

Dictamen n^o: **175/12**
Consulta: **Consejera de Educación y Empleo**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **21.03.12**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 21 de marzo de 2012, sobre consulta formulada por la Consejera de Educación y Empleo, al amparo del artículo 13.1 f), 4^o de su Ley reguladora 6/2007, de 21 de diciembre, sobre resolución del contrato de obras denominado “*Construcción de colegio (9+0+0+0) en Carabanchel (Madrid)*”.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Mediante Orden de la Consejera de Educación y Empleo de 26 de septiembre de 2011 se acordó iniciar el expediente de resolución del contrato de obras denominado “*Construcción de colegio (9+0+0+0) en Carabanchel (Madrid)*”, adjudicado por la Comunidad de Madrid a la mercantil A, en adelante la contratista, por razón de demora en el cumplimiento del contrato. Tramitado el procedimiento, y otorgada la preceptiva audiencia al contratista, éste ha formulado oposición a la resolución planteada por la Administración, lo que hace necesario el informe previo de este Consejo Consultivo.

Los hechos deducidos del expediente administrativo son los siguientes:

Mediante Orden de la Consejera de Educación de 20 de mayo de 2010, se aprobó el Proyecto de ejecución de las obras de “*Construcción de Colegio (9+0+0+0) en Carabanchel (Madrid)*”.

El pliego de cláusulas administrativas particulares para la contratación de las referidas obras fue aprobado por Orden de la Consejera de Educación de 12 de julio de 2010. En él se preveía la adjudicación del contrato por procedimiento abierto mediante un solo criterio, el del precio (cláusula 6). En cuanto al plazo de ejecución, disponía su cláusula 23:

“El plazo de ejecución de las obras será el que figura en el apartado 16 del anexo I o el que se determine en la adjudicación del contrato, siendo los plazos parciales los que se fijan como tales en la aprobación del programa de trabajo.

El cómputo del plazo se iniciará desde el día siguiente al de la fecha del acta de comprobación del replanteo, si la Administración autoriza el inicio de la obra.

Los plazos parciales que se fijan en la aprobación del programa de trabajo, con los efectos que en la aprobación se determinen, se entenderán integrantes del contrato a los efectos legales pertinentes.

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.

El contratista podrá desarrollar los trabajos con mayor celeridad que la necesaria para efectuar las obras en el plazo contractual, salvo que, a juicio de la dirección de las obras, existiesen razones para estimarlo inconveniente. No obstante, se estará a lo dispuesto en el artículo 96 del RGLCAP y en la cláusula 53 del Pliego de Cláusulas Administrativas Generales para la Contratación de Obras del Estado.”

Del mismo modo, en el Anexo I del pliego, relativo a las “Características del contrato”, se fijaba como plazo de ejecución, en su apartado 16, el de 9 meses, sin recepciones parciales. Y se preveían en su apartado 17

penalizaciones por demora a razón de 0,20 euros por cada 1.000 euros de precio, al día.

Con esa misma fecha, se acordó la contracción del crédito presupuestario correspondiente por un importe de 1.493.834,87 euros, con cargo al Programa 517, Económica, 62170.

La adjudicación provisional del contrato se produjo el 27 de septiembre de 2010. Tras constituirse, el 6 de octubre de 2010, la garantía definitiva para responder del cumplimiento del contrato por importe de 44.745,42 euros y fiscalizarse la disposición del gasto por la Intervención Delegada con fecha 26 de octubre de 2010, se procedió a su adjudicación definitiva mediante Orden de la Consejera de Educación de 28 de octubre de 2010, por importe de 1.055.991,88 euros y plazo de nueve meses.

El 3 de noviembre de 2010 se procede a la firma del contrato, fijando su cláusula tercera los aspectos relativos al plazo:

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

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

Con fecha 2 de diciembre de 2010 se firmó (por Arquitecto Director, Aparejador y contratista) el acta de comprobación del replanteo, figurando en ella la mención de que la obra se considera viable, *“comenzando a contar el plazo de ejecución desde el día siguiente al de la firma de la presente”.*

El 13 de diciembre de 2010 se nombra, con la conformidad del contratista (pág. 20), al Coordinador de Seguridad y Salud.

El 25 de enero de 2011 se aprueba por el Servicio de Proyectos, Construcciones y Supervisión, el Plan de Seguridad y Salud presentado por el Coordinador de Seguridad y Salud (pág. 21).

El día 23 de febrero de 2011 tiene entrada en la Dirección de Área Territorial de Madrid-Capital una carta, dirigida por la contratista a la Administración, en que expone que no puede comenzar los trabajos al no contemplar el proyecto la contención de tierras ni el vaciado posterior, cuya realización hacía necesario el hecho de quedar la plataforma del colegio bajo la rasante de la calle. Del mismo modo, pone de manifiesto no haberse realizado la apertura del Centro de Trabajo, por la razón de no haberse aprobado todavía el Plan de Seguridad y Salud, y haber comprobado cómo dos máquinas retroexcavadoras y un camión, no contratados ni autorizados por la empresa, habían procedido ese mismo día a realizar trabajos de movimiento de tierras. Finalmente, resalta no habersele comunicado la suspensión temporal de las obras ni la resolución del contrato por parte de la Administración, antes de proceder a dicha actuación.

El 24 de febrero, el representante del contratista insiste en no haberse procedido a la suspensión ni a la resolución, y da cuenta de los gastos generales y costes indirectos (jefe de obra, administrativo, encargado y suministros varios) que le ha supuesto la falta de comienzo de los trabajos.

El día 28 del mismo mes formula nuevo escrito en que se da cuenta de la realización del movimiento de tierras por camiones ajenos a la contratista y la falta de formalización, bien de la suspensión temporal de las obras, bien de la resolución del contrato.

El 4 de marzo, tras destacar que en el acto de replanteo se le ha manifestado la imposibilidad de comenzar los trabajos hasta la resolución del problema consistente en la situación de la plataforma del colegio bajo

rasante, insiste en similares menciones que las expuestas en sus escritos recientes, y, además, solicita se le indique la fecha de finalización de los trabajos de movimiento de tierras e inicio de los de la empresa, fijando, en esa fecha, un retraso de tres meses y un día no imputables al contratista.

En escrito de 10 de marzo añade a las anteriores consideraciones que el anterior día 7 se le ha comunicado por la Dirección Facultativa de las obras la finalización de los trabajos consistentes en el movimiento de tierras, se le ha ordenado el comienzo de la cimentación del colegio, se le ha hecho entrega de la aprobación del Plan de Seguridad y de Salud, se ha participado la próxima entrega de un Plan de Control de Calidad, y se ha decidido que la cota del edificio sea de +47,50.

El 10 de marzo, añade a lo expuesto en el escrito anterior, que, con vistas a iniciar los trabajos, necesita *“que se defina la solución del perímetro del colegio; que se dote a la parcela de los servicios de luz, agua y saneamiento no contemplados en el proyecto; y que se le envíe plano de saneamiento modificado”*.

El 15 de marzo comunica la *imposibilidad* de iniciar los trabajos al no corresponderse *“el estado actual de la parcela con el proyecto contratado”*, y solicita una ampliación de plazo equivalente al retraso producido, hasta ese momento de tres meses y doce días.

El 22 de marzo vuelve a solicitar la suspensión temporal, al seguir sin poder realizar los trabajos para los que ha sido contratado, y data el retraso de los trabajos en tres meses y veinte días.

El 24 de marzo dice que el día anterior se han detectado nuevamente dos máquinas retroexcavadoras que están realizando movimiento de tierras, y vuelve a solicitar la ampliación de plazo.

El 3 de junio da cuenta de que, terminados los trabajos de movimiento de tierras el 28 de marzo, el 4 de abril dio comienzo la obra. Asimismo, refiere las desavenencias que desde ese momento viene manteniendo con la dirección facultativa, y pide sean resueltos los aspectos problemáticos y se aprueben nuevos precios. Refiere la dificultad, por todo ello, de cumplir el contrato dentro del plazo previsto, a contar desde el comienzo real de la obra.

