal de un edificio completo para la fecha de la firma del acta de comprobación de replanteo.

El proyecto ha sido supervisado e informado favorablemente por la casa de control de proyecto; así como por la casa de control previo al inicio de la obra, indicando ambas que el proyecto tiene el grado de definición suficiente para llevar a cabo su ejecución.

Las deficiencias reflejadas en el documento aportado por el contratista, en ningún caso suponen un impedimento para el inicio de las obras.

(...), las unidades a ejecutar para el inicio de la obra, están perfectamente definidas, por lo que no existe motivo para no iniciar la obra.

(...) Se realiza primera visita el día 18 de mayo de 2023, comprobando que las obras no se han iniciado, ni se han realizado las actuaciones necesarias para ello, como la instalación de casetas, vallados de obra y demás instalaciones establecidas en el plan de seguridad y salud de la obra, preceptivos por la legislación de prevención de riesgos laborales.

Además, tienen documentos pendientes de entregar que han sido solicitados en numerosas ocasiones, como el plan de gestión de residuos con las subsanaciones de los errores detectados, programa de obra adaptado a las fases previstas y firmado digitalmente, así como la apertura del centro de trabajo. Tampoco han instalado el cartel de obra.

Se reitera la necesidad de entregar los documentos antes mencionados en el libro de órdenes”.

En relación a la alegación de los precios nuevos, que se planteaba por el contratista, la Dirección Facultativa informó que los precios ya estaban incluidos en el proyecto al que el contratista había tenido acceso previamente, al realizar la oferta económica para su adjudicación, por lo cual no se podían considerar precios introducidos “ex novo” en el desarrollo de la obra, sino que ya venían contemplados en el proyecto desde su inicio y, en consecuencia, no procedía tramitar una modificación del contrato basándose en esa circunstancia.

Con fecha 26 de mayo de 2023, se emitió formalmente un informe complementario por la Dirección Facultativa, indicando que, en ese momento y a partir de los datos obtenidos, se consideraba que no procedía llevar a cabo una modificación del proyecto, pues no se daban ninguno de los supuestos establecidos en el artículo 205 de la LCSP/17.

Se argumentaba además, dando respuesta a todas las alegaciones del contratista de 10 de mayo de 2023, que el proyecto estaba conformado por precios procedentes de la base de precios establecida para el acuerdo marco. No obstante, se indicaba que se habían introducido puntualmente en las partidas precios unitarios nuevos, para dar solución, por un lado, a la complejidad del objeto del proyecto (en el que se incluyen soluciones innovadoras e instalaciones pioneras) y, por otro, a las exigencias de la nueva Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular. Esos precios unitarios nuevos se habían obtenido a partir de los precios de mercado actuales y de la base de precios de CYPE 2022. Por lo demás, se insistía en que el contratista era conocedor de esos precios, desde el momento que tuvo a su disposición el proyecto, por tanto, con anterioridad suficiente para su estudio y valoración, de cara a realizar su oferta económica definitiva. Además, de forma explícita en las conclusiones, se indicaba la gravedad del incumplimiento en plazo y los eventuales perjuicios derivados.

De esa forma se indica: “...*El proyecto entregado a estas empresas está compuesto por los documentos que la normativa exige, entre ellos, un presupuesto conformado por precios procedentes de la base de precios incorporada en el acuerdo marco A/OBR-020422/2022.*”

No obstante, existen partidas, que por la complejidad del objeto del proyecto en el que se incluyen soluciones innovadoras e instalaciones pioneras, así como partidas que se adaptan a las exigencias de la nueva

Ley de Gestión de Residuos aprobada en el 2022; se componen fundamentalmente de precios unitarios obtenidos de la base de precios establecida para el acuerdo marco antes mencionado, pero se introducen puntualmente en las partidas precios unitarios nuevos para dar solución a las cuestiones antes mencionadas. Estos precios unitarios nuevos han sido obtenidos de precios de mercado actuales y de la base de precios de CYPE 2022.

... Por tratarse de precios contemplados en proyecto, entendemos que éstos no pueden considerarse como precios nuevos incluidos durante la ejecución de la obra, lo que no da lugar a un modificado en ningún caso.

En segundo lugar, en lo relativo a las consideraciones que la empresa contratista indica como defectos de proyecto, tras un análisis realizado por parte de la casa de control de calidad; así como de los redactores de proyecto y dirección facultativa, con los datos disponibles, y no habiendo iniciado la obra, se detecta aproximadamente un posible exceso de mediciones de una cuantía ligeramente superior a un 3% y un 1,90% de precios nuevos que sería preciso introducir. En el caso de precios nuevos, no estaría incluido el centro de transformación, pues se trata de una partida que estaría pendiente de confirmar si procede ejecutarla, correspondiendo a la compañía eléctrica determinarlo. Todo ello, sin perjuicio de las actualizaciones que puedan surgir en el desarrollo de la obra.

CONCLUSIÓN

De los datos obtenidos, actualmente, esta Dirección facultativa considera que no procede llevar a cabo una modificación de proyecto, pues no se da ninguno de los supuestos establecidos en el artículo 205 de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público, que lo justifique.

El contratista no ha dado comienzo a las obras, de modo unilateral, estando oficialmente iniciada la obra desde el día 12 de mayo, sin motivo fundado pues no existe inviabilidad técnica que impida el inicio de ejecución de las obras.

Por ello, no se considera justificable que solicite la empresa constructora la suspensión de la firma del Acta de Comprobación de Replanteo, ni que las obras no se iniciaran en el momento en que se ha firmado ésta.

Cabe destacar los daños y perjuicios ocasionados al centro, que; según lo planificado con el contratista, procedió al desalojo y mudanza completa de un edificio entero, con objeto de llevar a cabo las obras según lo planificado; además de la consiguiente pérdida de financiación de los Fondos Europeos que el incumplimiento de los objetivos en el plazo establecido en el Programa de Rehabilitación para la mejora de la eficiencia energética conllevaría”.

