

Dictamen nº: **527/17**
Consulta: **Consejera de Transportes, Vivienda e
Infraestructuras**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **21.12.17**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 21 de diciembre de 2017, emitido ante la consulta formulada por la consejera de Transportes, Vivienda e Infraestructuras, al amparo del artículo 5.3.f) d. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en relación con el expediente sobre resolución del contrato de las obras comprendidas en el proyecto de ejecución de las “*OBRAS DE ADECUACIÓN DE LOS SISTEMAS DE CONTENCIÓN EN LAS ESTRUCTURAS DE LAS CARRETERAS M-502 AV. DE RODAJOS (P.K. 2+500), M-508 (P.K. 3+000), M-510 (P.K. 2+300) Y M-600 (P.K. 8+000)*”, formalizado entre la Consejería de Transportes, Vivienda e Infraestructuras y la mercantil TRAUZIA SA (en adelante “*la empresa*”, “*la mercantil*” o “*la contratista*”).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 14 de diciembre de 2017 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen preceptivo de la Consejería de Transportes, Vivienda e Infraestructuras.

A dicho expediente se le asignó el número 530/17, comenzando el día señalado el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 23.1 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid (en adelante ROFCJA), aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero, del Consejo de Gobierno.

La ponencia ha correspondido, por reparto de asuntos, al letrado vocal D. Roberto Pérez Sánchez, quien formuló y firmó la propuesta de dictamen, que fue deliberada y aprobada por el Pleno de la Comisión Jurídica Asesora, en sesión celebrada el día 21 de diciembre de 2017.

SEGUNDO.- Del expediente remitido que se encuentra numerado y foliado como es preceptivo, se extraen los siguientes hechos de interés para la emisión del dictamen:

1.- Por Orden de la Consejería de Transportes, Vivienda e Infraestructuras de fecha 7 de abril de 2015 se aprueba el proyecto de ejecución de las obras reflejadas en el encabezamiento del dictamen.

El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP) para la contratación de las referidas obras por procedimiento abierto se aprueba por Orden del consejero de Transportes, Vivienda e Infraestructuras de fecha 22 de diciembre de 2015, y la adjudicación del contrato a la empresa se acuerda por Orden del citado consejero, de fecha 31 de octubre de 2016.

2.- El contrato se formaliza el 22 de noviembre de 2016, con un plazo de ejecución de cinco meses que comienza *“a contarse desde el día siguiente a aquel en que tenga lugar la comprobación del replanteo”* según su cláusula tercera, y un precio de 433.123,12 euros, previa constitución de la garantía definitiva mediante seguro de caución,

depositada en la Tesorería General de la Comunidad de Madrid, en fecha 20 de septiembre de 2016.

La cláusula tercera del contrato expresa que “en caso de incumplimiento del plazo total, la Administración podrá optar indistintamente por la resolución del contrato o por la imposición de las penalidades previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares. En su defecto se aplicarán las previstas en el artículo 212 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por R.D.L. 3/2011 , de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP)”.

Por su parte, la cláusula 25 del PCAP refiere:

“...Cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiese incurrido en demora respecto al cumplimiento del plazo total o de los plazos parciales recogidos en el programa de trabajo aprobado, la Administración podrá optar, indistintamente, por la resolución del contrato o por la imposición de penalidades, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 212 del TRLCSP y apartado 16 de la Cláusula 1.

...Asimismo, la Administración tendrá las mismas prerrogativas cuando la demora en el cumplimiento de los plazos parciales haga presumir razonablemente la imposibilidad del cumplimiento del plazo total.

La Administración, en caso de incumplimiento de la ejecución parcial de las prestaciones definidas en el contrato por parte del contratista, podrá optar por la resolución del contrato o por las penalidades que se determinan en el apartado 16 de la cláusula 1”.

3.- El 20 de diciembre de 2016 se levanta el acta de comprobación del replanteo en que se autoriza el inicio de las obras. Tal acta forma parte integrante del contrato a efectos de su exigibilidad conforme a lo dispuesto en la cláusula 19 del PCAP.

A tenor del apartado 15 de la cláusula 1 del PCAP y en atención a la fecha del acta de comprobación del replanteo, el plazo de ejecución del contrato finaliza el 20 de mayo de 2017. La cláusula 24 del PCAP indica 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”*.

4.- El 18 de mayo de 2017, la contratista entrega en el registro de la Consejería de Transportes, Vivienda e infraestructuras, un escrito mediante el que solicita *“una ampliación de cinco meses en el plazo de la obra”* basada en algunas indefiniciones técnicas de los trabajos a realizar y otras limitaciones.