El 17 de junio vuelve a hacer un resumen de los hechos acaecidos hasta el momento, y refleja la introducción de unidades nuevas por la Administración, que deberían llevar a una modificación del contrato al exceder del 10% previsto por la ley.

Con fecha 29 de junio de 2011, el Director facultativo de la obra informa del incumplimiento del plazo de la obra por parte de la empresa adjudicataria, en los siguientes términos:

“Con fecha 3 de noviembre de 2010 se procedió a la firma del contrato entre la empresa A y la Consejería de Educación con un importe de 1.055.991,88 € y un plazo de ejecución de 9 meses.

Con fecha 2 de diciembre de 2010, se procedió a firmar el Acta de Comprobación del Replanteo de la obra.

Desde el momento de la firma del Acta, se produjeron diversas conversaciones de acuerdo con lo estipulado en el art. 217.2 de la LCSP, en cuanto a la discrepancia sobre el movimiento de tierras en la parcela, así como multitud de escritos y correos electrónicos entre la empresa A y la Comunidad de Madrid, por los que se reclamaba la aprobación de diversos precios nuevos a aplicar en la obra, de manera que con fecha 7 de marzo de 2011, se le comunica a la mercantil A, la inexistencia de problemas para la ejecución de las obras.

La certificación de las obras ejecutadas por la empresa A, correspondiente al mes de abril de 2011 asciende a la cantidad de 129.654,85 € lo cual constituye el 12,278% de la obra contratada, cuando se acuerdo con el plan de obra suministrado por la propia empresa adjudicataria, a fecha de abril de 2011, debería estar certificado 620.536,17 €, lo cual supone el 58,763% de la obra adjudicada. En estas condiciones, se observa que el plazo de ejecución de la obra expuesto en el Plan de Obra redactado por la empresa adjudicataria se ve seriamente comprometido, considerando imposible el cumplimiento de la fecha 2 de septiembre de 2011 como fecha de terminación de la obra.”

El 4 de julio, la contratista presenta nuevo escrito ante la Consejería de Educación y Empleo, en que pone de manifiesto haber tenido noticia por boca de la Asociación de Padres de Alumnos del Colegio B, de estar siendo culpada por la Administración del retraso en la ejecución, y , por otro lado, seguir pendiente en ese momento de la aprobación definitiva del forjado de placas alveolares y de los registros en la misma no previstos en el proyecto, que provocan un retraso de tres semanas más y la paralización en los trabajos posteriores a dicho forjado. Expresa que el retraso, ahora, viene dado por la incorporación de nuevas unidades, y supedita su disposición al cumplimiento de sus obligaciones contractuales, a “*la necesaria correlación de la otra parte en el cumplimiento de las suyas*”.

Con fecha 4 de julio de 2011, notificada al contratista el día 6, se autoriza el inicio de resolución del contrato y la incautación garantía definitiva.

El día 6, se solicita al Asesor Técnico de Proyectos, Construcciones y Supervisión el acta de comprobación material de la obra, medición y liquidación de las obras y a la vez se comunica a la empresa el inicio de resolución del contrato.

Mediante escrito de 13 de julio de 2011 se formula oposición a la resolución del contrato por parte del contratista. Ello, debido a la falta de motivación del acuerdo de la Administración, a su disconformidad con el hecho de que la decisión de incautar la garantía definitiva se adopte en el acuerdo de inicio del procedimiento de resolución y no en la resolución misma, y a la falta de otorgamiento de audiencia al contratista. Resalta que el retraso producido no le resulta imputable a la contratista, sino a la propia Administración, por circunstancias tales como la realización del movimiento de tierras que impedía ejecutar la obra, la falta de respuesta de la Administración a las distintas consultas técnicas que se le han ido planteando o el retraso en la aprobación del plan de seguridad y salud.

El 21 de julio se cita a la contratista para firma de la certificación de la liquidación de obra.

El 28 de julio manifiesta, una vez revisada la certificación, y en línea con lo señalado el día 21, los aspectos de la misma en que no se halla de acuerdo.

El 18 de agosto reitera lo expuesto en el escrito anterior, y además pone de manifiesto no tener noticia del día y hora de la posible recepción de los trabajos, ni contestación sobre los aspectos en que no estaba conforme con la liquidación ni sobre las *propuestas técnicas y económicas* puestas de manifiesto a la Administración contratante.

El 24 de agosto se reitera en la comunicación anterior.

El 2 de septiembre vuelve a incidir en las mismas consideraciones.

El 13 de septiembre vuelve a manifestar, previamente a la comprobación material de las obras, su oposición a la resolución, achacando a la Administración la responsabilidad en los retrasos habidos en su ejecución.

El acta de comprobación material previa a resolución del contrato se firma el 14 de septiembre de 2011 por ambas partes, Administración contratante y empresa contratista (doc. 22). En él, la Administración limita la comprobación a los trabajos incluidos en la certificación nº 1, de abril de 2011, por un importe de ejecución de 130.617,62€, correspondientes a la ejecución de pilotes de 45 y 55cm. El contratista, en cambio, aporta reportaje fotográfico sobre obra ejecutada y no certificada. La Dirección facultativa considera que la valoración debe alcanzar los 330.939,91 euros.

Al día siguiente, la empresa pone de manifiesto su desacuerdo con el acta de comprobación, en cuanto no se han incluido las obras ejecutadas con posterioridad a la certificación ordinaria nº 1 (terminación de pilotes, ejecución de encepados y vigas de apoyo del forjado sanitario y de coronación de los pilotes, armado del muro perimetral y hormigonado de un tramo del mismo y red de tierras). Insiste el día 16, cifrando la valoración real en 232.919,96€ de obra ejecutada conforme a proyecto más 68.828,42€ de unidades ejecutadas no incluidas en el proyecto.

Sin dejar pasar otro día, esto es, el 16 de septiembre, el representante de la contratista vuelve a manifestar ante la Dirección Técnica de la Consejería su desaprobación con la certificación de obras realizada, al incluir ésta únicamente la obra correspondiente al mes de abril de 2011 (pilotes), obviando los trabajos correspondientes a los meses de mayo a julio del mismo año, que cifra en la terminación de pilotes, ejecución de encepados y vigas de apoyo del forjado sanitario y de coronación de los pilotes, armado del muro perimetral y hormigonado de un tramo del mismo y red de tierras.

Con fecha 21 de septiembre de 2011, se comunica por el Asesor Técnico de Proyectos, Construcciones y Supervisión el acta de comprobación material previa a resolución del contrato y certificación de la obra.

El 23 de septiembre de 2011 se pone de manifiesto por la contratista a la Dirección Técnica que, en contra de lo señalado en el acta de comprobación material, no se ha realizado la medición general de las obras, como estaba indicado en dicho documento, el 20 de septiembre.

Por Orden de 26 de septiembre de 2011 se decide autorizar un nuevo inicio del procedimiento de resolución del contrato e incautar la garantía definitiva, ya que, en otro caso, y de acuerdo con la Ley 30/1992 (LRJAP), caducaría el procedimiento de resolución en marcha el 4 de octubre de 2011. La notificación al contratista y al avalista de tal Orden no se produjo hasta el 3 de octubre.

Con fecha 27 de septiembre, por parte de la Jefe del Área de Contratación se concede trámite de audiencia, respectivamente, a la empresa y al avalista. Dicho acuerdo fue notificado a cada una de ellas el 3 de octubre y el 5 de octubre.

El 5 de octubre, la contratista, aportando documentación a su escrito, expone no estar de acuerdo con la certificación de liquidación, por importe de 330.939,91€, puesto que, a su juicio, debería elevarse hasta los 397.132,68€, correspondiendo la diferencia entre ambas cuantificaciones a los conceptos de unidades de proyecto completas, unidades de proyecto parcialmente ejecutadas y unidades no contempladas en el proyecto.