7. Con fecha 1 de junio de 2023, se requirió por la Dirección General de Infraestructuras y Servicios el cumplimiento del contratista de las condiciones del contrato, para su correcta ejecución en plazo, recordándole el cumplimiento de lo establecido en la Orden 1197/2023, de adjudicación del contrato basado. Igualmente, se le recordaba la importancia del cumplimiento en plazo, para evitar distorsiones en la escolarización de los alumnos y por la eventual pérdida de los fondos europeos y que, de conformidad con lo previsto en el artículo 211.1 d) de la LCSP/17, la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista, es causa de resolución del contrato y, en caso de incumplimiento culpable del contratista, le sería incautada la garantía y debería, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada, según establece el artículo 213.3 de la LCSP. Ese requerimiento, cuya notificación telemática consta aceptada el día 2 de junio de 2023,

señalaba: «...En atención a lo expuesto, se le recuerda el cumplimiento de lo establecido en la Orden 1197/2023, de 4 de abril, de adjudicación del contrato basado de referencia, en cuanto al plazo de ejecución: “El plazo de ejecución del contrato basado es de 14 meses. Este plazo 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, una vez transcurrido el plazo de interposición del recurso especial sin que se haya interpuesto alguno o una vez resueltos los mismos, en caso de interponerse.

El contratista se obliga a cumplir el contrato en dicho plazo 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 en el plazo de 30 días naturales desde la mencionada notificación”.

En este mismo sentido, el pliego de cláusulas administrativas particulares que rige el contrato... Igualmente, se le recuerda que, de conformidad con lo previsto en el artículo 211.1 d) 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, la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista, es causa de resolución del contrato.

... cabe destacar que, el incumplimiento de los plazos de ejecución del contrato, no sólo afecta a la escolarización de los alumnos sino que, además, conlleva la pérdida por parte de la Comunidad de Madrid de la financiación de los fondos europeos Next Generation EU, con los que cuentan las obras de la fase 1 de rehabilitación para la mejora de la eficiencia energética de centros educativos de la Comunidad de Madrid incluidas en el Plan de Impulso a la Recuperación de Edificios Públicos

(PIREP), siempre y cuando estén finalizadas y recepcionadas, antes del 30 de septiembre de 2024.

Es decir, si la obra no se ejecuta en el plazo establecido, se ocasionarán a la Administración daños y perjuicios evaluables económicamente. En concreto, en lo que respecta a la pérdida de la financiación de los fondos europeos Next Generation EU, se originará un daño a la Administración de, al menos, 3.031.500 €... Por último, se le recuerda que, si el contratista da lugar, por causa de la que hubiese sido declarado culpable, a la resolución firme del contrato, incurrirá en la prohibición de contratar establecida en el artículo 71. 2 d) de la LCSP, circunstancia que impedirá al empresario contratar en el ámbito del órgano de contratación competente para su declaración.

Todo lo anterior se comunica a fin de REQUERIR al contratista el cumplimiento de las condiciones del contrato, para su correcta ejecución en plazo».

8. Mediante escrito de 5 de junio de 2023, la contratista interpuso recurso contencioso-administrativo contra la orden de adjudicación del contrato basado A/OBR-008029/2023. No se solicitó medida cautelar de suspensión del acto impugnado.

En dicha resolución judicial y como elemento determinante de su argumentación, el Tribunal Superior de Justicia, explicó: “...el suplico de la medida supone en realidad un enjuiciamiento del fondo del asunto que no es dable en este momento al exceder de la naturaleza y extensión propia de la denominada justicia cautelar y, por último en la valoración de los intereses en conflicto prevalece el general ya que permite la eficiencia energética de los edificios escolares lo que redundará en el beneficio de los usuarios, el ahorro energético y económico para los fondos públicos y la protección del medio ambiente”.

9. Con fecha 7 de junio de 2023, se emite certificación ordinaria nº 1 de la obra, a 0 euros, al no haberse iniciado por parte de la empresa contratista la ejecución de las obras. Esta certificación se emite tomando como referencia al Plan de obra enviado por Viales y Obras Públicas, S.A., que replica el de proyecto.

10. Mediante escrito de 9 de junio de 2023, Viales y Obras Públicas, S.A., interpuso también recurso contencioso-administrativo contra el requerimiento de 1 de junio de 2023, suscrito por el director general de Infraestructuras y Servicios. Asimismo, se interesaba la adopción de la medida cautelar de la suspensión del acto impugnado.

11. Con fecha 4 de julio de 2023, se emitió certificación ordinaria nº 2 de la obra, a 0 euros, al no haberse iniciado por parte de la empresa contratista la ejecución de las obras, comprobándose semanalmente esa circunstancia con una visita de obra.

12. Con fecha 5 de julio de 2023, se dictó el Auto nº 275/2023, por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, por el que se denegó la medida cautelar de suspensión de la ejecución de la resolución 1 de junio de 2023, mediante la que se efectuó el requerimiento al contratista del cumplimiento del contrato, en tiempo y forma.

13. Con fecha 18 de julio de 2023, tuvo entrada en el registro electrónico de la Comunidad de Madrid, un escrito de Viales y Obras Públicas, S.A., dirigido al órgano de contratación, mediante el que comunicaba que, *“al único objeto de no incurrir en incumplimiento”*, se veía obligada a acometer el inicio efectivo de la obra a partir del 31 de julio de 2023. A su vez, el contratista requirió que se habilitasen los procedimientos contradictorios con audiencia al contratista *“toda vez de que otra forma es imposible acometer las primeras unidades de obra”*.

TERCERO.- En cuanto al desarrollo del procedimiento de resolución contractual, constan las siguientes actuaciones y trámites:

1. Por Orden nº 2789/2023, de 25 de julio de 2023 del consejero de Educación, Ciencia y Universidades se acordó el inicio del expediente de resolución del contrato de obras de rehabilitación para la mejora de la eficiencia energética del IES Narcís Monturiol en Parla, adjudicado a la empresa Viales y Obras Públicas, S.A.

La notificación de la Orden nº 2789/2023 fue recepcionada por la mercantil contratista el 26 de julio de 2023. Igualmente, se notificó la orden de inicio del expediente de resolución al avalista Asefa S.A. Seguros y Reaseguros, con acuse de recibo del día 26 de julio de 2023.

2. Con fecha 4 de agosto de 2023, se emitió acta de comprobación material, con la medición y liquidación de las obras, de acuerdo al proyecto, fijando los saldos pertinentes a favor o en contra del contratista. El acta, elaborada de acuerdo con los artículos 213 y 246 de la Ley 9/2017, 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público y firmada por el representante de la Comunidad de Madrid, la Dirección Técnica de la obra y la empresa contratista, reflejó un importe de obra recibida de solamente 8.038,44€, correspondiente a la demolición de suelo vinílico y suelo de madera del gimnasio, la retirada de enseres del gimnasio, el desmontaje de luminarias de gimnasio, el desmontaje de ventanas y rejas del gimnasio, el vallado de seguridad en torno al gimnasio, la generación de escombros que se ha depositado en sacos ubicados junto al gimnasio, la instalación de 2 casetas de obra, la retirada de los aero-termos del gimnasio y vaciado de la instalación y la retirada de puertas.