5.- Por informe de 14 de julio de 2017, el director de las obras, solicita del órgano de contratación que deniegue dicha solicitud y dé comienzo un expediente de resolución del contrato por demora imputable al contratista, respecto al cumplimiento del plazo total. Dicho informe refleja que:

«El contratista alega en su escrito que “al comenzar a realizar los trabajos de perforación para colocar los pretiles de las estructuras de las carreteras M-502 y M-508 la semana pasada, algunos de los taladros han perforado el tablero en todo su espesor por lo que se ha comprobado que la geometría de Proyecto no se corresponde con la realidad y, por tanto, requiere la habilitación de una modificación de dicho Proyecto que contemple la realidad de la obra y sus correspondientes nuevas soluciones constructivas”.

Añade, además que existe “un problema de indefinición de los trabajos que deben realizarse en las estructuras de las carreteras M-600 y M-510 puesto que han surgido limitaciones impuestas por ADIF que no estaban contempladas en proyecto”.

En relación con esta solicitud, este Director de las obras INFORMA lo siguiente:

1. El plazo total fijado para la ejecución del contrato finalizó el 20 de mayo. Dicho plazo era de cinco meses. El contratista está, pues, pidiendo una prórroga del 100% del plazo total del contrato.

2. A día de hoy, el importe de la obra certificada al contratista no llega al 15% del precio total del contrato (documento 2).

3. El contratista indica en su escrito que comenzó a realizar los trabajos de perforación en las estructuras de las carreteras M-502 y M-508, “la semana pasada”, es decir, el 8 de mayo en el mejor de los casos. Según el Plan de obra facilitado por el contratista en enero de 2017 (documento 3), estos trabajos debería haberlos comenzado la segunda semana del mes de febrero y los pretiles de estas dos estructuras deberían haber estado totalmente terminados el 15 de marzo, el de la M-508, y el 15 de abril, el de la M-502. Es decir, el contratista arrastraba un retraso en la ejecución de estas dos estructuras de 3 meses, antes de que concurrieran los motivos que alega para solicitar la prórroga.

4. El contratista afirma también que “han surgido limitaciones impuestas por ADIF que no estaban contempladas en proyecto” en relación con las estructuras de las carreteras M-600 y M-510. Según el Plan de obra facilitado por el contratista en enero de 2017 (documento 3), los trabajos en estas estructuras deberían haber

comenzado el 1 de marzo y estar prácticamente terminados para el día en que el contratista firma su solicitud (a día de hoy, en estas dos estructuras no se ha realizado actuación alguna). Es decir, el contratista arrastraba también en estas dos estructuras un retraso de más de 2 meses, antes de que concurrieran los motivos que alega para solicitar la prórroga.

5. Los datos anteriores muestran que el retraso en la ejecución de las obras es desorbitado. Y, en opinión de este Director, el motivo del mismo es imputable a la poca diligente actitud que ha mostrado el contratista y a una incomprensible resistencia a comenzar las obras y a darles un ritmo sostenido. A continuación se aportan algunos datos, sin carácter exhaustivo, para ilustrar esta afirmación:...

8. Hasta aquí el relato de los hechos. El retraso ha sido tan desmedido y la negligencia del contratista, en nuestra opinión, tan evidente, que sería una imprudencia por nuestra parte confiar en que pueda llevar a buen término la obra en un plazo razonable. Por ello, este Director considera que la solución menos gravosa para el interés público es la resolución del contrato, de acuerdo con el art. 213.1 del TRLCSP, con la reclamación por daños y perjuicios que se considere oportuna».

6.- Con fecha 17 de julio de 2017, la subdirectora general de Conservación y Explotación de Carreteras, solicita al órgano de contratación la resolución del contrato con el resarcimiento de daños y perjuicios en virtud del artículo 212 del TRLCSP y de la cláusula 25 del PCAP y conforme al artículo 213.1 del TRLCSP, al ser la solución menos gravosa para el interés público, así como que por razones de seguridad se inste al contratista a terminar la instalación de los pretilos de las dos estructuras comenzadas.

La solicitud de resolución y el informe justificativo señalado en el apartado anterior, se remiten por el director general de Carreteras e Infraestructuras el 17 de julio de 2017 al Área de Contratación Administrativa.

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

1.- Con fecha 25 de septiembre de 2017, el consejero de Transportes, Vivienda e Infraestructuras dicta Orden de inicio del expediente de resolución contractual de las obras de “*Adecuación de los sistemas de contención en las estructuras de las carreteras M-502 Av. Rodajos (P.K. 2+500), M-508 (P.K. 3+000), M-510 (P.K. 2+300) y M-600 (P.K. 8+000)*” por demora en el cumplimiento del plazo total, imputable al contratista, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 212 y 213.1 del TRLCSP, a la vista de la propuesta de la Dirección General de Carreteras. La Orden se notifica en fecha 4 de octubre de 2017 al contratista y al asegurador.