Con fecha 7 de octubre de 2011 manifiesta no estar conforme con la resolución propuesta y presenta alegaciones de contenido similar a las formuladas con ocasión de la primera tentativa de resolución contractual. En la parte esencial de su escrito, opone:

«a. La orden de la Consejería de Educación de 26 de septiembre de 2011 en cuya virtud se inicia el expediente de resolución adolece de la mínima y exigible motivación para fijar los hechos determinantes de la pretendida resolución contractual, por cuanto simplemente se limita a una

referencia a “incumplimiento del plazo de la obra por parte de la empresa adjudicataria” sin entrar en las necesarias determinaciones sobre las partidas afectadas, en que términos se ha producido dicho retraso y la imputación del mismo a la conducta de la empresa A.

b. No obstante, la insuficiente motivación de la causa de resolución invocada contrasta con los argumentos y peticiones que esta entidad ha venido trasladando a la administración a la que nos dirigimos, y en la que se ha puesto de manifiesto de manera reiterada que la existencia de retraso en la ejecución de la obra se debe a causas imputables a la propia Administración actuante y nunca a la empresa A, tales como la ejecución previa de obras ajenas al proyecto, consistentes en el movimiento de tierras que impedían comenzar la ejecución de la obra que nos ocupa, la falta de respuesta de la Administración a las diversas consultas de índole técnica que se fueron planteando, retraso en la aprobación del plan de seguridad y salud..., todo ello en los términos ya expuestos en la carta de fecha 03 de junio de 2011, en los que se hacía referencia a las múltiples cartas remitidas a la Comunidad Autónoma que no habían sido atendidas por ésta, todo ello en los siguientes términos:

“A) Basta con reiterar la relación de hechos y acontecimientos acaecidos a lo largo de la ejecución del presente contrato, datos éstos que son de sobra conocidos por dicha Administración, por cuanto de una forma rigurosa y puntual le ha sido transmitida a la realidad y consecuencias de tales eventos.

B) Sirva de ejemplo de la relación de escritos referidos los siguientes, sobre cuyo contenido nos remitimos a los archivos de la Administración autonómica por haber sido presentados ante ella:

- a. Escrito de 23 de febrero de 2011.
- b. Escrito de 24 de febrero de 2011.

- c. Escrito de 28 de febrero de 2011.
- d. Escrito de 4 de marzo de 2011.
- e. Escrito de 10 de marzo de 2011.
- f. Escrito de 15 de marzo de 2011.
- g. Escrito de 22 de marzo de 2011.
- h. Escrito de 23 de marzo de 2011.
- i. Escrito 3 de junio de 2011.

C) Debe igualmente resaltarse que en atención al contenido de tales escritos, en los mismos no sólo nos limitamos a referir la realidad de los hechos acaecidos sino que en la mayor parte de ellos se procede a formular diversas peticiones en consonancia con la realidad descrita en los mismos, sin que por otro lado y hasta el momento se hubiera obtenido respuesta expresa a las señaladas peticiones.

D) Son ejemplos de las peticiones formuladas los siguientes escritos:

a. Escrito de 23 de febrero de 2011 en el que se solicita solución técnica respecto a la contención de tierras y vaciado posterior; aprobación del plan de seguridad y salud que permita la apertura del centro de trabajo, y comunicación formal de la suspensión temporal de las obras.

b. Escrito de 24 de febrero de 2011 en el que se solicita nuevamente la aprobación del plan seguridad y salud que permita la apertura del centro de trabajo; y comunicación formal de la suspensión temporal de las obras; así como la posible existencia de daños y perjuicios a favor de mi representada.

c. Escrito de 28 de febrero de 2011 en el que se vuelve a insistir en la necesaria aprobación del plan de seguridad y salud; se solicita comunicación formal de la suspensión temporal de las obras y acta en la

que se notifique a la empresa A la razón de la realización de obras en la parcela por entidad ajena a la misma.

d. Escrito de 4 de marzo de 2011 en el que se vuelve a señalar que hay una entidad realizando movimientos de tierras en la parcela y que se está provocando un retraso en la ejecución de la obra *“en ningún caso imputable a la empresa A”* de tres meses y un día.

e. Escrito de 10 de marzo de 2011 en las que se solicita información sobre las obras de movimiento de tierras que se están realizando por otra entidad distinta de la contratista y la adopción de diferentes decisiones técnicas necesaria para el comienzo de los trabajos.

f. Escrito de 15 de marzo de 2011 en el que se reitera que no se ha podido iniciar la obra y se solicita que se acuerde formalmente la suspensión temporal de las mismas y una ampliación del plazo de ejecución de tres meses y 12 días.

g. Escrito de 22 de marzo de 2011 en el que se vuelve a reiterar que las obras no se han podido iniciar, se solicita que se acuerde formalmente la suspensión temporal de las obras y una ampliación del plazo de ejecución de tres meses y 20 días.

h. Escrito de 23 de marzo de 2011 en el que se solicita que se acuerde formalmente la suspensión temporal de las obras y una ampliación del plazo de ejecución de tres meses y 21 días.

i. Escrito 3 de junio de 2011 en el que se solicita la aprobación de los *“precios nuevos”* e indefiniciones que están provocando el retraso en el ritmo de la obra”.

c. Cabe adicionar a lo expuesto en el apartado anterior, la remisión a los múltiples escritos que a lo largo de la ejecución del contrato han sido presentados ante la administración contratante, y sin que en ningún

momento se haya producido contestación alguna, en especial se quiere destacar las solicitudes presentadas por esta entidad de cara a la suspensión formal de la ejecución de las obras en escritos de 15, 22 y 23 de marzo de 2011, remitiéndonos igualmente al contenido de los mismos.

d. Esta entidad, se permite recordar la necesidad de que la resolución contractual pretendida por la administración actuante debe ser en su caso efectuada conforme al procedimiento legalmente establecido con el cumplimiento de los trámites necesarios al efecto establecidos en el artículo 109 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (previo informe del Servicio Jurídico, audiencia al avalista o asegurador y Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo -este último preceptivo cuando exista oposición por parte del contratista-), y ello ante la expresa oposición de esta entidad a la resolución del contrato por incumplimiento imputable a la empresa A.

e. Por último, procede igualmente rechazar la procedencia de la incautación de la garantía definitiva por cuanto, tal como se deriva de lo dispuesto en el artículo 208 apartado 4 de la Ley de Contratos del Sector Público, dicha incautación sólo procede como consecuencia del acuerdo de resolución del contrato, y no como en el caso que nos ocupa, donde la orden notificada contiene la incoación de dicho expediente, sin que por tanto se haya dictado acto definitivo al respecto de tal resolución contractual. En consecuencia procede igualmente dejar sin efecto la señalada incautación de la garantía».

Seguidamente, por Orden de 18 de octubre de 2011, se suspende el procedimiento a efectos de emisión de informe por los Servicios Jurídicos, que le es solicitada en esa misma fecha.

La contratista, por medio del Jefe de Obras, dirige diversas comunicaciones -de contenido similar entre ellas- a la Dirección Técnica de la Consejería de Educación y Empleo con fechas 24 de octubre, 7 y 23 de noviembre y 5 de diciembre, en que pone de manifiesto estar a la espera de contestación de su escrito de alegaciones de 7 de octubre anterior, y que mientras tanto se le están produciendo costes en equipo de obra, vigilante, casetas, vallado y servicios de obra por causas que no resultan imputables a la empresa.

Entre medias de esos escritos, el Arquitecto y el Arquitecto Técnico del Área de Proyectos, Construcciones y Supervisión, con el visto bueno del Jefe de Área Funcional de Proyectos y Obras II, formulan informe de 14 de noviembre de 2011, dirigido al Asesor Técnico del mismo Área y remitido por ésta al Subdirector General de Infraestructuras y Servicios el día 16, por el que se da respuesta a al escrito de alegaciones.