El contratista formalizó determinadas reservas en dicho documento. De esa forma consideraba que, la resolución del contrato procedería única y exclusivamente en virtud del art. 211. 1 g), según se venía manteniendo desde su escrito de 10 de mayo, anterior a la comprobación del replanteo, estando dirimiéndose la cuestión por el Tribunal Superior de Justicia, en el PO 975/2023, como también lo

estaba el acto de adjudicación del contrato derivado, en el PO 950/2023; considerando improcedente en tanto no se resolviesen esos procedimientos judiciales la resolución del contrato por causa imputable al contratista.

Manifestaba igualmente que, no concurría la causa de resolución que invocaba la administración, puesto que el plazo de la obra era de 14 meses en total y se trataba de un contrato de resultado, que se encontraba en ejecución.

3. Con igual fecha de 4 de agosto, la Dirección Facultativa emitió un informe de valoración de los daños y perjuicios ocasionados por incumplimiento del contrato por parte de la empresa adjudicataria de la obra de referencia, cuantificándolos en 44.966,02 € (7.266,02 €, por los servicios o trabajos que deben realizarse de nuevo; 1.700 € por la limpieza y retirada de residuos y acopios y 36.000€ en concepto de gastos derivados de la situación en la que queda el edificio, puesto que, al haber comenzado demoliciones de solados en el edificio del gimnasio, el edificio no puede ser utilizado hasta que no se realicen obras de reposición del pavimento retirado y de puesta en servicio de los suministros dañados. Para poder devolver al uso el gimnasio durante el tiempo que transcurra entre la resolución y el inicio de una nueva actuación).

Igualmente, se menciona en ese informe que la obra se financia dentro del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, en el Programa de Apoyo a la Rehabilitación de Edificios Públicos (PIREP) y que, el incumplimiento de los objetivos en el plazo establecido en el programa, conllevaría, en su caso, la pérdida de la financiación cuya cuantía es el importe de la obra sin aplicación del I.V.A., esto es, 2.809.779,75 €.

4. Consta comparecencia del día 10 de agosto de un representante de la contratista en dependencias administrativas, a fin de tomar vista

del expediente de resolución contractual, entregándole copia de determinados documentos, a su solicitud.

5. Mediante escrito de 10 de agosto de 2023, Viales y Obras Públicas, S.A. solicitó tener por formulada oposición a la Orden n° 2789/2023, acordándose el archivo del procedimiento resolutorio y, subsidiariamente, que se declarase la no concurrencia de culpas y se les devolviera la garantía definitiva, declarándose la imposibilidad de reclamarle daños y perjuicios.

En sus alegaciones, en primer lugar, la contratista aduce la improcedente y torticera utilización del conocimiento de ciertos correos electrónicos privados, internos y confidenciales de la propia empresa con sus asesores jurídicos, remitidos por error a la dirección de la obra, como elemento determinante de la decisión administrativa de resolver el contrato y/o imponer penalidades a la contratista, afirmando que *“la causa de resolución es una premonición especulativa del órgano de contratación, inspirada en la eventual revelación de secretos anunciada”*, sic.-.

En particular se refiere la empresa al correo emitido con fecha 18 de julio de 2023, en el que se reconoce que no cuentan con argumentos suficientes para justificar la inviabilidad de la obra y, para evitar penalidades, se pone de manifiesto una estrategia de la empresa con objeto de *“bloquear”* la ejecución de la obra, mediante el planteamiento por parte del contratista de problemas y dudas infundadas, con objeto de que sea la Dirección Facultativa quien ordene la suspensión de los trabajos y no sea la empresa contratista la que incurra en incumplimiento de plazos.

El contenido de dichos correos se envió por un miembro de la empresa contratista, como muchos otros correos enviados anteriormente, en los que remitía información y cuestiones escritas por

terceros, con objeto de proporcionar información a la Dirección Facultativa relativa al proyecto.

Adicionalmente se insiste en que la causa de resolución del contrato, realmente concurrente sería la recogida en el artículo 211.1 g) de la LCSP/17, aludiendo a la existencia de graves errores e inviabilidades en el proyecto constructivo elaborado por TRAGSATEC, que pueden poner en riesgo real y no sólo potencial o hipotético, la integridad física de los menores del centro, del personal docente y en general, de la comunidad educativa, pues se trata de obras (con demoliciones) que se simultanean con la actividad docente y administrativa del IES Narcís Monturiol, sin que se prevea ninguna actuación destinada a consolidación o refuerzo de la estructura, especificando diversos supuestos errores en el proyecto- se apunta la insuficiencia de la resistencia del techado o las deficiencias de las soluciones energéticas y eléctricas planteadas-. No obstante, y como justificación de haberse postulado para la ejecución del contrato, aduce la insuficiencia del plazo de 9 días concedido a los licitadores, para presentar ofertas a los licitadores.

En cuanto a la causa invocada por la administración, relativa al retraso en la ejecución del contrato, manifiesta que la concurrencia anterior en el tiempo de la causa contemplada en el artículo 211.1 g) LCSP, impide al órgano de contratación resolver por causa culpable al contratista.

No obstante lo anterior, en la alegación cuarta de su escrito, afirma la inexistencia de la causa de resolución contractual pretendida, al no transgredirse la obligación esencial del contrato, ya que considera que el plazo de ejecución del contrato no ha finalizado, ni hay informes que avalen la imposibilidad de ejecutar completamente el contrato, aun con el retraso inicial; por lo que resulta imposible aplicar la causa de resolución esgrimida en la Orden nº 2789/2023, cuando el contrato

está siendo ejecutado y todavía les restaban doce meses hasta el transcurso de los 14 fijados para el total de la ejecución. A continuación, en la alegación octava del escrito, la empresa contratista entiende que no existiría imposibilidad alguna para que el contrato fuera resuelto por mutuo acuerdo, apelando a supuestos incumplimientos del órgano de contratación, en fase de licitación del contrato, por las deficiencias del proyecto y la falta de asertividad administrativa para analizar las alternativas ofrecidas por la contratista y a la buena fe de la empresa contratista.

