

Dictamen n^o: **341/15**
Consulta: **Alcaldesa de Getafe**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **08.07.15**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 8 de julio de 2015, emitido ante la consulta formulada por el alcalde de Getafe, cursada a través del consejero de Presidencia, Justicia y portavoz del Gobierno, al amparo del artículo 13.1 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, en relación con el expediente sobre resolución del contrato de obras denominado “*remodelación urbana de la parcela EQ-7, sita entre las Avenidas Ingenioso Hidalgo y Sancho Panza y la calle de la Cueva de Salamanca, en el barrio de los Molinos para implantación de 4 pistas multideportivas*”, adjudicado a la empresa A.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 15 de junio de 2015 tuvo entrada en el registro del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen preceptivo procedente del Ayuntamiento de Getafe.

A dicho expediente se le asignó el número 350/15, comenzando el día señalado el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 34.2 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo, aprobado por Decreto 26/2008, de 10 de abril, del Consejo de Gobierno.

La ponencia ha correspondido, por reparto de asuntos, a la Sección IV, presidida por la Excm. Sra. D.^a María José Campos Bucé, quien formuló y firmó la propuesta de dictamen, que fue deliberada y aprobada por la Comisión Permanente del Consejo Consultivo, en sesión celebrada el día 8 de julio de 2015.

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

1. Por acuerdo de 26 de agosto de 2014 de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Getafe fueron aprobados los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) que había de regir la contratación de las obras de *“remodelación urbana de la parcela EQ-7, sita entre las Avenidas Ingenioso Hidalgo y Sancho Panza y la calle de la Cueva de Salamanca, en el barrio de los Molinos para implantación de 4 pistas multideportivas”*.

La Junta de Gobierno Local, en sesión celebrada el día 28 de octubre de 2014, acordó adjudicar el contrato a la empresa A por un importe de 289.469.05 euros y un plazo de ejecución de tres meses y 15 días naturales, contados a partir de la firma del acta de comprobación de replanteo. Para responder de la ejecución del contrato el contratista tuvo que aportar una garantía definitiva por importe de 20.370,49 euros, constituida en forma de retención en el precio.

El contrato con la empresa adjudicataria fue formalizado el día 7 de noviembre de 2014. En la estipulación novena se hace constar que en caso de demora en el cumplimiento del plazo, total o parcial, del contrato por causa imputable al contratista, la Administración podrá optar indistintamente por la resolución del contrato o por la imposición de

penalizaciones diarias en la proporción de 0,20 por cada 1.000 euros del precio del contrato.

2. Figura en el expediente (folios 297 y 298) el acta de comprobación del replanteo firmada el día 24 de noviembre de 2014.

3. El 26 de enero de 2015 la Dirección Facultativa de las obras emite informe en el que pone de manifiesto que las pistas multideportivas propuestas por la empresa adjudicataria, fabricadas por la empresa B no cumplen con los criterios de garantía de calidad exigidos en los pliegos que rigen la contratación. En el informe se advierte que la indefinición existente en esa fecha por parte de la adjudicataria *“no será motivo justificado, en ningún caso, de incumplimiento del plazo de finalización de la obra”*. Consta en el expediente que del mencionado informe se dio traslado a la empresa contratista (folio 304 del expediente).

4. El 3 de febrero de 2015 la Dirección Facultativa de las obras emite nuevo informe en el que reitera lo expuesto en el anterior del mes de enero y da cuenta de diferentes actas de obras levantadas en las que se solicita a la empresa contratista la aportación de la documentación acreditativa de las características de las pistas multideportivas propuestas. En el informe se insiste en que la ausencia de definición impide a la Dirección de Obra la debida aprobación de las pistas a instalar así como que en que no hay circunstancia que justifique la ampliación del plazo de ejecución. De igual modo se señala que en caso de que la empresa no aporte una inmediata solución, *“incurrirá en grave riesgo de incumplimiento de la fecha de terminación de obra prevista contractualmente, 9-3-2015”*. Consta en el expediente que del mencionado informe se dio traslado a la empresa contratista (folio 313 del expediente).