2.- El 4 de octubre de 2017 se confiere trámite de audiencia a la contratista y al asegurador.

Con fecha 11 de octubre de 2017, presenta escrito de alegaciones la contratista, oponiéndose a la resolución por causa imputable a ella al sostener que las obras se paralizaron el 11 de mayo por causas ajenas, dadas las órdenes del coordinador de seguridad y salud anotadas en el libro de incidencias. Al escrito acompaña copia de anotaciones del libro de incidencias y carta aclaratoria de dicho coordinador.

3.- Obra en el expediente un informe de 25 de octubre de 2017 del director de las obras en relación a dichas alegaciones, que indica:

no ser cierto que las obras se paralizaran el día 11 de mayo de 2017 y que el día 9 de mayo de 2017, durante la visita semanal a la obra, la dirección de obra ordenó la paralización de la ejecución de los taladros que se estaban realizando, dada la situación de peligro a la que se exponía a los usuarios que circulaban por dicha vía; que esa paralización afectaba únicamente a los trabajos de ejecución de taladros en las estructuras M-502 y M-508, no al resto de trabajos de las cuatro estructuras de la obra, y que ese mismo día se ofreció una solución con condicionantes que no fueron asumidos por la contratista; que en ningún momento el coordinador de seguridad y salud dio órdenes de no continuar los trabajos, ya que la anotación que dice [la contratista] está hecha el día 4 de agosto, cuando el contrato de obra estaba resuelto de hecho; que no es cierto que el Proyecto se haya basado en una geometría de los puentes diferente de la existente realmente y que por tanto, las medidas preventivas que en él se definen y valoran no se corresponden con las necesarias; que no es cierto que durante las obras tuvieran que adoptarse algunas medidas preventivas fuera de Proyecto.

Añade el informe:

“Para terminar, una negligencia reseñable del contratista, entre otras muchas, es alegar, cuando faltan 10 días para la finalización del contrato, que el proyecto no es viable porque la geometría de los puentes que figura en él difiere de la real, cuando ese mismo contratista firmó al comienzo de las obras el Acta de Replanteo sin expresar reserva alguna respecto a la viabilidad del proyecto.

Recordemos que, según el art. 141 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, el Acta de Replanteo es el documento que refleja “la conformidad o

disconformidad del mismo respecto de los documentos contractuales del proyecto, con especial y expresa referencia a las características geométricas de la obra”. El contratista estaba obligado a realizar esa comprobación, que tampoco hizo”.

4.- El 7 de noviembre de 2017 se notifica nuevo trámite de audiencia conferido a la contratista y a la aseguradora.

Con fecha 17 de noviembre de 2017, presenta escrito de alegaciones la contratista, al que adjunta documentación, reiterando la causa de oposición del anterior además de señalar la confusión que le genera el que el 6 de junio le comuniquen negativamente su solicitud de ampliación de plazo y que a la vez le ordenen fuera de plazo la ejecución de aceras y pretiles de los puentes de la M-502 y M-508.

A su vez, el 20 de noviembre de 2017, presenta escrito de alegaciones la aseguradora, en el que advierte la necesidad del dictamen del órgano consultivo, afirma la caducidad del expediente de resolución y dice que la contratista afirma que la paralización es por causa ajena a ella.

5.- Con fecha 5 de diciembre de 2017, se dicta propuesta de resolución para resolver el contrato de obras por demora en el cumplimiento del plazo total imputable al contratista, y retener la garantía prestada hasta que se determine la existencia de posibles daños o perjuicios causados a la Administración.

En el expediente constan también dos propuestas de fechas 3 de octubre y 6 de noviembre de 2017, elaboradas según fue tramitándose el expediente y un borrador de orden.

6.- La consejera de Transportes, Vivienda e Infraestructuras, con escrito de 12 de diciembre de 2017, solicita la emisión de dictamen por la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid y adjunta copia del expediente abierto. Como expresamos anteriormente, tal escrito y expediente tiene entrada en este órgano consultivo el 14 de diciembre de 2017.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La Comisión Jurídica Asesora emite su dictamen preceptivo, al amparo del artículo 5.3.f) d. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, conforme al cual: *“(...) la Comisión Jurídica Asesora deberá ser consultada por la Comunidad de Madrid en los siguientes asuntos: (...) f) Expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid, las entidades locales y las universidades públicas sobre: (...) d. Aprobación de pliegos de cláusulas administrativas generales, interpretación, nulidad y resolución de los contratos administrativos y modificaciones de los mismos en los supuestos establecidos por la legislación de contratos del sector público”,* y a solicitud de un órgano legitimado para ello, según el artículo 18.3.a) del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid (en adelante ROFCJA), aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero, del Consejo de Gobierno, *“(...) por el Presidente de la Comunidad de Madrid, el Consejo de Gobierno o cualquiera de sus miembros”*).