6. La Subdirección General de Gestión de Infraestructuras y Servicios, mediante oficio de 18 de agosto de 2023, solicito a la Dirección Facultativa a emisión de un informe detallado sobre las cuestiones técnicas planteadas en el escrito de la contratista, de 10 de agosto y sobre aquéllas que puedan incidir en la correcta respuesta a los mismos.

Con fecha 9 de octubre de 2023, la Dirección Facultativa de la obra, emitió el informe técnico solicitado, concluyendo que la empresa ha incurrido en constantes incumplimientos de procedimientos legalmente establecidos en el desarrollo de la ejecución de las obras contratadas, sin que exista fundamento técnico que justifique la inviabilidad de ejecución de las obras. Todas las unidades contempladas en el proyecto forman parte del contrato de obras adjudicado a Viales y Obras Públicas, S.A., no teniendo ninguna de ellas la consideración de precios nuevos. Son, por tanto, precios incluidos en un proyecto previamente revisado por la empresa y por el cual realizaron una nueva oferta de licitación. Además, se habrían conformado mayoritariamente con precios simples que pertenecen a la base de precios del acuerdo marco, incluyéndose únicamente alguno de maquinaria, más difícil de prever en la conformación de dicha base.

En concreto este informe indica: «Las cuestiones técnicas o relacionadas con la Dirección Facultativa, que alegan como motivo para que la resolución no sea por causa imputable al contratista, se resumen en los siguientes puntos:

1. La empresa contratista indica la existencia de “deficiencias e inviabilidades” detectadas en el proyecto, según documento presentado por Viales el día previo a la firma del Acta de comprobación de Replanteo (ACR) donde indican que dichas “deficiencias e inviabilidades” suponen una variación de más de un 20% del Presupuesto Base de Licitación (PBL). Con estas cuestiones alegan que no debería de haberse firmado el ACR, justificando que no fue analizado como para determinar la viabilidad de la obra y que, a día de hoy, no existe informe técnico que responda a las alegaciones por ellos efectuadas. Entre estas cuestiones reiteran en múltiples ocasiones la ausencia del centro de transformación en el proyecto.

De la documentación aportada por la empresa contratista a la Dirección Facultativa, que incluye correos intercambiados con posibles subcontratistas y de los cuales se observa que no se ha hecho un estudio exhaustivo del proyecto por no conocer el conjunto de éste al completo, no se puede considerar justificación suficiente para sostener la manifestación hecha por la empresa de “inviabilidad de ejecución del proyecto”. Además, se presentan el día anterior a la firma del ACR, unos documentos Excel en los que no detallan de manera justificada, ni son precisos en la estimación y cuantificación obtenida sobre las “deficiencias e inviabilidades”, indicando únicamente comentarios sobre partidas que consideran que tienen alguna carencia, así como una cuantificación de lo que consideran precios nuevos, sin indicar la procedencia de algunos que introducen ellos mismos. Tampoco incluyen mediciones justificadas de aquellas partidas que consideran que no se definen de manera adecuada en proyecto.

No existe en ninguno de los documentos antes mencionados, cuestiones que indiquen que no se puedan ejecutar las partidas, ni tampoco afectan en ningún caso al inicio de la ejecución de los trabajos previstos en el proyecto, tal y como se indicó por la Dirección Facultativa en la firma del ACR, considerando por tanto INFUNDADAS las reservas planteadas por la empresa contratista, indicando que, no obstante, se estudiarán en el transcurso de la obra las cuestiones que planteen dudas o incongruencias por ellos indicadas».

Se destaca igualmente que, existen informes favorables por parte de dos casas de control de calidad distintas que certifican la corrección y viabilidad del proyecto y se añade: «Por otro lado, no se solicita en ningún momento por parte de la empresa contratista un “informe técnico detallado” ni tampoco es exigible. Se redacta, no obstante, un informe en el que se expresan de nuevo las conclusiones con respecto a las alegaciones planteadas, dado que el día previo a la firma del acta de comprobación de replanteo, la empresa Viales presenta escrito solicitando la resolución del contrato y el órgano de contratación requiere informes en relación al expediente.

En cuanto al centro de transformación, se indica a la empresa contratista en reiteradas ocasiones, que no es una partida contemplada en el proyecto y no les compete a ellos su ejecución.

Cabe destacar que, con la consecutiva presentación de escritos por parte de la empresa Viales, se incorporan, nuevas “deficiencias o dificultades” no planteadas con anterioridad. En el caso del escrito que se está analizando en el presente informe, se plantean posibles riesgos en la ejecución de las obras, así como nuevas “deficiencias”, dando evidencia de que no conocen aún las partidas y el contenido del proyecto, ya que además mencionan intervenciones no contempladas en éste».

Destaca igualmente la incongruencia entre la negativa a admitir la resolución que plantea la administración y su insistencia en iniciar las obras e incluso, plantear que los trabajos se ejecutaran en los 12 meses y medio restantes, hasta la completa expiración del plazo total estipulado, *y destaca la peculiaridad de actuar en un centro educativo en funcionamiento y las exigencias que ello determina: “conociendo de antemano las dificultades que supuso en un inicio la organización de los trabajos para no interferir en el uso habitual del centro educativo. Es necesario tener en cuenta que cuando se resuelve el contrato por incumplimiento del plazo, es una cuestión que no sólo afecta a la capacidad de la empresa contratista, sino a las posibilidades reales del centro para organizarse en el desarrollo de la obra, de lo cual la empresa contratista es bien conocedora”.*

En cuanto a la pretendida introducción de precios nuevos no previstos en la base de precios del acuerdo marco, el informe manifiesta que la contratista tergiversa el contenido del informe emitido por la Dirección Facultativa el día 26 de mayo, tras la firma del acta de comprobación de replanteo y afirma que, todas las unidades contempladas en el proyecto de rehabilitación para la mejora de la eficiencia energética del IES Narcís Monturiol en Parla, forman parte del contrato de obras adjudicado a la empresa Viales, no teniendo ninguna de ellas la consideración que prevé la Ley de Contratos para este concepto de precios nuevos en su artículo 242.4, ii) que permitiría en el transcurso de la obra, la inclusión de precios nuevos sin tener la consideración de modificación, siempre que cumpla con el doble requisito de no suponer un incremento en el precio global del contrato ni afectar a unidades que en su conjunto exceda del 3 por ciento del presupuesto primitivo del mismo.