5. El 10 de febrero de 2015 la empresa contratista solicita una ampliación del plazo de ejecución debido a las condiciones climatológicas

adversas sufridas durante el último mes, *“que ha provocado que los trabajos no se puedan continuar o lo hagan a un ritmo muy lento”*. El mismo día 10 de febrero de 2015 se registra de entrada un segundo escrito presentado por la empresa contratista en el que se solicita que se dé el visto bueno a la instalación de las pistas multideportivas conforme a los informes que adjunta.

La Dirección de las obras emite informe sobre la solicitud de ampliación del plazo de ejecución el día 11 de febrero de 2015. En el informe se indica que teniendo en cuenta la zona geográfica en la que se ubican las obras y el periodo del año en que se han producido los datos de lluvia, los mismos pueden considerarse supuestos normales de lluvia, *“no dando lugar a la exclusión de imputabilidad al contratista, quién deberá tener previstos estos fenómenos al realizar su oferta, sobre todo, al ofrecer como mejora la reducción del plazo de ejecución, de cuatro meses a tres meses y quince días”*. En el informe se recogen las Actas de Obras que se han ido levantando desde el 5 de diciembre de 2014 hasta el 9 de febrero de 2015, en las que se reflejan los retrasos que se han ido acumulando desde el inicio de las obras respecto al Plan de Obras presentado por el contratista. La Dirección de Obras finaliza informando negativamente la solicitud de ampliación de plazo formulada por la empresa contratista.

En cuanto a las pistas multideportivas, la Dirección de Obras emite informe el 11 de febrero de 2015 en el que señala la imposibilidad de dar conformidad a la documentación aportada. Reitera que la imposibilidad de otorgar la debida aprobación *“no supone motivo justificado, en ningún caso, de ampliación de plazo de obra”* (folios 410-412).

6. El día 11 de febrero de 2015 se notificó a la empresa contratista un escrito de la concejal delegada de Urbanismo, Infraestructuras, Vivienda y Patrimonio del Ayuntamiento de Getafe, en el que a la vista de los datos recogidos en la certificación de obra n^o 3 del mes de enero de 2015, *“se*

constata que transcurrido un plazo de ejecución aproximado del 65%, únicamente han sido ejecutadas obras por importe aproximado del 9,5 %". En el escrito se indica que es prioritario poner a disposición de la obra los medios materiales y humanos necesarios que hagan posible finalizar las obras en el plazo de ejecución establecido en el contrato, advirtiéndole que en caso contrario, en virtud de lo establecido en la estipulación novena, se verán obligados a aplicar penalidades o a resolver el contrato por incumplimiento.

7. El día 20 de febrero de 2015 la empresa contratista aporta documentación referente a la pista multideporte de la empresa C. En el escrito señala que la citada empresa es el proveedor que la Dirección de Obras ha indicado y que el periodo de fabricación de las pistas es de 6 semanas, más 2 meses de instalación de las mismas.

El 24 de febrero de 2015 la Dirección Facultativa emite informe en el que puntualiza que en ningún momento ha dado a la empresa contratista indicación sobre algún proveedor concreto, sino que: *"muy al contrario, ha insistido en que no existe impedimento alguno en que las pistas a suministrar sean fabricadas e instaladas por cualquier empresa, siempre que las mismas cuenten previamente con documentación suficiente para acreditar, sin ningún género de duda, su idoneidad al uso al que se destinan, a las prescripciones del proyecto y a las determinaciones del Pliego de Condiciones Particulares del mismo"*. Añade que los plazos de fabricación y suministro propuestos, supondrían un incumplimiento del plazo de ejecución de las obras, pues *"restan 2 semanas para la conclusión del mismo"*. El informe indica que para dar conformidad a la documentación aportada, y acreditar la idoneidad de la pista propuesta considera imprescindible aportar certificado de conformidad con la Norma europea EN 15312:2007+A1:2010 emitido por organismo acreditado.