El 28 de octubre, la Letrada del Servicio Jurídico en la Consejería de Educación y Empleo solicita la remisión de cierta documentación adicional, con carácter previo a la emisión de su informe.

El informe del Servicio Jurídico en la Consejería de Educación y Empleo se formula el 14 de diciembre de 2011. Se dictamina en el sentido de no constituir la petición de informe un trámite preceptivo a tenor del artículo 197 de la LCSP, en relación con el parecer de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa expuesto en el Informe 1/2003, de 9 de abril.

Mediante Orden de 20 de diciembre de 2011, de la Consejera de Educación y Empleo, se acuerda nuevamente la suspensión del procedimiento por el tiempo que medie entre la petición de fiscalización previa de los actos de contenido económico del expediente a la Intervención General y la recepción de los documentos fiscalizados

(artículo 42.5.c) de la Ley 30/1992, en relación con el artículo 8 apartado a) 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).

El 18 de enero de 2012 se remite por el Subdirector General de Infraestructuras y Servicios el expediente de resolución por demora, al amparo del artículo 8.a) del Decreto 45/1997.

El 19 de enero de 2012 se recibe en la Intervención General el expediente de la resolución del contrato.

Posteriormente, se dicta informe por la Interventora Delegada Jefe de 9 de febrero de 2012 en que, con carácter previo a la formulación de informe y con suspensión del plazo para al ejercicio de la función fiscalizadora, se solicita la integración de la documentación remitida con cierta documentación adicional, así como la aclaración de determinadas fechas a que aludía la propuesta de resolución del contrato enviada.

En este punto, el Director Facultativo de las obras emite informe en relación con los complementos solicitados por la Intervención, que, por resumir la posición de la Administración ante la controversia planteada, resulta de interés reproducir:

“1º.- Con fecha 3 de noviembre de 2010 se procede a la firma del contrato entre la empresa A y la Comunidad de Madrid, por un importe de 1.055.991,88 € y un plazo de ejecución de 9 meses.

2º.- Con fecha 2 de diciembre de 2010 se procedió a la firma del Acta de Comprobación de Replanteo de la obra con carácter de viable.

3º.- Con fecha 13 de diciembre de 2010, se procede a la firma del nombramiento del Coordinador de Seguridad y Salud de la obra.

4º.- Con fecha 25 de enero de 2011, se procede a la firma del Informe favorable y Acta de Aprobación del Plan de Seguridad y Salud de la obra por parte del Coordinador de Seguridad y Salud de la obra.

5º.- A partir de este momento, la responsabilidad de proceder a la apertura del centro de trabajo, es única y exclusivamente de la empresa constructora. La actitud puesta de manifiesto por la empresa adjudicataria en cuanto a la apertura del centro de trabajo, no cabe calificarla más que de obstruccionismo para el desarrollo de la ejecución de la obra. Según se nos comunica en el Servicio Regional de Seguridad y Salud en el Trabajo, la solicitud de apertura del centro de trabajo, mediante la presentación del Aviso Previo, fue presentada el 22 de marzo de 2011, con número de registro aaa, con fecha prevista de comienzo el 17 de marzo y una duración de la obra de 12 meses.

6º.- Desde el momento en que se detectó la necesidad de proceder a la ejecución de un movimiento de tierras no contemplado en el proyecto, se trató de conseguir que la propia empresa A, ejecutase el citado movimiento de tierras, de manera que fuese más ágil la resolución del problema detectado. En la valoración presentada por la empresa A, en enero de 2011, se alcanzaba un importe de incremento de la obra de 666.776,65 €, IVA incluido, valorando el movimiento de tierras en 272.647,29 €, IVA incluido. Como consecuencia de no llegar al acuerdo con la empresa A, se realizó el movimiento de tierras necesario por un importe de 29.241,06 €, lográndose un ahorro para la Administración del 89,2751%.

7º.- La ejecución de los trabajos del movimiento de tierras, no requería la paralización de la obra, toda vez que la empresa A, podría haber ejecutado la cimentación del cerramiento perimetral de la parcela, sin que los trabajos del movimiento de tierras impidiesen la ejecución de la cimentación descrita.

8º.- *La actitud de falta de diligencia manifestada anteriormente se ve refrendada por hechos como el que la Intervención General rechaza por no estar contemplados en la L.C.S.P., cual es el de la apertura del centro de trabajo, ya que, aunque no lo exprese la citada Ley, sí resulta obligatorio para poder comenzar a ejecutar los trabajos de construcción en cualquier solar, en cumplimiento de los artículos 18 y 19 del R.D. 1.627/97 de 24 de octubre, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción (B.O.E. de 25 de octubre de 1997).*

Como ya se ha manifestado en otros informes, siendo imprescindible la formalización de la apertura del centro de trabajo para la ejecución de la obra, al cabo de tres meses desde la firma del Acta de Comprobación de Replanteo, ésta no se había producido.

9º.- *En orden a aclarar la consideración del retraso en la ejecución de la obra, se reiteran las cantidades certificadas a mes de abril de 2011 ya especificadas en anteriores informes, y que, tomando como base el Programa de Trabajo presentado por la empresa A, deberían haberse finalizado a 17 de enero de 2011, por lo que ya se había acumulado un retraso de tres meses.*

Todo ello considerando que en la construcción de un edificio, las unidades de obra tienen forzosamente que ejecutarse en un orden predeterminado, no siendo posible construir los forjados sin haber construido previamente la cimentación del edificio, por lo que un retraso en la ejecución de las primeras unidades de la obra, revierte inevitablemente en un retraso acumulado, cuya recuperación es imposible a juicio de esta Dirección Facultativa. Esta es la consideración del retraso en la ejecución de la obra y que, impediría el cumplimiento del plazo contractual.

10º.- Como ya se ha dicho, al comenzar la ejecución de la obra, se comprobó la necesidad de la realización de un movimiento de tierras no contemplado en el proyecto, de ahí el inicio de las negociaciones mantenidas con la empresa A., a través de su delegado D.P.Z., ya que, una vez cuantificado el volumen de tierras a mover, únicamente restaba el acuerdo en cuanto al precio de este movimiento de tierras. Toda vez que la empresa A no aceptó los precios propuestos por la Administración, se procedió a contratar éste movimiento de tierras con la empresa C, quien ejecutó el citado movimiento de tierras en la cantidad de 29.241,06 €, y no en 50.000,00 €, que por error se manifestó en anteriores informes. De este expediente se adjunta copia. A estos efectos, la relación valorada se redactó con fecha 16 de febrero de 2011. Los trabajos de movimiento de tierras fueron certificados en el mes de marzo de 2011”.

La Intervención General, por medio del Interventor General (art. 8.2.a del Decreto 45/1997, de 20 de marzo), emite con fecha 24 de febrero de 2012 informe de fiscalización previa a la resolución del contrato, que es recibido por el órgano petionario el 27 de febrero.

Mediante Orden de la Consejera de Educación y Empleo de 27 de febrero de 2012, se ha acordado la suspensión de la tramitación del procedimiento de resolución del contrato por el tiempo que medie entre la solicitud de emisión de preceptivo dictamen a este Consejo Consultivo, hasta su recepción por el órgano petionario.

SEGUNDO.- Mediante Orden de 1 de marzo de 2012, la Consejera de Educación y Empleo acuerda remitir al Consejo Consultivo el expediente para la emisión de dictamen al amparo del artículo 16.2 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, reguladora del Consejo Consultivo. La petición ha tenido entrada en este Consejo Consultivo el 5 de marzo, por trámite urgente.