También se analiza la alegación de la contratista de que la administración no podía utilizar el contenido de los correos enviados por Viales y Obras Públicas S.A a la dirección facultativa, pues se

incurriría en revelación de secreto profesional y podría suponer, incluso, en delito en caso de divulgarlos. Así, se indica: *«En este caso, se refiere la empresa al correo emitido con fecha 18 de julio de 2023, en el que se reconoce que no cuentan con argumentos suficientes para justificar la inviabilidad de la obra y, para evitar penalidades, se pone de manifiesto una estrategia de la empresa con objeto de “bloquear” la ejecución de la obra, mediante el planteamiento por parte del contratista de problemas y dudas infundadas, con objeto de que sea la Dirección Facultativa quien ordene la suspensión de los trabajos y no sea la empresa contratista la que incurra en incumplimiento de plazos.*

El contenido de dichos correos se envió por un miembro de la empresa contratista, como muchos otros correos enviados anteriormente, en los que remitía información y cuestiones escritas por terceros, con objeto de proporcionar información a la Dirección Facultativa relativas al proyecto».

7. El 25 de octubre de 2023 se requirió de la Abogacía General de la Comunidad de Madrid, la emisión de informe sobre el proyecto de Orden de resolución del contrato referenciado.

Mediante Orden nº 4097/2023, de 26 de octubre, del consejero de Educación, Ciencia y Universidades, por la que se acordaba la suspensión del plazo máximo para resolver el procedimiento de resolución del contrato, por el tiempo que medie entre la petición del informe a los servicios jurídicos y la recepción del mismo, ex. artículo 22.1 d) de la LPAC, en relación con lo dispuesto en los artículos 191.3 de la LCSP/17.

La resolución acordando la suspensión fue notificada a la empresa contratista y a la avalista el mismo día 26 de octubre.

8. El 27 de octubre de 2023, se emitió informe favorable de los Servicios Jurídicos a la propuesta de la resolución del contrato de obras de *“rehabilitación para la mejora de la eficiencia energética del IES Narcís Monturiol en Parla”*, adjudicado a la empresa Viales y Obras Públicas, S.A.

El 30 de octubre de 2023 se notificó a la empresa y a la avalista la recepción del informe y la Orden nº 4197/2023, del consejero de Educación, Ciencia y Universidades, de igual fecha, por la que se acordó el levantamiento de la suspensión.

9. Con fechas de 31 de octubre y 13 y 22 de noviembre de 2023, la contratista efectuó solicitud al órgano de contratación, interesando que se les facilitare el acceso y copia en formato electrónico de los siguientes documentos que integran el expediente: i) informe emitido por los Servicios Jurídicos de la Consejería, ii) las ofertas económicas presentadas por el resto de licitadores, no adjudicatarios, o el documento, acta, resolución, o acuerdo por el que se acredite el porcentaje de baja propuesto en dichas ofertas económicas formuladas tras la notificación de la solicitud de ofertas suscrita por la jefa del Área de Contratación en fecha 23 de febrero de 2023, y iii) informes y documentos que integren el expediente y se hayan incorporado al mismo desde el 10 de agosto de 2023, que fue la última fecha de acceso al expediente y presentación de alegaciones por el contratista.

10. El día 6 de noviembre de 2023, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14.1 del Decreto 45/1997, de 20 de marzo, por el que se desarrolla el Régimen de Control Interno y Contable ejercido por la Intervención General de la Comunidad de Madrid, se le solicitó su preceptivo informe, para su fiscalización conforme a lo dispuesto en los artículos 16, 82 y siguientes de la Ley 9/1990, de 8 de noviembre, Reguladora de la Hacienda de la Comunidad de Madrid.

Mediante Orden nº 4370/2023, de 14 de noviembre de 2023 del consejero de Educación, Ciencia y Universidades, se acordó la suspensión del plazo máximo para resolver el procedimiento de resolución del contrato, por el tiempo que mediara entre la petición del referido informe a la Intervención de la Comunidad de Madrid con fecha 6 noviembre de 2023, y la recepción del mismo, ex. artículo 22.1 d) de la LPAC.

La resolución acordando la suspensión fue notificada a la empresa contratista y a la avalista- aseguradora, el mismo día 15 de noviembre de 2023.

11. Con fechas 13 y 22 de noviembre de 2023, la contratista reiteró su solicitud al órgano de contratación, interesando que se les facilitare el acceso y copia en formato electrónico de los documentos interesados el 31 de octubre y, en particular de los documentos que integren el expediente y se hayan incorporado al mismo desde el 10 de agosto de 2023, que fue la última fecha de acceso al expediente y presentación de alegaciones por el contratista.

12. Con fecha del 27 de noviembre de 2023, el interventor general de la Comunidad de Madrid, informó favorablemente la propuesta cursada, considerando que en atención a todo lo expuesto, y dada la repercusión que la situación generada por el incumplimiento de la adjudicataria ha tenido en el funcionamiento del centro educativo, además de las consecuencias económicas al tratarse de un Acuerdo Marco financiado con fondos de la Unión Europea, se puede concluir que la pretensión de la Administración de extinguir el contrato mediante la resolución del mismo, resulta ser la solución más favorable al interés público.

Además, en informe de corrección de errores de igual fecha, se precisó que de conformidad con lo establecido en el art. 14.1 del

Decreto 45/1997, de 20 de marzo, por el que se desarrolla el Régimen de Control Interno y Contable ejercido por la Intervención General de la Comunidad de Madrid, una vez emitido el dictamen de la Comisión Jurídica Asesora, el expediente debería remitirse a la Intervención Delegada de la Consejería, dando cuenta de dicho dictamen a esta Intervención General, para su conocimiento y efectos.

13. El 4 de diciembre de 2023, tuvo entrada en esta Comisión Jurídica Asesora oficio del consejero de Educación, Ciencia y Universidades, interesando la emisión de dictamen por la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, en relación con la propuesta de resolución del Contrato de obra de rehabilitación para la mejora de la eficiencia energética el IES Narcís Monturiol en Parla (contrato basado en el Acuerdo Marco de obras de rehabilitación para la mejora de la eficiencia energética de centros educativos de la Comunidad de Madrid, dentro del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, financiado por el Mecanismo para la Recuperación y la Resiliencia. LOTE 1 DAT-Sur), adjudicado a la empresa Viales y Obras Públicas S.A.U.