8. El 25 de febrero de 2015 la empresa contratista presenta certificado de conformidad de la pista propuesta (modelo Lisboa, fabricado por la empresa D y comercializado por C), emitido por organismo acreditado. El día 26 de febrero siguiente la Dirección de Obras, en vista de la documentación aportada, da conformidad a la pista propuesta por la empresa contratista.

9. El 26 de febrero de 2015 la adjudicataria solicita autorización para la realización de los trabajos en periodo nocturno. Ese mismo día la Dirección de Obras presenta un informe en el que indica que el día 25 de febrero de 2015 se realizaron en las obras trabajos fuera del horario establecido en la Ordenanza General de Protección de Medio Ambiente del municipio, produciendo molestias a los vecinos de la zona. Indica que la Dirección de Obras ha dado orden a la empresa contratista para que realice las previsiones necesarias de manera que no sea necesario realizar trabajo alguno después de las 22:00 horas o en su defecto solicite licencia para trabajos en horario nocturno. En informe registrado de entrada en el Ayuntamiento de Getafe el 2 de marzo de 2015 y notificado a la empresa contratista, la Dirección de Obras indica que por segundo día consecutivo ha tenido que intervenir la Policía Local. Reitera la prohibición de realizar trabajos nocturnos, advirtiendo que un nuevo incumplimiento supondría la paralización de las obras, sin perjuicio de las acciones sancionadoras que pudieran iniciarse.

10. El 11 de marzo de 2015 la Dirección Facultativa emite informe en el que indica que concluido el plazo de ejecución de las obras, las mismas no se encontraban concluidas, no siendo susceptibles de ser recepcionadas por el Ayuntamiento, como quedó reflejado, según informa, en el “ACTA ESTADO DE OBRA” levantada el 10 de marzo de 2015, que se negó a firmar la empresa contratista. El informe incide en que ha habido

incumplimientos reiterados del Plan de Obra por parte de la empresa contratista.

11. El 11 de marzo de 2015 el jefe de la Unidad de Proyectos y Obras de Infraestructuras, a la vista del informe de la Dirección Facultativa, emite informe sobre la procedencia del inicio de expediente de resolución contractual, *“sobre el incumplimiento del plazo de ejecución, por causas imputables al contratista”*. En esa misma fecha la concejal delegada de Urbanismo, Infraestructuras, Vivienda y Patrimonio formula propuesta de inicio del expediente de resolución contractual.

12. El día 16 de marzo de 2015 el director de la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento de Getafe informa favorablemente el inicio del expediente de resolución *“conforme el informe técnico justificativo de las incidencias surgidas”*.

La Intervención General del Ayuntamiento el 25 de marzo de 2015 indica que no procede en ese momento procedimental la emisión de informe por su parte.

TERCERO.- 1. La Junta de Gobierno Local en sesión celebrada el 26 de marzo de 2015 acordó el inicio del expediente de resolución del contrato suscrito con A *“por incumplimiento culpable, al no realizar las obras en el plazo de ejecución establecido”*, con incautación de la garantía constituida. Asimismo se acordó dar traslado a la empresa contratista para la formulación de alegaciones así como a la Dirección Facultativa.

2. La empresa contratista formula alegaciones el día 23 de abril de 2015 en las que incide en que el incumplimiento en el plazo de ejecución no se ha producido por causas imputables a la adjudicataria sino por las lluvias caídas durante los meses de diciembre, enero y febrero, que imposibilitaron los trabajos de movimiento de tierra, hechos conocidos por la Administración, que sin embargo, según aduce, denegó el aumento del

plazo de ejecución de las obras solicitado y la indefinición de algunas partidas (pistas multideportivas, acometidas y cuadro eléctrico). La contratista incide en que las obras se encuentran ejecutadas a falta de las pistas multideportivas, el césped artificial para las mismas, las acometidas, el cuadro eléctrico y la línea eléctrica de farolas (folios 1054 a 1292).