El dictamen ha sido evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 23.1 del ROFCJA.

Es de advertir el esfuerzo que ha supuesto para este órgano consultivo emitir el dictamen con la celeridad inusitada a que se ha visto compelido por la actuación de la Administración, que en ningún caso le resulta exigible, ya que si hubiera agotado el plazo que dispone para emitirlo, a saber, hasta el 29 de enero de 2018, habría transcurrido el plazo de tres meses de que dispone la Consejería para resolver y notificar el procedimiento, al no haber hecho uso de la posibilidad de suspenderlo cuando se solicitó el dictamen a esta Comisión Jurídica Asesora.

SEGUNDA.- El contrato se adjudicó por Orden del consejero de Transportes, Vivienda e Infraestructuras, de fecha 31 de octubre de 2016, estando vigente el TRLCSP, por lo que será la normativa aplicable al contrato, tanto desde el punto de vista sustantivo como procedimental.

En ese último aspecto, esto es, la normativa aplicable al procedimiento de resolución, esta Comisión Jurídica Asesora ha señalado en numerosos dictámenes (435/16, de 29 de septiembre, 71/17, de 16 de febrero, 162/17, de 20 de abril y el 272/17, de 29 de junio, entre otros), que viene dada por la vigente en el momento de su inicio, en este caso el 14 de febrero de 2017, lo que supone la aplicación del precitado TRLCSP y del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante, RGLCAP).

Por ello, conforme a la consideración de derecho primera, al formularse oposición a la resolución del contrato por parte de la contratista, resulta preceptivo el dictamen de la Comisión Jurídica

Asesora, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 211.3.a) del TRLCSP.

TERCERA.- Sentado lo anterior, procede analizar separadamente la tramitación del procedimiento de resolución y la concurrencia de la causa de resolución invocada por la Administración.

En materia de procedimiento, la resolución de contratos administrativos exige atenerse a lo previsto en el artículo 210 del TRLCSP, 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”*.

Por su parte, el artículo 224 del TRLCSP, atribuye la competencia para la resolución del contrato al órgano de contratación, mediante el procedimiento regulado en el artículo 211 y el establecido en desarrollo de la Ley. Es ese órgano quien ha de proceder tanto a la incoación del procedimiento como, tras su tramitación, a la adopción del acuerdo de resolución del contrato.

En el presente caso, el órgano de contratación es el consejero de Transportes, Vivienda e Infraestructuras, según el artículo 41.i) de la Ley 1/1983, de 13 de diciembre, del Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid, en relación con el Decreto 199/2015, de 4 de agosto, del Consejo de Gobierno, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Transportes, Vivienda e Infraestructuras.

El artículo 211.1 del TRLCSP requiere que en el correspondiente expediente se dé audiencia al contratista. Además debe tenerse en cuenta el artículo 109 del RGLCAP, vigente a falta de una disposición

reglamentaria que desarrolle estos procedimientos que exige también la audiencia al avalista o asegurador “*si se propone la incautación de la garantía*”.

Se ha dado audiencia al contratista que manifestó su oposición a la resolución contractual proyectada, por lo que, como hemos expuesto en la consideración anterior, conforme al artículo 211.3.a) del TRLCSP resulta preceptivo el dictamen de la Comisión Jurídica Asesora, que ha sido solicitado.

Por otra parte, se ha dado audiencia al asegurador.

A tenor del 4.1.h) de la Ley 3/1999, de 30 marzo, de Ordenación de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid, en relación con el artículo 211.2 del TRLCSP, en el presente caso no es necesario el informe de la Abogacía General de la Comunidad de Madrid, toda vez que el último precepto citado excepciona el informe del Servicio Jurídico en el caso de resolución por demora en el cumplimiento de los plazos (ex artículo 213 del TRLCSP), como es el presente supuesto.

No consta que haya emitido informe la Intervención de la Comunidad de Madrid, conforme al Decreto 45/1997 de 20 de marzo, por el que se desarrolla el Régimen de Control Interno y Contable ejercido por la Intervención de la Comunidad de Madrid

La actuación posterior obrante en el expediente, ha sido la formulación de una propuesta de resolución para resolver el contrato y la petición de dictamen a esta Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid.