Previa la solicitud de que el expediente remitido a esta Comisión Jurídica Asesora fuera completado del día 7 de diciembre, con suspensión del plazo pertinente para la emisión del presente dictamen, al haberse omitido inicialmente la propuesta de resolución objeto de análisis, el expediente resultó efectivamente completado el día 12 de diciembre de 2023.

Así pues, el expediente se encuentra completo y el presente dictamen se emite en plazo.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

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

La solicitud de dictamen se ha hecho llegar a la Comisión Jurídica Asesora por el consejero de Educación, Ciencia y Universidades, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 18.3.a) del ROFCJA, al venir requerido por la Ley la emisión de dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora.

La contratista ha formulado su oposición de forma expresa y por ello, resulta preceptivo el dictamen de esta Comisión ex. artículo 191.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP/17).

SEGUNDA.- Por lo que se refiere al régimen jurídico aplicable, esta Comisión Jurídica Asesora viene distinguiendo entre la norma sustantiva que rige el asunto de fondo y la norma aplicable al procedimiento (en el mismo sentido, el Consejo de Estado, así su Dictamen 167/2021, de 25 de marzo). En el presente caso, ambas

cuestiones se rigen por la LCSP/17, puesto que el contrato cuya resolución se pretende se adjudicó durante su vigencia, mediante Orden nº 1197/2023, de 4 de abril, del –entonces- vicepresidente y consejero de Educación y Universidades.

En cuanto al desarrollo del procedimiento de resolución, que se inició el 25 de julio de 2023, habremos de acudir a los artículos 191 y 212 de la LCSP/17 y, 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 RGLCAP, referido específicamente al *“procedimiento para la resolución de los contratos”*.

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

En el caso analizado se ha dado audiencia a la contratista, tras la emisión de un informe sobre valoración de las responsabilidades y la misma ha formulado oposición en cuanto a la causa de posible resolución contractual y a sus efectos –la incautación de la garantía y otras eventuales responsabilidades adicionales propuestas-, a través de un escrito de 10 de agosto de 2023. Igualmente, se notificó la orden de inicio del expediente de resolución al avalista Asefa S.A. Seguros y Reaseguros, con acuse de recibo del día 26 de julio de 2023, conociendo así de la existencia del procedimiento, así como de sus incidencias de suspensión, que también se le han notificado.

También consta que se ha emitido el informe de la Abogacía General de la Comunidad de Madrid, además del informe de fiscalización de la Intervención General de la Comunidad de Madrid, ambos incorporado tras el trámite de audiencia, conforme establece el

artículo 109 del RGLCAP que se ha incorporado al expediente tras el trámite de audiencia, lo que respeta la previsión del artículo 82.1 de la LPAC (*“la audiencia a los interesados será anterior a la solicitud del informe del órgano competente para el asesoramiento jurídico o a la solicitud del Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, en el caso que éstos formaran parte del procedimiento”*). Lógicamente, también consta un informe técnico de la consejería, que da respuesta a las alegaciones planteadas por la empresa contratista, que es posterior a su audiencia.

En cuanto al momento del referido trámite de audiencia, debemos recordar que es doctrina reiterada de esta Comisión Jurídica Asesora (así los dictámenes 278/23, de 25 de mayo, 294/19, de 11 de julio; dictamen 155/18, de 5 de abril y el dictamen 516/16, de 17 de noviembre, entre otros muchos) que la audiencia a los interesados debe practicarse inmediatamente antes de dictar la propuesta de resolución, sin que puedan incorporarse con posterioridad informes que introduzcan hechos nuevos, de manera que si los informes citados argumentan cuestiones nuevas para la resolución, generan indefensión y lo procedente es la retroacción del procedimiento. Sin embargo, cuando los informes no introducen cuestiones o hechos nuevos, aunque se hayan emitido con posterioridad al trámite de audiencia, no generan indefensión y, en consecuencia, no procede la retroacción del procedimiento.

En este caso, los informes con incidencia fáctica en el procedimiento se han aportado hasta el día 4 de agosto y la contratista tuvo acceso al procedimiento el día 10 de agosto. Así, los informes posteriores: el informe técnico de la Dirección Facultativa analizando los argumentos de la empresa contratista, el de la Abogacía General de la Comunidad de Madrid y el de la correspondiente Intervención General no introducen novedades fácticas que hayan causado indefensión al

contratista, por lo que no se observa que irregularidad que afecte a la validez del procedimiento.

Finalmente, tras su solicitud el día 7 de diciembre, se ha formulado una propuesta de resolución en la que se da contestación a las alegaciones de la empresa concesionaria y se propone su desestimación, así como la resolución del contrato por incumplimiento de sus obligaciones por la mercantil adjudicataria, con incautación de la garantía, para liquidar las responsabilidades de su cargo.

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 relación con el plazo para resolver, debemos destacar que la Comunidad de Madrid, a través de la Ley 11/2022, de 21 de diciembre, de Medidas Urgentes para el Impulso de la Actividad Económica y la Modernización de la Administración de la Comunidad de Madrid (BOCM de 22 de diciembre de 2022), en vigor desde el día siguiente al de su publicación, ha establecido un plazo específico para el procedimiento de resolución contractual, ya que su artículo 31.3 modifica la Ley 1/2001, de 29 de marzo, por la que se establece la duración máxima y el régimen de silencio administrativo de determinados procedimientos, atendiendo al siguiente contenido literal: *«Se introduce un nuevo epígrafe en el apartado 3 del Anexo, que será el apartado 3.9 con la siguiente redacción: “3.9. Expedientes de resolución contractual que se rijan por la legislación sobre contratos públicos. Ocho meses. Caducidad (iniciados de oficio). Desestimatorio (iniciados a instancia del contratista)”»*.

Dicha previsión resulta de aplicación a los procedimientos iniciados tras su entrada en vigor y, en este caso, según consta, el inicio del procedimiento de resolución que nos ocupa se produjo el día 25 de

julio de 2023, por lo que le resulta de aplicación el plazo de ocho meses conforme a lo anteriormente expuesto.