3. El día 4 de mayo de 2015 emite informe la Dirección Facultativa en el que se da contestación a las alegaciones formuladas por la empresa contratista con particular referencia a los datos reflejados en las actas de las obras (folios 1294 a 1396).

4. El jefe de la Unidad de Proyectos y Obras de Infraestructuras emite informe el día 5 de mayo de 2015 sobre la procedencia del rechazo de las alegaciones formuladas por la empresa contratista en virtud de lo señalado en el informe de la Dirección Facultativa de las Obras.

5. El 11 de mayo de 2015 se remite notificación a la empresa contratista sobre la solicitud de dictamen al Consejo Consultivo y se le comunica la suspensión del plazo para resolver el procedimiento por el tiempo que medie entre la petición del dictamen preceptivo y la recepción del mismo.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo, al amparo del artículo 13.1.f).4º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, reguladora del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, conforme al cual: *“1. El Consejo Consultivo deberá ser consultado 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: (...) 4.º Aprobación de pliegos de cláusulas administrativas generales, interpretación, nulidad y resolución de los contratos administrativos y modificaciones de los mismos en los supuestos establecidos por la legislación de Contratos de las Administraciones públicas”.

La solicitud de dictamen del alcalde-presidente del Ayuntamiento de Getafe, se ha hecho llegar al Consejo Consultivo a través del consejero de Presidencia, Justicia y portavoz del Gobierno, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 14.3 de la Ley 6/2007 (*“Las solicitudes de dictamen de las entidades locales se efectuarán por los Presidentes de las mismas, y se cursarán a través del Consejero competente en relaciones con la Administración local”*), y del artículo 32.3 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

SEGUNDA.- El contrato se adjudicó por Acuerdo de 28 de octubre de 2014 de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Getafe, por lo que resulta de aplicación la normativa contenida en el Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSPP). Igualmente en materia de procedimiento debe acomodarse a las prevenciones del citado texto refundido así como al Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la LCSP y el 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 (RGLCAP).

En materia de procedimiento, la resolución de contratos administrativos exige atenerse a lo previsto en los artículos 211 y 225.3 del TRLCSPP y, ante la falta de desarrollo reglamentario de la citada ley, el artículo 109

del RGLCAP, referido específicamente al *“procedimiento para la resolución de los contratos”*.

Tratándose de un caso de resolución por demora, el artículo 213 TRLCSP prevé:

“1. En el supuesto a que se refiere el artículo anterior (demora), si la Administración optase por la resolución ésta deberá acordarse por el órgano de contratación o por aquel que tenga atribuida esta competencia en las Comunidades Autónomas, sin otro trámite preceptivo que la audiencia del contratista y, cuando se formule oposición por parte de éste, el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva”.

De la citada normativa resulta, aparte de la necesidad de emisión de dictamen de este Consejo Consultivo, la ineludible necesidad de dar audiencia al contratista (artículos 213 TRLCSP y 109.1.a) del RGLCAP) y al avalista si la resolución del contrato lleva aparejada la incautación de la garantía por parte de la Administración como sucedería en este caso en que se pretende la resolución del contrato por incumplimiento imputable al contratista.

La exigencia de audiencia al avalista trae causa del artículo 97.2 del TRLCSP, inserto en el Libro Primero de la Ley y, por tanto, aplicable a todos los contratos de las Administraciones Públicas, conforme al cual *“el avalista o asegurador será considerado parte interesada en los procedimientos que afecten a la garantía prestada en los términos previstos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre”* y como tal parte interesada tiene derecho a audiencia en aplicación de lo previsto en el artículo 84 de esta última norma.