Por lo que se refiere al plazo para resolver el expediente de resolución del contrato, ni el TRLCSP -del mismo modo que sus

antecesoras- ni el RGLCAP establecen nada al respecto, por lo que resulta de aplicación la LPAC, pues a tenor de la disposición final tercera, apartado 1 del TRLCSP, a los procedimientos regulados en esa ley se aplican con carácter subsidiario los preceptos de la LPAC, que establece un plazo de caducidad de 3 meses para los procedimientos iniciados de oficio.

En estos términos se pronunció esta Comisión Jurídica Asesora en diversos dictámenes, como el 132/16 de 26 de mayo, el 397/16 de 8 de septiembre, el 435/16, de 29 de septiembre, el 162/17, de 20 de abril y el 272/17, de 29 de junio, entre otros, asumiendo doctrina del extinto Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

Por otro lado, el rigor temporal que supone la necesidad de tramitar estos procedimientos en el plazo de tres meses, puede verse atemperado por la suspensión del procedimiento para la solicitud de informes preceptivos, tal y como establece el artículo 22.1.d) de la LPAC, que exige la comunicación a los interesados en el procedimiento, tanto de la suspensión para recabar los informes preceptivos, como lo es el dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora, como de la recepción de los mismos. Esa comunicación a los interesados, afianza la seguridad jurídica y la transparencia del procedimiento.

En este caso, no se ha hecho uso de la facultad de suspensión y el inicio del procedimiento de resolución contractual tuvo lugar el 25 de septiembre de 2017, por lo que el procedimiento no ha caducado, si bien se advierte de lo perentorio del plazo restante.

CUARTA.- La resolución contractual se configura, dentro del ámbito de las denominadas prerrogativas de la Administración, previstas en el artículo 210 del TRLCSP, como anteriormente lo hacía

la legislación de contratos de la Administración y del Sector Público, como una facultad exorbitante de la misma. No obstante, su ejercicio no se produce de una manera automática, sino que constituye una medida drástica que sólo se justifica en presencia de graves incumplimientos que puedan lesionar el interés general, de ahí los pronunciamientos de la jurisprudencia advirtiendo de la necesidad de distinguir entre incumplimientos generadores de la ejercitar el derecho a la extinción del contrato de aquellos otros que no la conllevan (por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2000).

Asimismo, la jurisprudencia ha venido recordando la necesidad de que las relaciones contractuales estén presididas por la equidad y la buena fe, de tal modo que las facultades exorbitantes de la Administración han de ser ejercitadas de acuerdo a dichos principios, que aún recogidos en la legislación jurídico privada (artículo 1258 del Código Civil), son perfectamente extrapolables al ámbito público. Así, el Tribunal Supremo en sentencia de 6 de abril de 1987, manifestaba: *“... si bien el artículo 65 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales faculta a éstas para declarar la resolución del contrato cuando el contratista incumple las obligaciones que le incumben, la jurisprudencia ha tenido que armonizar en ocasiones dicha facultad con el principio de buena fe y la equidad, evitando las situaciones de abuso de derecho o privilegio de la Administración, ponderando a efectos de esa facultad resolutoria el grado de infracción de las condiciones estipuladas y la intención del administrado contratista -Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 1983 y 4 de mayo de 1981”*.

Desde esta óptica ha de ser analizada la resolución propuesta, de tal forma que a efectos de fundar una posible resolución, el incumplimiento de obligaciones ha de ser de tal calado que impida la

realización del objeto contractual y siempre con estricto cumplimiento de los principios de equidad y buena fe.

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

En los fundamentos jurídicos de la propuesta de resolución se invoca el artículo 223 d) del TRLCSP, que establece: *“Son causas de resolución del contrato: d) La demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista...”*.

La ejecución del contrato se inició el 21 de diciembre de 2016, puesto que el acta de comprobación del replanteo se firmó el día 20 de diciembre, y en su formalización se estableció en la cláusula tercera que el plazo de ejecución de la obra sería de cinco meses desde la firma anteriormente citada. Por tanto, la ejecución de la obra tenía que haber finalizado el 20 de mayo de 2017.

Sin embargo, el 18 de mayo de 2017, cuando apenas faltaban dos días para finalizar la ejecución a que se comprometió, la contratista presentó un escrito en el que solicitaba la ampliación del plazo de ejecución de la obra por cinco meses más, aduciendo indefiniciones técnicas de los trabajos a realizar y otras limitaciones.

Frente a dichas pretensiones, el director de las obras emitió un informe de fecha 14 de julio de 2017 en el que se ponía de manifiesto que el contratista pedía una ampliación del 100% del plazo del contrato cuando faltaban dos días para vencer el total de que disponía, cuando además sólo se había certificado un 15% del precio total del contrato. Refería además, que los trabajos de perforación para la colocación de los pretiles en los puentes, se realizaron por la contratista el 8 de mayo, cuando debía haberlos comenzado en la

segunda semana de febrero y haber instalado totalmente los pretilos el 15 de marzo y el 15 de abril en la M-508 y M-502, respectivamente. Es decir, el contratista arrastraba ya un retraso de 3 meses en la ejecución de esas dos estructuras, respecto del establecido en el plan de trabajo facilitado por el contratista en enero de 2017.