El estudio de la ponencia ha correspondido por reparto de asuntos a la Sección VIII, presidida por el Excmo. Sr. D. Andrés de la Oliva Santos que firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberada y aprobada por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 21 de marzo de 2012.

El escrito solicitando el dictamen fue acompañado de la documentación que, numerada y foliada, se consideró suficiente, de la que ha dado cuenta en lo esencial el antecedente de hecho que precede.

A la vista de los hechos anteriores cabe hacer las siguientes

CONSIDERACIONES EN DERECHO

PRIMERA.- La petición de dictamen se realiza al amparo de lo dispuesto en el artículo 13.1.f.) apartado cuarto, de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre; a su tenor, el Consejo Consultivo deberá ser consultado en los expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid relativos, entre otros aspectos relativos a la contratación del sector público, a la resolución de los contratos administrativos.

Asimismo, el artículo 195.3.a) de la LCSP, aplicable como en seguida se dirá al contrato, se refiere a la necesidad de dictamen del Consejo de Estado u órgano equivalente de las Comunidades Autónomas, en los supuestos de interpretación, nulidad y resolución, cuando se formule oposición por el contratista.

El dictamen ha sido evacuado dentro del plazo de urgencia establecido en el artículo 16.2 LRCC.

SEGUNDA.- Atendiendo a la disposición transitoria primera de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, la normativa aplicable al contrato será la vigente en el momento de iniciarse el expediente de contratación, momento que, a dichos efectos, no tratándose de un procedimiento negociado, coincide con la fecha de publicación de la convocatoria para la adjudicación del contrato, sin perjuicio de lo dispuesto en la disposición transitoria tercera.

De hecho, en cuanto a la normativa aplicable al contrato, indica su cláusula sexta que, en lo no previsto en el mismo, regirán las disposiciones de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público; del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre; del Reglamento General de Contratación pública de la Comunidad de Madrid, aprobado por Decreto 49/2003, de 3 de abril, en lo que no se opongan a la LCSP; y demás disposiciones aplicables en materia de contratación administrativa. Supletoriamente, se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado.

En materia de procedimiento, por el contrario, la regulación aplicable en orden a la resolución del contrato ha de ser la vigente en el momento de darse inicio a aquél. Cuando se trata de contratos administrativos, como es el caso, habrá de respetarse el procedimiento establecido en el artículo 195 de la LCSP, en redacción dada tras la Ley de Economía Sostenible (que introduce matices novedosos dentro del régimen jurídico de la modificación, pero no altera el relativo a la resolución). El apartado tercero, párrafo a) de dicho artículo dispone que 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.

Por su parte, el artículo 109 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGCAP), regula el procedimiento, estableciendo:

“La resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, previa autorización, en el caso previsto en el último párrafo del artículo 12.2 de la Ley, del Consejo de Ministros, y cumplimiento de los requisitos siguientes:

- a) Audiencia del contratista por plazo de diez días naturales, en el caso de propuesta de oficio.*
- b) Audiencia, en el mismo plazo anterior, del avalista o asegurador si se propone la incautación de la garantía.*
- c) Informe del Servicio Jurídico, salvo en los casos previstos en los artículos 41 y 96 de la Ley.*
- d) Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, cuando se formule oposición por parte del contratista”.*

Con carácter supletorio, a tenor de la disposición final octava, apartado 1, de la LCSP, se aplicarán los preceptos de la Ley 30/1992 (LRJAP) y normas complementarias.

De los diversos aspectos a que se refiere el precepto, debemos preguntarnos con carácter prioritario si el procedimiento de resolución contractual en que se enmarca la petición de dictamen ha sido tramitado en plazo.

Al respecto, debe partirse de la doctrina manifestada en la sentencia del Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2007, cuyo criterio es confirmado por otra posterior de 17 de diciembre de 2008 (RC 2864/2005). Conforme a ella, los procedimientos de contratación pertenecerían a la categoría de los iniciados de oficio, de forma que, cuando se trata del procedimiento de resolución contractual, al ser susceptible de producir efectos desfavorables para el interesado, el transcurso del plazo sin dictar resolución equivaldrá a la caducidad del procedimiento (art. 44.2 LRJAP). Aunque, actualmente, el rigor de la comentada doctrina del Tribunal Supremo debe ser matizado de acuerdo con lo dispuesto en la disposición final octava de la LCSP, que, para los procedimientos tendentes al ejercicio de prerrogativas que se hayan iniciado a instancia de parte cuya resolución no sea notificada en plazo prevé simplemente que la solicitud sea considerada desestimatoria por el interesado, no es el caso éste de la resolución contractual que nos ocupa, iniciado por decisión del órgano de contratación.

Partiendo de lo anterior, en punto al cómputo del plazo del procedimiento en que se enmarca la actual petición de dictamen hay que tener en cuenta que, inicialmente, se siguió un primer procedimiento de resolución del contrato, que fue dejado sin efecto al presumirse su inmediata caducidad. Por consiguiente, el *dies a quo* a considerar es el correspondiente al inicio del segundo procedimiento, al que corresponde la propuesta de resolución que es objeto del presente dictamen. Su inicio se produjo por Orden de 26 de septiembre de 2011, notificada al contratista el 6 de octubre.

En el seno del procedimiento se han dictado tres suspensiones de plazo, a saber: la primera, a efectos de la petición del informe a los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid; la segunda, en mérito a la fiscalización de la Intervención General, y, la tercera, en correspondencia a

la solicitud de dictamen a este órgano consultivo. Hay que observar que, de esas suspensiones del plazo, no debe ser tenida en cuenta a efectos de la reducción del plazo máximo la correspondiente a la solicitud de informe a los Servicios Jurídicos autonómicos, toda vez que éste no resultaba preceptivo (en este sentido, el art. 42.5c LRJAP limita la posibilidad de suspensión del plazo, en el capítulo que nos ocupa, a la solicitud de informes preceptivos y determinantes del contenido de la resolución). No obstante, cabe decir que, aun teniendo en cuenta dicha salvedad, el procedimiento no está caducado a la fecha de ser dictaminado por el Consejo Consultivo; dicho esto, debe encarecerse al órgano peticionario la máxima celeridad una vez le sea comunicado nuestro dictamen, fecha en que se alzarán la suspensión del plazo, ya que la tramitación, resolución y notificación en plazo de los procedimientos responde no sólo a un inexcusable deber administrativo (arts. 41 a 44 y 47 LRJAP), sino que constituye también un derecho de los interesados (en este caso, de la contratista, cuyas expectativas e intereses se hallan en entredicho a consecuencia del procedimiento de resolución contractual).

Por lo demás, se ha respetado el trámite de audiencia del contratista, así como del avalista a pesar de no haber sido cumplimentado por su parte, y se ha solicitado el dictamen preceptivo de este Consejo Consultivo.

TERCERA.- Advertido lo anterior, procede entrar en el análisis de la posible concurrencia de la causa de resolución del contrato en que se fundamenta el procedimiento de que trae causa nuestro dictamen. Se trata de un contrato de obras, destinado a la construcción de un centro escolar. Resulta concertado por una Administración Pública, y tiene indiscutible carácter administrativo (art. 19.1.a, en relación con el 3.2.a, de la LCSP).

No cabe duda, por consiguiente, de la aplicación al caso del artículo 196 de la LCSP, cuyo apartado segundo obliga al contratista *a cumplir el contrato dentro del plazo total fijado para la realización del mismo, así*

como de los plazos parciales fijados para su ejecución sucesiva. En caso contrario, se hallará incurso en mora, y ello, a diferencia de la regulación del contrato civil, sin necesidad de intimación previa de la Administración (art. 196.3 LCSP).

Esta regla general se ve, si acaso, reforzada en lo relativo al contrato de obras, pues, tal como ha sido configurado tradicionalmente en nuestra normativa de contratos del sector público, es un contrato de resultado, en que el contratista se obliga a cumplir la obra en su totalidad, conforme al proyecto y prescripciones técnicas aprobadas por la Administración y dentro de los plazos, total y parciales, previstos para el caso concreto. De esta forma, ha podido resaltarse la esencialidad de la obligación de ejecutar la obra en plazo, o, si se quiere en otras palabras, la esencialidad del plazo previsto para la ejecución del contrato.