De acuerdo con la normativa expuesta resulta que, en nuestro caso, se ha dado audiencia al contratista que ha manifestado su oposición a la resolución contractual proyectada, lo que hace preceptivo el dictamen de este Consejo Consultivo. Por otro lado, del expediente examinado resulta que se propone la incautación de la garantía y que la misma fue constituida mediante retención en el precio, por lo que no resulta preceptivo el trámite de audiencia al avalista.

En el ámbito de la Administración local, se establecen como necesarios para la resolución del contrato los informes de la Secretaría y de la Intervención de la corporación municipal, de acuerdo con lo previsto en el artículo 114 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril (TRRL). La referencia al informe de la Secretaría debe entenderse realizada, para el Ayuntamiento de Getafe como municipio de gran población, al informe de la Asesoría Jurídica. Consta en el expediente el informe del director de la Asesoría Jurídica emitido el 16 de marzo de 2015, dando su parecer favorable a la resolución contractual propuesta.

No consta sin embargo que haya emitido informe la Intervención de la Corporación, conforme a lo exigido en la normativa anteriormente citada. Resulta del expediente examinado que se recabó el mencionado informe al inicio del procedimiento de la resolución contractual y que la Intervención consideró que no era el momento procedimental oportuno para su emisión, pues debía recabarse una vez efectuada la audiencia al contratista. Es doctrina reiterada de este Consejo Consultivo que los informes que deben emitirse en el curso del procedimiento deben ser previos al trámite de audiencia, pues este trámite debe realizarse inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución. No obstante debió recabarse de nuevo el informe de la Intervención Municipal, que de haberse incorporado tras

las alegaciones de la empresa contratista, habría exigido un nuevo trámite de audiencia a la adjudicataria. En todo caso, la omisión de este trámite, es doctrina de este Consejo Consultivo, que se considera una mera irregularidad no invalidante del procedimiento, determinante de anulabilidad, por mor de lo dispuesto en el artículo 63.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), susceptible de subsanación.

Por otro lado, se observa que se ha incorporado al expediente un informe de 4 de mayo de 2015 de la Dirección Facultativa y otro de 5 de mayo de 2015 del jefe de la Unidad de Proyectos y Obras de Infraestructuras, una vez cumplimentado el trámite de audiencia. Ahora bien, en cuanto que no introducen ningún hecho nuevo que pueda causar indefensión a la adjudicataria, debe considerarse correctamente cumplimentado el trámite de audiencia, de acuerdo con la doctrina seguida en los dictámenes de este Consejo Consultivo 331/11, de 22 de junio, 374/11, de 6 de julio, 604/11, de 2 de noviembre y 410/13, de 25 de septiembre, entre otros.

Por lo que se refiere a la competencia para resolver el procedimiento, debe tenerse en cuenta que el contrato se adjudicó por la Junta de Gobierno Local en virtud de las competencias que resultan de lo dispuesto en la disposición adicional segunda del TRLCSP. También será la Junta de Gobierno Local el órgano competente para resolver acerca de todas las incidencias que surjan a lo largo de la vida del contrato (interpretación, modificación o extinción), conforme a lo dispuesto en el artículo 114.1 del TRRL: *“el órgano de la entidad local competente para contratar... podrá acordar su resolución...”*

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

LCAP-ni el RGCAP establecen nada al respecto, por lo que resulta de aplicación la LRJ-PAC, pues a tenor de la disposición final tercera, apartado 1, del TRLCSP, a los procedimientos regulados en esta ley se aplica con carácter subsidiario los preceptos de la Ley 30/1992, que establece un plazo de caducidad de 3 meses para los procedimientos iniciados de oficio.

Por otro lado hemos señalado en otras ocasiones que el rigor temporal que supone la necesidad de tramitar estos procedimientos en el corto plazo de tres meses, puede verse atemperado por la suspensión del procedimiento para solicitud de informes preceptivos y determinantes del contenido de la resolución, tal y como establece el artículo 42.5 c) LRJ-PAC:

“5.El transcurso del plazo máximo legal para resolver un procedimiento y notificar la resolución se podrá suspender en los siguientes casos:

c) Cuando deban solicitarse informes que sean preceptivos y determinantes del contenido de la resolución a órgano de la misma o distinta Administración, por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos. Este plazo de suspensión no podrá exceder en ningún caso de tres meses”.