Añade en relación a las otras dos estructuras de las carreteras M-600 y M-510, que los trabajos debían haber comenzado el 1 de marzo de 2017 según el plan de trabajo y estar prácticamente finalizados el día que presenta su solicitud de ampliación de plazo, y sin embargo, no se ha realizado ninguna actuación.

El informe detalla los retrasos y dilaciones de tiempo que arrastraba la contratista desde el principio, en que se efectuó la demolición, los requerimientos efectuados a ésta, la específica obligación del contratista de replantear cualquier trabajo antes de acometerlo, así como la rotura de los tableros por el empleo de medios inadecuados al comenzar a taladrar el tablero del puente sin haber comprobado previamente la geometría real de la estructura y sin haber replanteado sobre ella los taladros como lo prescribían no sólo el proyecto de construcción sino la buena práctica.

No hay que obviar que la cláusula 2 del PCAP señala que las partes quedan sometidas expresamente a lo establecido en los pliegos y que la cláusula 3 del PCAP refleja que el objeto del contrato es la ejecución de las obras según el proyecto aprobado por la Administración.

En este sentido, como ya dijéramos en nuestros dictámenes 516/16, de 17 de noviembre, 162/17, de 20 de abril y 272/17, de 29 de junio, cabe recordar la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 6 de junio de 2016 (recurso 19/2015) que afirma “el

carácter vinculante de los Pliegos que rigen la adjudicación de los contratos y que constituyen la contractus lex". La referida sentencia cita la jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otras, la Sentencia de 4 de mayo de 2005 (recurso 1607/2003) y 19 de septiembre de 2000 (recurso 632/1993) donde se sostiene que: *"el Pliego de Condiciones es la Ley del Contrato por lo que ha de estarse siempre a lo que se consigne en él"*. En tal sentido, también puede recordarse la doctrina recogida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 1975, según la cual: *"...al haber sido aceptada, ante la ausencia de impugnación, la regla de que el pliego de condiciones es la ley del contrato con fuerza para ambas partes es irrefragable, e impide a quien ha aceptado el pliego impugnar a posteriori sus consecuencias o determinaciones, ya que quien presenta una solicitud acepta e implícitamente da validez a todo lo actuado, unido a que en aras a la lealtad, buena fe, etc., que ha de presidir las relaciones jurídicas, resulta obligado al respeto a las bases del concurso cuando éstas son firmes y consentidas y como tales transformadas en Ley del contrato"*.

En ámbito normativo el artículo 145 TRLCSP dispone: *"1. Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna"*.

Por lo expuesto, además de que los daños que ha causado la contratista al puente no han sido la causa determinante del incumplimiento del plazo para la ejecución del contrato manifestándose como una mera alegación en aras a tratar de justificar su solicitud de ampliación de plazo, no puede aceptarse su argumento, puesto que conforme al repetido informe, su examen correspondía a la contratista conforme a los pliegos, así indica:

“El proyecto de construcción obliga al contratista a replantear cualquier trabajo antes de acometerlo: “El replanteo de los trabajos será responsabilidad del Contratista debiendo replantear “in situ” todos los trabajos a realizar, corriendo a su costa, todos los materiales, equipos y mano de obra necesarios para efectuar los citados trabajos de replanteo y determinar los puntos de control y de referencia que se requieran” (art. 1.6.2 del Pliego de Prescripciones del Proyecto).

Y en el plano de definición del anclaje de los pretiles se dice: “Antes de comenzar los trabajos, el contratista deberá realizar un levantamiento topográfico de detalle de la zona de trabajo, debiendo replantear con precisión la posición de los postes del sistema de contención” (plano 5.2.3 del Proyecto, documento 7).

Esta Dirección solicitó reiteradamente al contratista un plano con el replanteo de los fondos de demolición de los tableros, fundamental para ejecutar correctamente el zuncho del pretil. No fue posible conseguirlo y acabó realizando ese plano un topógrafo de la Dirección General (documento 8)”.

Precisamente, la cláusula 22 del PCAP recoge que *“el contratista no podrá aducir, en ningún caso, indefinición del proyecto”*, ya que si a su juicio adoleciera de ello, debería haberlo solicitado por escrito del director de la obra con antelación suficiente a su realización, no siendo el caso.