Deben distinguirse, por otra parte y como se ha visto al transponer el contenido del art. 196 LCSP, el plazo total previsto para la ejecución del contrato de los plazos parciales para la realización de la obra. El cumplimiento de uno y otros resulta una obligación del contratista, si bien el régimen de su incumplimiento no resulta cabalmente idéntico.

Cuando se trate del incumplimiento del plazo total (es decir, del plazo previsto en el contrato para la ejecución de la obra en su conjunto), a la Administración le estará permitido, siempre que la demora resulte imputable al contratista, optar, indistintamente, entre la resolución del contrato o la imposición de penalidades a razón de 0,20 euros al día por cada 1.000 euros de precio de contrato (art. 196.4 LCSP).

Por ir situando la cuestión, habrá que ir aclarando que a nosotros nos interesa, en cambio, el régimen aplicable al incumplimiento de los plazos parciales. En tal caso, el efecto jurídico dado al incumplimiento del plazo se asimila al previsto para la infracción del plazo total, si bien que, por mor de

lo dispuesto en el artículo 196.6 LCSP la posibilidad de resolver el contrato por parte de la Administración queda circunscrita, en primer término, a los supuestos en que así se haya previsto en los pliegos de cláusulas administrativas particulares y, en segundo lugar, a la hipótesis de que la demora producida en el cumplimiento haga presumir razonablemente el incumplimiento del plazo total.

En el contrato cuya posible resolución constituye motivo de este dictamen, el pliego de cláusulas administrativas particulares ha previsto expresamente la posible resolución del contrato por incumplimiento de los plazos parciales. Así se deduce con claridad de su cláusula vigésimo cuarta, párrafo segundo, que contempla la posibilidad de optar, indistintamente, entre la resolución del contrato o la continuidad en su ejecución acompañada de la imposición de penalidades, tanto para el caso de incumplimiento del plazo total como de los plazos parciales previstos para su ejecución.

Es más, también prevén los pliegos -aunque tal posibilidad se hubiera aplicado *ope legis* aun no habiéndose recogido expresamente- la posibilidad de acordar la resolución o bien imponer penalidades, cuando la demora en el cumplimiento de los plazos parciales haga presumir razonablemente la imposibilidad del cumplimiento del plazo total (párrafo cuarto de la cláusula 24). Sin embargo, no establecieron aquellos de un modo directo los plazos parciales de ejecución del contrato, sino por referencia al programa de trabajo, según se expresa literalmente en el párrafo primero de la cláusula 23. La relevancia de los plazos parciales previstos en el programa de trabajo (cuya elaboración correspondía al contratista para su presentación a la Administración contratante de conformidad con lo previsto en la cláusula 20) es enfatizada en el propio pliego de cláusulas administrativas particulares al advertir que *“los plazos parciales que se fijan en la aprobación del programa de trabajo, con los efectos que en la*

aprobación se determinen, se entenderán integrantes del contrato a los efectos legales pertinentes”.

Precisamente, la Consejería de Educación y Empleo, a la hora de acometer el intento de resolución del contrato que ha dado lugar a la solicitud de dictamen que nos ocupa, se ha basado en la presunción, dadas las circunstancias, de incumplimiento del plazo total, habida cuenta del incumplimiento de los plazos parciales. Así se deduce con toda claridad de la manifestación de 29 de junio de 2011, del Director facultativo de la obra, en que, al observar un desfase- teniendo en cuenta la certificación de las obras ejecutadas correspondiente al mes de abril- entre lo realmente ejecutado y lo comprometido por la contratista en el programa de trabajo, considera imposible que a fecha 2 de septiembre de 2011, término final previsto para la ejecución del contrato, esté concluida la obra.

Dicho esto, debemos detenernos en dos requisitos necesarios -a los que hasta ahora no hemos aludido- para que la resolución del contrato a consecuencia del incumplimiento de plazos parciales, por la causa aducida por la Administración en nuestro caso, sea posible.

El primero de ellos consiste en que la demora le sea imputable al contratista, esto es, que el retraso no se haya producido precisamente a causa de su actuación, o de su forma de manejarse en la ejecución del contrato, requisito que cada vez se viene exigiendo con menor rigor, como luego se dirá. A estos efectos, resulta determinante su actitud durante la ejecución del mismo.

Conviene matizar que, en el supuesto que examinamos, la culpa del contratista no sólo resulta determinante de la posible resolución del contrato, sino también de la onerosidad de las consecuencias que haya de sufrir el contratista. Y es que, si su actitud puede considerarse culpable en la generación del retraso, se acordará la incautación de la garantía y podrá

ser obligado a reparar los daños causados a la Administración (art. 208.4 de la LCSP).

En segundo lugar, será necesario que, efectivamente, el retraso parcial producido pueda inducir *razonablemente* (esto es, si no con una certeza empírica, al menos atendiendo a la evolución lógica y esperable de las circunstancias) a considerar imposible (y no meramente difícil o complicado) el cumplimiento del plazo total. En este punto, la respuesta debe ser casuística, y no sólo vendrá dada por el elemento consistente en el porcentaje de desajuste con el programa de trabajo inicial.

CUARTA.- El objeto de nuestro dictamen consiste cabalmente en establecer si el incumplimiento de los plazos parciales de ejecución a tenor del programa de trabajo, puede producir la presunción razonable de incumplimiento del plazo total a que aludíamos en la consideración jurídica precedente, en cuanto constituye la base de la resolución contractual promovida por la Consejería de Educación y Empleo. Con ese objeto, debemos plantearnos de un modo consecutivo las siguientes cuestiones: a) si se produjo un retraso real en los plazos parciales previstos para la ejecución de la obra, b) si la demora es susceptible de fundamentar una razonable presunción de incumplimiento del plazo total de ejecución, y c) si todo ello resulta imputable al contratista.

En lo referente al retraso en la ejecución de las obras, las cosas deben mirarse con detenimiento. El procedimiento de resolución se inició a raíz del certificado del Director Facultativo de las obras, en que constata, a fecha 29 de junio de 2010, que las obras se hallaban en un estado incipiente de ejecución, del 12,278% de la obra contratada, cuando de acuerdo con el programa de trabajo, en aquellas fechas debía hallarse a un 58,763%. De ahí deduce la Administración que, dada la entidad del desfase, no cabe esperar una ejecución del conjunto de la obra dentro del plazo total, que vencía el 2 de septiembre de 2011.

Sabemos por otra parte que, cuando se suscribe el acta de comprobación material de 14 de septiembre de 2011 previa a resolución del contrato, el estado de las obras era más avanzado que en abril, puesto que, tras reclamar el contratista, consiguió que, después del acta, se elevara la estimación inicial sobre la cantidad de obra ejecutada.

Sin embargo, de ello no debe deducirse que, en realidad, en el mes de abril de 2011, e incluso a finales de junio, el estado de ejecución de las obras fuera sensiblemente más avanzado que lo certificado por el jefe de obras. Siquiera, realizándose el 29 de junio la comprobación del estado de las obras, hubiera sido más correcto por su parte atender al estado real de las mismas en aquella fecha más que a la última certificación de obras practicada, lo cierto es que el estado de la construcción no podía estar mucho más adelantado de lo recogido por el Director Facultativo de las obras. Así se deduce, de un lado, de los propios escritos presentados por la contratista entre las dos fechas, en que constantemente pone de manifiesto desavenencias con la dirección de las obras que, a su juicio, hacen imposible continuar la ejecución. Por otra parte, no cabe duda de que el hecho de no haberse realizado entre abril y finales de junio certificaciones de obra adicionales a la practicada en aquel mes, es buena muestra de que, sencillamente, el contratista no tenía más obra que certificar. Sería de vaticinar, atendida su posición tan activa en cuanto a la presentación de escritos y requerimientos a la Administración según se ha recogido en los antecedentes de hecho de este dictamen, que, de haberse producido méritos para obtener cobros parciales, se hubieran solicitado por su parte con la mayor de las diligencias en el cuidado de sus legítimos intereses. Luego ha de considerarse que el resto de obra que fue objeto de comprobación material el 14 de septiembre de 2011, se correspondía con trabajos ejecutados con posterioridad, al menos en su parte esencial, a aquel 29 de junio.