Además, el rigor temporal que supone la necesidad de tramitar estos procedimientos en el plazo de ocho meses, puede verse atemperado por la suspensión del procedimiento para la solicitud de informes preceptivos y determinantes del contenido de la resolución, tal y como establece el artículo 22.1 d) de la LPAC, al señalar que el plazo máximo legal para resolver y notificar un procedimiento podrá suspenderse, entre otras circunstancias, en la siguiente: “... *Cuando se soliciten informes preceptivos a un órgano de la misma o distinta Administración, por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos. Este plazo de suspensión no podrá exceder en ningún caso de tres meses. En caso de no recibirse el informe en el plazo indicado, proseguirá el procedimiento*”.

En este procedimiento, constan dos suspensiones efectuadas en cumplimiento de tales previsiones, para con relación a los trámites del informe de la Abogacía General de la Comunidad de Madrid y de la emisión del dictamen de Esta Comisión. Ambas suspensiones se han tramitado correctamente.

En cualquier caso y según todo lo dicho, el momento presente no se encuentra caducado.

TERCERA.- Como señalamos, entre otros, en nuestro Dictamen 153/18, de 27 de marzo, la resolución es una de las prerrogativas de las que dispone la Administración en la fase de ejecución de los contratos administrativos ligada a la obligación de la Administración de velar por la satisfacción del interés público que motivó la celebración del contrato.

Por ello, la Administración puede, al igual que recoge el artículo 1124 del Código Civil, en referencia a las obligaciones sinalagmáticas, optar por exigir el cumplimiento del contrato (por ejemplo, mediante la imposición de penalidades) o bien proceder a su resolución, posibilidad a la que debería acudir tan solo en casos de incumplimientos graves, como ya declaró el Tribunal Supremo en las sentencias de 16 de mayo de 1997 (r. 12.105/1991) y 29 de mayo de 2000 (r. 5639/1994).

Esa opción depende de la Administración que, con ella, ha de buscar que el incumplimiento contractual origine el menor daño posible al interés público [Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 25 de septiembre de 2003 (r. 1892/1995)].

Las sentencias de 30 de marzo de 2017 (r. 1053/2016) y 8 de marzo de 2018 (r. 921/2015) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid recuerdan la doctrina fijada en la del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2004 en cuanto a que:

“(...) la resolución implica una extinción anticipada de un contrato perfeccionado, que constituye un modo anormal de terminación de la relación contractual por la concurrencia de alguna circunstancia en la vida del contrato que impide o hace inconveniente su prosecución hasta su extinción normal. De acuerdo con dicha naturaleza el incumplimiento que justifica la resolución ha de ser sustancial, no basta con cualquier apartamiento de las obligaciones asumidas en el contrato, sino que ha de afectar a la obligación esencial de una de las partes en el caso de obligaciones bilaterales o recíprocas. Esto es, de acuerdo con la jurisprudencia, tanto de la Sala Tercera como de la Primera del Tribunal Supremo, ha de tratarse de incumplimiento básico, grave, de la obligación, en el sentido de que no se realiza la conducta en qué consiste la prestación, quedando frustrado el fin objetivo del contrato o haciendo imposible la realización de la prestación por parte del contratista. O, dicho en

otros términos, también en este ámbito de la resolución contractual ha de observarse el principio de proporcionalidad que exige para resolver el que el incumplimiento afecte a la esencia de lo pactado, no bastando aducir la no realización de prestaciones, que no impidan por su entidad alcanzar el fin del contrato”.

En este caso, como hemos visto en los antecedentes, resulta del expediente examinado que la mercantil contratista pretende la inviabilidad de la obra por causas técnicas, al entender que el proyecto al que debería atenerse la obra, plantea soluciones técnicas imposibles, infundadas y/o peligrosas, además de haber incluido precios nuevos no previstos en la base de precios del acuerdo marco y, por eso, plantea que la causa de resolución verdaderamente concurrente resulta imputable a la propia administración, en virtud del art. 211. 1 g) de la LCSP/17.

En contradicción con lo anterior plantea la posibilidad de ejecutar al completo el contrato, pese al tiempo perdido y considera que, al no haber expirado el plazo total del contrato, no cabría apelar al incumplimiento del plazo, como causa de resolución del contrato de obra, en su contra.

En el plano estrictamente procedimental, considera que los procedimientos contencioso-administrativos en curso –el que analiza su impugnación del requerimiento de ejecución del 1 de junio y el relativo a la adjudicación del contrato derivado, que se están dirimiéndose por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el PO 975/2023 y en el PO 950/2023, respectivamente-, impiden la tramitación del expediente de resolución contractual.

Analizando en primer lugar esta última cuestión, debemos poner de manifiesto que, en los procedimientos judiciales reseñados no se ha acordado la medida cautelar de la suspensión contractual, puesto que

se ha denegado expresamente por el órgano judicial en el primer caso y no se ha instado en el segundo, de forma que no puede admitirse ese efecto “*obstativo*” o paralizador de esos procedimientos, respecto del presente expediente. Resulta, por el contrario, que si se resuelve este contrato efectivamente, pudieran quedar sin objeto los referidos procedimientos judiciales y, además, en ese caso, la contratista también podría impugnar judicialmente la resolución culpable del contrato que finalice este procedimiento, conforme a la propuesta. En igual sentido, los dictámenes el 297/17, de 13 de julio y la 53/21, de 2 de febrero, de esta Comisión Jurídica Asesora.

Debemos también referirnos siquiera brevemente a la temprana intención de la empresa de modificar el contrato - incluso con anterioridad al comienzo de su ejecución-, argumentando una supuesta incorrección del proyecto y la introducción de precios nuevos y su manifiesta voluntad de eludir el cumplimiento contractual, solicitando la anulación de la adjudicación del contrato basado, que da origen al presente procedimiento. Tales planteamientos decaen fácilmente recordando la vigencia del principio de riesgo y ventura en la materia contractual, recogido en el artículo 197 de la LCSP/17.