Tampoco resulta sostenible su afirmación de que las obras fueran paralizadas por la Administración, puesto que lo único que se paralizó fue la ejecución de los taladros que estaba haciendo la contratista dada la situación de peligro a que exponía a los usuarios por una actuación negligente del contratista. Esa paralización afectaba sólo a

los taladros de las estructuras de la M-502 y M-508, no al resto de las cuatro estructuras de la obra, y, en todo caso, los de la primera estructura podía realizarla cumpliendo con unos requisitos, que nunca fueron materializados por la mercantil. Idéntica consideración desfavorable merece, por manifiesta, que pretenda atribuirse el incumplimiento del plazo total de ejecución a la anotación del coordinador de seguridad y salud en el trabajo efectuada el 4 de agosto, cuando el contrato debía haberse ejecutado completamente el 20 de mayo.

Por lo que se refiere a las afirmaciones de la contratista de que ADIF le ha impuesto limitaciones, con lo que pretende justificar que en dos de los puentes en que debían acometerse obras, y en los que además no ha ejecutado nada, el informe del director de obras es concluyente cuando afirma que: *“En nuestra opinión, no ha surgido ninguna limitación no habitual impuesta por ADIF. Desde los primeros contactos con responsables de Adif, mantenidos a primeros de febrero, las condiciones impuestas fueron realizar los trabajos que pudieran afectar a la vía por la noche y avisar del comienzo de los mismos con, al menos, 15 días de antelación, para poder preparar el corte de vía. Todas ellas son prácticas habituales en las obras de ADIF. En la última reunión, mantenida el 11 de mayo, las condiciones fueron las mismas; incluso se nos dijo que se podían comenzar las obras sobre la vía el día 22 de mayo, antes de los 15 días habituales, y que se podría trabajar, consecutivamente y sin interrupción, en las dos estructuras. Estas condiciones ya habían sido anticipadas en un correo de 24 de abril (documento 12). En el proyecto de construcción está contemplado realizar trabajos nocturnos”*. Con ello, la inexecución total en esas dos estructuras no resulta justificada.

Podemos concluir que el proyecto fue aceptado incondicionadamente por la empresa y que la demora en los plazos ya

existía prácticamente desde el principio de la ejecución, entre otros, por la falta de personal técnico a disposición de la obra como exige la cláusula 1.7 del PCAP. Todo ello, evidencia su voluntad unilateral de incumplir el contrato, o cuanto menos, su necesario conocimiento de que no estaba ejecutando los trabajos en forma y tiempo para cumplir el contrato en el plazo total estipulado.

Por tanto, a la patente demora en el cumplimiento de los plazos parciales del contrato, abunda que faltando dos días del plazo de ejecución sólo se hubiera certificado un 15% de la obra, sin que la contratista haya efectuado ninguna otra actuación en esos días produciéndose por tanto un incumplimiento total del plazo de ejecución de la misma. La propia mercantil, en su escrito de alegaciones parece reprochar que la Administración, además de negarle la ampliación de plazo solicitada le haya requerido para que lleve a efecto la instalación de los pretilos por razones de seguridad.

Del expediente resulta que es indudable la existencia de demora en la ejecución del contrato, y por tanto, que la Administración tiene derecho –de conformidad con el artículo 212 del TRLCSP- a optar indistintamente entre la resolución del contrato o la imposición de penalidades, como por otra parte señala la cláusula 25 del PCAP, y la Administración ha optado por resolverlo al ser la solución menos gravosa al interés público.

Como señalábamos en nuestros dictámenes 59/17, de 9 de febrero y 272/17, de 29 de junio, haciéndonos eco del criterio del Consejo Consultivo (dictámenes 532/09, de 9 de diciembre y 14/13, de 16 de enero), la ejecución de la obra en el plazo convenido es una obligación capital del contrato administrativo debido al interés público que revisten los plazos (Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 1987 (recurso 1334/1985), si bien, para determinar la

resolución del contrato debe concurrir la culpa del contratista como se desprende del artículo 212.2 TRLCSP (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2007 (recurso 10262/2004) y afectar a la prestación principal del contrato exteriorizándose a través de una inobservancia total o esencial de dicha prestación (sentencias del Tribunal Supremo de 14 de junio de 2002 (recurso 3898/1997) y 14 de diciembre de 2001 (recurso 8177/1997)).

En el presente caso, resulta acreditado en el procedimiento, y así se refleja en el expediente, que la obra fue sufriendo retrasos en el cumplimiento de los plazos parciales y que finalmente no ha sido concluida en plazo, sin que quepa derivar dicha responsabilidad a la Administración.

Con base en todo lo anterior, consideramos procedente la resolución del contrato por haber incurrido la contratista en demora en el cumplimiento de los plazos, que es la causa prevista en el artículo 223 d) del TRLCSP, precepto a que, a mayor abundamiento, se remite la cláusula 43 del PCAP.