Ahora bien, salvado lo anterior, debemos plantearnos una cuestión adicional a la hora de dilucidar si, a nuestro juicio, se produjo una situación de retraso real. Y es que no puede obviarse que, el momento en que a la contratista le fue dable iniciar la ejecución de las obras, era relativamente cercano en el tiempo a aquel en que se realiza la medición de la obra ejecutada.

Ha de tenerse en cuenta, al respecto, que, en principio, la ejecución de las obras debe producirse al día siguiente de la comprobación del replanteo (art. 212 LCSP, *ab initio*). Sin embargo, y según ha quedado ya expuesto, en el caso sujeto a examen surgió una problemática derivada de la situación del colegio por debajo de la calle a la que daba frente, que obligó a realizar tareas de movimiento de tierras no contempladas en el proyecto que, ante la falta de acuerdo entre Administración contratante y empresa contratista, fueron llevadas a cabo (con gran ahorro de costes si se compara con lo solicitado por la contratista) por un tercero ajeno a la relación contractual, cosa por otra parte legítima desde el punto de vista de la Administración a tenor de lo dispuesto en el art. 217.2 de la LCSP.

De esta forma, y atendiendo a lo expuesto por la contratista en escrito presentado el 10 de marzo de 2011, el día 7 anterior le había sido comunicado por la Dirección Facultativa de las obras la finalización de los trabajos consistentes en el movimiento de tierras, y se le había ordenado el comienzo de la cimentación del colegio.

Dado que, con anterioridad, hemos presumido de la propia actuación de la contratista que, a fecha 29 de junio, no existía más obra ejecutada que la certificada en abril, o si la había debía ser en términos de relativa insignificancia habida cuenta de la falta de promoción por la contratista de su certificación con vistas a su pago lo más pronto posible, resulta consecuente que consideremos, a los efectos que nos planteamos, como

lapso de tiempo que ha de tenerse en cuenta para valorar el alcance de la demora, el que media entre el 7 de marzo y el 29 de junio.

Al sentir de este órgano consultivo, no se trata, como pudiera parecer, de un plazo –el transcurrido entre ambas fechas– que pueda ser considerado exiguo. Por el contrario, ha de tenerse en cuenta que se trata de un término cercano a los tres meses, esto es, a la tercera parte del plazo previsto para la construcción de la obra en su completud. Si, en la consideración jurídica anterior, hemos hecho referencia a la esencialidad del plazo en la contratación administrativa, característica especialmente presente en el contrato de obras, en que se promete un resultado no sólo en cuanto a las condiciones de la construcción sino también en cuanto al término en que será ejecutada, hay que decir que, en el concreto contrato sujeto a examen, la relevancia de la obligación de ejecutar en plazo adquiere, si cabe, tintes de particular intensidad. Y es que, con la ejecución, no sólo se trata de dar pie a un cumplimiento más rápido de las competencias y funciones administrativas, o a la obtención del interés general con una mayor celeridad, sino que se trata de concurrir a hacer efectivo un derecho fundamental, el de la educación (art. 27 CE), que, en la construcción concreta de que se trataba, consta en el expediente debía ser obtenida con la mayor celeridad, dada la falta de plazas disponibles para la escolarización de alumnos en la zona.

Luego no cabe considerar que el retraso, por el tiempo transcurrido, careciera de relevancia, sino todo lo contrario.

Dicho lo anterior, ¿había términos hábiles para que el retraso producido pudiera hacer presumir a la Administración, *de un modo razonable*, que la ejecución del contrato no iba a ser posible?

En principio, parece que el solo hecho de la significación del retraso en relación con el plazo total, que acabamos dar por sentada, puede constituir

razón suficiente para considerar que la obra no podía estar acabada en plazo. Ahora bien, el porcentaje de ejecución del contrato no constituye un dogma indiscutible, cuando se trata de plantearse la imposibilidad de cumplimiento en plazo.

Por ello, consideramos altamente conveniente considerar las circunstancias del caso concreto. Y, en este punto, la relación de antecedentes de hecho del actual dictamen permite obtener conclusiones concluyentes. De ella cabe deducir que la empresa contratista no supo interpretar adecuadamente la función que le correspondía asumir en la relación contractual administrativa, en cuanto que colaboradora de la Administración en la consecución del interés público, que se había de obtener mediante la ejecución del objeto contractual. Sin perjuicio de su derecho a manifestar, discutir, protestar e incluso recurrir, es lo cierto que la regulación de los contratos administrativos está presidida por la idea de obtención del interés general, y ello conlleva una situación de desigualdad en las atribuciones de contratante y contratista, sin perjuicio de que tales poderes deban ser ejecutados conforme a derecho y sin arbitrariedad por el primero, y de los mecanismos legales para garantizar la defensa de la segunda e incluso el aseguramiento de una posición de equilibrio entre las mutuas prestaciones.

Ahora bien, del expediente deducimos una actitud de la contratista difícilmente compatible con el dinamismo que debe presidir la ejecución del contrato administrativo. Se puede decir que la adjudicataria del contrato, más que de la ejecución, ha estado pendiente de la presentación de escritos y la manifestación de discrepancias con el parecer del director facultativo, olvidando que los criterios de éste constituyen órdenes para ella, al constituir la manifestación de un poder de dirección. Muestra de ello es el art. 213.1 LCSP, en sede de regulación del contrato de obras, al disponer la ejecución de las obras *“con estricta sujeción a las estipulaciones*

contenidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares y al proyecto que sirve de base al contrato y conforme a las instrucciones que en la interpretación técnica de éste dieren al contratista el Director facultativo de las obras, y en su caso, el responsable del contrato, en los ámbitos de su respectiva competencia”. Así como el art. 94 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones, cuando previene que la ejecución de los contratos se desarrolle “bajo la dirección, inspección y control del órgano de contratación, el cual podrá dictar instrucciones oportunas para el fiel cumplimiento de lo convenido”.

Lo anterior, sin perjuicio de que la Administración contratante, por su parte, debiera haber observado mayor firmeza ante las desavenencias surgidas en la ejecución utilizando de una forma resuelta sus prerrogativas de dirección de la ejecución e interpretación del contrato, y evitando así que la situación de permanente controversia planteada entre la dirección facultativa y la contratista se convirtiera en motivo de retraso de la obra pública. En este sentido, el artículo 95 del reglamento de reciente cita, que permite al órgano de contratación exigir al contratista la adopción de medidas concretas para conseguir o restablecer el buen orden en la ejecución de lo pactado, cuando aquél incurra en actos u omisiones que comprometan o perturben la buena marcha del contrato. Más específicamente, el art. 142.1 del mismo RGLCAP, específicamente aplicable al contrato de obras: *“Una vez iniciados los trabajos, cuantas incidencias puedan surgir entre la Administración y el contratista serán tramitadas y resueltas por la primera a la mayor brevedad, adoptando las medidas convenientes para no alterar el ritmo de las obras”.*

De esta forma, no es exagerado presumir que, aunque el plazo hubiera sido mucho más amplio, la ejecución de la obra no hubiera avanzado apenas, pues al mínimo atisbo de dificultad, la contratista manifestaba la imposibilidad de proseguir con la ejecución. No cabe duda, por tanto, a este

Consejo Consultivo, de que las circunstancias del caso son significativas de una presunción razonable de incumplimiento del plazo total.