Efectivamente, el Tribunal Supremo, en sentencias de 28 de octubre de 2015 (rec. 2785/2014) y 20 de julio de 2016 (rec. 339/2015), entre otras muchas, tiene establecido que: 1) el principio de la eficacia vinculante del contrato y de la invariabilidad de sus cláusulas es la norma general que rige en nuestro ordenamiento jurídico tanto para la contratación privada como para la contratación administrativa; 2) la contratación administrativa se caracteriza por llevar inherente un elemento de aleatoriedad de los resultados económicos del contrato, al estar expresamente proclamado por la ley el principio de riesgo y ventura del contratista y esa aleatoriedad significa que la frustración de las expectativas económicas que el contratista tuvo en consideración para consentir el contrato no le libera de cumplir

lo estrictamente pactado ni, consiguientemente, le faculta para apartarse del vínculo contractual o para reclamar su modificación; 3) en nuestro ordenamiento jurídico ha sido tradicional establecer unas tasadas excepciones a esa aleatoriedad de los contratos administrativos, consistentes en reequilibrar la ecuación financiera del contrato únicamente cuando se ha producido una ruptura de la misma por causas imputables a la Administración ("*ius variandi*" o "*factum principis*"), o por hechos que se consideran "*extramuros*" del normal "*alea*" del contrato por ser reconducibles a los conceptos de fuerza mayor o riesgo imprevisible. Lo cual significa que no toda alteración del equilibrio de las prestaciones del contrato da derecho al contratista a reclamar medidas dirigidas a restablecer la inicial ecuación financiera del vínculo, sino únicamente aquellas que sean reconducibles a esos tasados supuestos de "*ius variandi*", "*factum principis*" y fuerza mayor o riesgo imprevisible.

Debemos analizar a continuación la efectiva concurrencia de la causa de resolución que plantea la propuesta de resolución, recogida en el artículo 211.1, letra d), de la LCSP, relativa a la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista.

Debemos recordar que, como es sabido, en la contratación administrativa el plazo es un elemento sumamente relevante. Sobre el particular, el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid ya señaló en sus dictámenes la importancia que tiene el plazo de ejecución en los contratos administrativos, que ha dado lugar a que el Tribunal Supremo los haya calificado como "*negocios jurídicos a plazo fijo*", debido al interés público que revisten los plazos (así el Dictamen 532/09 o el Dictamen 14/13, entre otros muchos, en doctrina que ha acogido esta Comisión Jurídica Asesora, así nuestro Dictamen 310/17 o en el más reciente 281/21, de 15 de junio o el 312/21, de 29 de junio). 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 LCSP/17) y el incumplimiento de los plazos contractuales faculta a la Administración para imponer penalidades al contratista o para resolver el contrato (art. 193.4 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.

De conformidad con lo expuesto, 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.

Según se indicó, en este contrato de obras, el día 11 de mayo de 2023, se emitió el Acta de Comprobación de Replanteo de la obra, considerándola viable y se ordenó el inicio de la obra, comenzando a contar el plazo de ejecución desde el día siguiente al de la firma del acta.

De otra parte, como se indicaba expresamente en los documentos contractuales a cuyo cumplimiento se comprometió el contratista, se recogió en el contrato resultante del Acuerdo Marco y en el del contrato derivado e igualmente se destaca en los informes de la Dirección Facultativa emitidos en el curso del procedimiento; en este contrato resulta fundamental, además del momento en que finalizara el plazo total de 14 meses para la completa ejecución del contrato, la planificación del desarrollo temporal de las obras, que debería organizar la contratista y, por tanto, el cumplimiento de los plazos parciales de obra, puesto que su materialización debería hacerse compatible con la función educativa que se continuaría ejerciendo en el centro educativo

durante el periodo lectivo, debiendo aprovechar especialmente los meses estivales para llevar a efecto las actuaciones a desarrollar en determinadas zonas del centro que luego no fuera posible ocupar, para no obstaculizar la función educativa.

Frente a lo indicado y, pese al requerimiento administrativo de 1 de junio de 2023, en este caso sólo se dio comienzo a la obra a partir del día 18 de julio y, a fecha 4 de agosto, habiendo ya transcurrido gran parte del periodo vacacional en el que el centro docente permanecería sin alumnado, únicamente se había ejecutado efectivamente una mínima parte de la obra, por importe de 8.038,44€, correspondiente a ciertas actuaciones en el gimnasio, convirtiendo en inviable la ejecución del resto durante el periodo docente, so pena de hacer imposible la función educativa.

Por lo expuesto se considera acreditada la concurrencia del incumplimiento temporal en que se fundamenta la propuesta, con explícita remisión a la amplia argumentación contenida en el informe de la Dirección Facultativa de 9 de octubre de 2023, que podría citarse “*in aliunde*”, en la propuesta de resolución, para sí tenerlo por reproducido al completo.

CUARTA.- En cuanto a los efectos de la resolución, es de aplicación el artículo 213 LCSP, donde se establece que cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada.

La propuesta de resolución no determina tales daños, aunque consta en el procedimiento un informe la Dirección Facultativa, de fecha 4 de agosto de 2023, al que la contratista tuvo acceso en una comparecencia de 10 de agosto, referido a la valoración de los daños y

perjuicios ocasionados por el incumplimiento del contrato por parte de la empresa adjudicataria de la obra de referencia, en esa fecha, cuantificándolos en 44.966,02 €.

El informe igualmente significa que la resolución del contrato podría comprometer la financiación del contrato con los fondos del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, en el Programa de Apoyo a la Rehabilitación de Edificios Públicos (PIREP); puesto que el incumplimiento de sus objetivos en plazo conllevaría, en su caso, la pérdida de la financiación europea, cuya cuantía es el importe de la obra sin aplicación del I.V.A., esto es, 2.809.779,75 €.

Sea como fuera, la propuesta sometida a análisis previene que la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados a la Administración por el incumplimiento de este contrato se tramitará, en su caso, de forma separada, en un ulterior procedimiento administrativo, circunstancia que permitirá actualizar la cuantificación de los daños y perjuicios y conceder oportuna y particular audiencia a la contratista y a su avalista sobre ese extremo.

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

CONCLUSIÓN

Procede la resolución del Contrato de Obra de rehabilitación para la mejora de la eficiencia energética en el IES Narcís Monturiol, en Parla, adjudicado a la empresa Viales y Obras Públicas S.A.U; (contrato basado en el ACUERDO MARCO DE OBRAS DE REHABILITACIÓN PARA LA MEJORA DE LA EFICIENCIA ENERGÉTICA DE CENTROS

EDUCATIVOS DE LA COMUNIDAD DE MADRID, DENTRO DEL PLAN DE RECUPERACIÓN, TRANSFORMACIÓN Y RESILIENCIA, FINANCIADO POR EL MECANISMO PARA LA RECUPERACIÓN Y LA RESILIENCIA. Lote 1 DAT- Madrid Sur), por la causa propuesta, con incautación de la garantía.

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 21 de diciembre de 2023

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen n.º 680/23

Excmo. Sr. Consejero de Educación, Ciencia y Universidades

C/ Alcalá, 30-32 – 28014 Madrid