SEXTA.- Vista la procedencia de la resolución contractual, debemos analizar seguidamente los efectos que se siguen de esta resolución.

En tal sentido, el artículo 239.1 del TRLCSP establece lo siguiente: *“La resolución del contrato dará lugar a la comprobación, medición y liquidación de las obras realizadas con arreglo al proyecto, fijando los saldos pertinentes a favor o en contra del contratista. Será necesaria la citación de éste, en el domicilio que figure en el expediente de contratación, para su asistencia al acto de comprobación y medición”*.

Habrá que dar cumplimiento a esta previsión legal.

Asimismo, el artículo 225.3 del TRLCSP dispone:

“Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados. La indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada”.

Como hemos recogido en anteriores dictámenes de esta Comisión Jurídica Asesora, siguiendo la doctrina mayoritaria del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, del precepto transcrito no puede inferirse la incautación de la garantía como un efecto automático inherente a la resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista. En este punto cabe recordar que el artículo 114.4 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas y posteriormente el artículo 113.4 del Texto Refundido, aprobado por el Real Decreto legislativo, 2/2000, de 16 de junio, determinaban, para los casos de resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista, la incautación automática de la garantía debiendo además indemnizarse los daños y perjuicios producidos a la Administración en lo que excedieran de su importe. En base a dicha regulación se venía admitiendo una doble naturaleza de la garantía, por una parte, como una especie de pena convencional que se aplicaba automáticamente con independencia de los daños y perjuicios causados a la Administración, y de otra, como indemnización de los daños y perjuicios causados, lo que exigía una cuantificación de los perjuicios causados de manera que si el cálculo era superior a la garantía incautada, la Administración reclamaba al

contratista el importe que excediera de la garantía constituida. Frente a ese automatismo en la incautación de la garantía, la jurisprudencia y el Consejo de Estado, fueron modulando su aplicación e incluso excluyéndola en determinados casos a la vista, por ejemplo, del comportamiento de las partes en la vida contractual.

En la actualidad el artículo 225.3 del TRLCSP (al igual que su precedente inmediato el artículo 208.4 de la LCSP), no contempla referencia alguna a la incautación automática de la garantía, sino que circunscribe las consecuencias de la resolución contractual por incumplimiento culpable de la contratista a la obligación de indemnización de los daños y perjuicios ocasionados, de manera que si el importe de la fianza es superior al de los daños y perjuicios cuantificados, la incautación debe ser parcial, procediendo la devolución de la garantía en la suma restante.

Manifestada pues nuestra postura contraria a la incautación automática de la garantía, debe resaltarse que la Administración contratante deberá tramitar un procedimiento contradictorio separado con audiencia de los interesados para valorar económicamente los daños y perjuicios irrogados a la Comunidad de Madrid como consecuencia del incumplimiento, en el que se tendrán en cuenta las previsiones contenidas en el PCAP al respecto.

Ahora bien no podemos olvidar que el artículo 225.4 del TRLCSP establece que *“en todo caso el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que, en su caso, hubiese sido constituida”*, previsión que conjuga mal con la brevedad de los plazos a que viene sometida la tramitación del procedimiento resolutorio y la sanción de caducidad que lleva aparejada.

Por ello entendemos procedente que pueda acordarse la resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista sin pérdida de la garantía constituida y que se incoe un procedimiento contradictorio para la determinación de los daños y perjuicios, reteniéndose mientras tanto el importe de la garantía, como medida cautelar conforme el artículo 56.1 de la LPAC.

En relación con la valoración de daños y perjuicios, como indicamos en los citados dictámenes 59/17, de 9 de febrero y 162/17, de 20 de abril: *“el Consejo Consultivo en sus dictámenes 656/12, de 12 de diciembre, 14/13, de 16 de enero y 24/13 de 23 de enero, señaló la posibilidad de existencia de un procedimiento contradictorio para la determinación de los daños y perjuicios existentes en la liquidación del contrato separado del procedimiento de resolución contractual y sobre el cual no era necesario un pronunciamiento del dicho órgano consultivo”*.

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

CONCLUSIÓN

Procede la resolución del contrato de las obras comprendidas en el proyecto de *“Adecuación de los sistemas de contención en las estructuras de las carreteras M-502 Av. Rodajos (P.K. 2+500), M-508 (P.K. 3+000), M-510 (P.K. 2+300) y M-600 (P.K. 8+000)”*, al amparo de lo establecido en el artículo 223.d) del TRLCSP.

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, 21 de diciembre de 2017

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 527/17

Excma. Sra. Consejera de Transportes, Vivienda e Infraestructuras

C/ Maudes nº 17 - 28003 Madrid