Queda por determinar si el retraso le ha sido imputable al contratista. En este apartado no puede sino significarse, con carácter previo, una evolución de la forma de entender la exigencia de imputabilidad del retraso al contratista, que va desde la consideración de que la demora en los plazos parciales en sí misma considerada constituye causa de resolución sin necesidad de mayor disquisición, hasta la ideación de una presunción de culpa del contratista, que requiere por su parte, si la quiere enervar, prueba en contrario.

Prima facie, podría considerarse que, en la hipótesis sujeta a examen, no concurre culpa del contratista, habida cuenta de que no tuvo responsabilidad en que fuera necesario un movimiento de tierras debido a la situación del colegio con respecto al plano de cota de la calle, y de que la Administración no podía obligarle a hacer estos trabajos, ni imponerle el precio bajo el que estar dispuesta a realizarlos. Sin embargo, y sin perjuicio de una responsabilidad de la Administración en cuanto a no haber tenido en cuenta aquel factor en el proyecto de obra, lo cierto es que la contratista no es ajena al error sufrido, sobre todo si se tiene en cuenta su posición activa y prestación de conformidad al acto de comprobación del replanteo.

Pero, por encima de esas disquisiciones, lo relevante es que, conforme hemos expuesto con anterioridad, incluso prescindiendo de aquella etapa previa de dificultad para iniciar la obra, entre el inicio de la ejecución (cuando ésta ya es posible, a primeros de abril) y la comprobación del estado material de las obras que da lugar a la iniciativa de resolver el contrato (a finales de junio), se da una evidente responsabilidad del contratista, pues, con independencia de las dudas, dificultades o indefiniciones que pudiera encontrar a la medida que progresaba la obra, lo que en ningún caso era justificable era utilizar aquellas discrepancias para

mantener paralizada la ejecución (no hubiera sido excusa para ello ni aun cuando se hubiera iniciado un procedimiento contradictorio con vistas a resolver diferencias en la interpretación del contrato, supuesto en el que, salvo circunstancias excepcionales, su tramitación tampoco permite la paralización del contrato –art. 97 RGLCAP, *in fine*). Repetimos que la ejecución del contrato administrativo no es un término hábil para un “*tira y afloja*” entre los criterios técnicos de contratante y contratista, sino que la exigencia de rápida ejecución derivada del interés público hace predominar, en primer término, los criterios de la Administración.

Se puede así decir, que, desde un primer momento, su actitud fue contraria al desarrollo de la obra. Primero, pidiendo un precio totalmente desmesurado para realizar las tareas de movimiento de tierras, en que la Administración obtuvo un ahorro frente a lo pedido por su parte de casi un 90%). Después, en la etapa en que el inicio de la ejecución se veía dificultada por la realización de tareas de movimiento de tierras por un tercero ajeno a la relación contractual, también se aventuraba su predisposición a no avanzar, al alegar problemas en cuanto a la aprobación del plan de seguridad y el nombramiento del coordinador de seguridad, cuando éstas exigencias ya habían sido formalizadas (en este sentido, el escrito del Director Facultativo en respuesta a la Interventora Delegada Jefe). Posteriormente a la finalización de aquellas tareas previas, cuando la ejecución, a su decir, ya era posible, ya desde el 10 de marzo (esto es, a los tres días) adujo la necesidad de aclarar conceptos sobre el perímetro del colegio, la necesidad de dotación previa de los servicios básicos a la parcela o de recibir el plano de saneamiento modificado, como pretexto para mantener paralizada la ejecución. Siquiera alguna aclaración fuera necesaria, ello no permitía al contratista detener la marcha de las obras, y menos hacerlo de un modo unilateral, y, en este sentido, ya desde ese instante inicial de la ejecución su actitud obstructiva puede considerarse culpable.

No obstante, aunque consideremos que el retraso en el cumplimiento puede ser imputado en el caso a la contratista, máxime en atención a la dulcificación que en el rigor de este requisito se viene observando, lo cierto es que, a la hora de determinar la procedencia de incautar la garantía y de imponer a la contratista la indemnización de los perjuicios padecidos (cosa que procede cuando el incumplimiento sea considerado culpable, art. 208.3 y 4 LCSP) la Administración deberá tomar en consideración la tardanza en hacer posible el inicio de la ejecución por no haberse tenido en cuenta la diferencia de cota entre parcelas y la propia indefinición en el ejercicio de las prerrogativas de posible actuación durante la ejecución del contrato. En este punto, la relación de escritos presentados por la contratista hubiera requerido una respuesta rápida de la Administración. Del mismo modo, deberá tomarse en consideración que, parte del retraso acumulado, se debe a la falta de diligencia en la tramitación del procedimiento de resolución, que ha tenido que ser abierto por segunda vez para evitar su caducidad.

No quiere esquivar este órgano consultivo, para finalizar, la cuestión relativa a las solicitudes de la contratista en orden a que se le fueran dando prórrogas en la misma medida en que la ejecución se iba retrasando. Debe objetarse, también en este punto, la actitud de la Administración, que debería haber dado respuesta, en uno u otro sentido, a las peticiones formuladas en dicho sentido por la contratista. No obstante, y aunque, en función de las circunstancias, la prórroga pueda ser un derecho del contratista cuando el retraso no le sea imputable (art. 197.2 LCSP, en relación con el art. 100 RLCAP), por nuestra parte ya se ha descontado el plazo de la prórroga, ya que al apreciar la significación relativa del retraso parcial en relación con el de ejecución completa de las obras, hemos computado los nueve meses en que ésta consistía desde el momento en que, de hecho, y una vez superados los problemas en relación con la cota de los terrenos, el inicio de la ejecución fue posible para la contratista. Luego

el hecho de que aquella hubiera debido ser o no otorgada, no interfiere en la procedencia de acordar la resolución por retraso en los plazos parciales.

En lo que se refiere a la incautación de la garantía definitiva, el juego combinado del artículo 208.3, en relación con el artículo 90.1 de la LCSP, permite acordarla con independencia de la entidad de los daños y perjuicios ocasionados por el contratista a la Administración, siempre que, como en el supuesto que nos planteamos y según lo que antes se ha indicado, la demora en la ejecución resulte imputable al contratista.

En efecto, el artículo 90.1 del referido texto legal, en la redacción aplicable al caso según lo antes expuesto, reza: *“La garantía no será devuelta o cancelada hasta que se haya producido el vencimiento del plazo de garantía y cumplido satisfactoriamente el contrato de que se trate, o hasta que se declare la resolución de éste sin culpa del contratista”*. De su redacción, ha deducido autorizada doctrina el carácter de pena convencional de la incautación de la garantía definitiva en los casos de resolución del contrato por causa imputable al contratista, que permitiría así resarcirse a la Administración del perjuicio que en todo caso supone al interés público la falta de ejecución, total o parcial, del contrato, sin perjuicio de que, en caso de superar los daños irrogados el importe de la garantía constituida, se puede acordar una indemnización superior con cargo al contratista y a beneficio (más bien resarcimiento de la Administración). En este sentido vienen apuntando diversos Consejos Consultivos autonómicos, como el de Extremadura, en el dictamen 85/2011, de 17 de febrero, o el de Castilla-La Mancha, en el dictamen 75/2011, de 30 de marzo. Asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 2002, RC 3008/1997.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede acordar la resolución del contrato por el incumplimiento del contratista en los plazos parciales de ejecución del contrato, en cuanto permiten presumir razonablemente la imposibilidad de incumplir el plazo total.

Dicho incumplimiento resulta imputable al contratista, lo que debe conducir a la incautación de la garantía definitiva establecida.

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 este Consejo de conformidad con lo establecido en el artículo 3.7 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

Madrid, 21 de marzo de 2012