En este caso, el inicio de este expediente de resolución contractual tuvo lugar el 26 de marzo de 2015 mediante Acuerdo de la Junta de Gobierno Local, y ha sido remitido al Consejo Consultivo el 15 de junio de 2015. Consta que el 11 de mayo de 2015 se resolvió suspender el procedimiento por el tiempo que mediara entre la petición de dictamen al Consejo Consultivo y la recepción del mismo, cumpliendo además con el requisito de comunicación a los interesados exigido por la LRJ-PAC. Por tanto, el

procedimiento de resolución contractual remitido se encontraría en plazo, al haberse suspendido adecuadamente su tramitación al amparo del artículo 42 de la LRJ-PAC.

TERCERA.- Analizados ya los aspectos procedimentales, procede examinar a continuación la posible concurrencia de la causa de resolución del contrato a que se refiere la consulta. El Ayuntamiento alega como causa de resolución el incumplimiento del plazo de ejecución, por causas imputables al contratista.

Como es sabido, el artículo 223 del TRLCSP establece en su letra d) como causa de resolución de los contratos “*d) La demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista*”. Este precepto debe ponerse en relación con el artículo 212.2 TRLCSP cuando establece que “*El contratista está obligado a cumplir el contrato dentro del plazo total fijado para la realización del mismo, así como de los plazos parciales señalados para su ejecución sucesiva*”, de modo que, según reza el apartado 4 del mismo precepto, “*cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiere incurrido en demora respecto al cumplimiento del plazo total, la Administración podrá optar indistintamente por la resolución del contrato o por la imposición de las penalidades diarias en la proporción de 0,20 euros por cada 1.000 euros del precio del contrato*”. Esta misma previsión quedó recogida en la cláusula 22 del PCAP que rige este contrato.

En el presente caso, se estipuló un plazo total de ejecución de tres meses y 15 días naturales, dada la mejora que ofertó la empresa contratista sobre el plazo de ejecución previsto en los pliegos (cuatro meses), plazo que se inició el día 24 de noviembre de 2014, fecha en que se levantó acta de comprobación del replanteo, por lo que el plazo de ejecución de la obra finalizó el día 9 de marzo de 2015.

Consta en el expediente examinado el acta levantada por la Dirección Facultativa en la citada fecha de finalización de los trabajos en la que se hace constar que a día 9 de marzo de 2015 se encuentran pendientes de acometer *“unidades fundamentales de la misma, como es la instalación de las pistas multideportivas objeto de Proyecto”*, así como la imposibilidad de aprobar algunas de las unidades de obra ejecutadas, como es por ejemplo el césped artificial instalado en dos de las futuras pistas multideportivas.

La empresa contratista en su escrito de alegaciones reconoce el retraso en la ejecución de los trabajos pero invoca como causa exoneratoria de su responsabilidad, en primer lugar, las condiciones climatológicas adversas durante la ejecución de los trabajos. Señala que desde el 13 de diciembre hasta bien entrado el mes de febrero, el terreno estuvo impracticable para el desarrollo de las obras, lo que hizo imposible ejecutar los trabajos previstos. Incide en que a pesar de que estas circunstancias adversas eran conocidas por la Dirección Facultativa, sin embargo se han denegado las solicitudes de aumento de plazo, y que a pesar de las condiciones climatológicas, la empresa contratista acometió los trabajos a un ritmo mucho más rápido del previsto una vez pudo acceder a la parcela.

El informe del Director Facultativo de 4 de mayo de 2015, tras el análisis de los informes mensuales climatológicos elaborados por la Agencia Estatal de Meteorología, concluye que las lluvias caídas durante el periodo alegado por la empresa contratista pueden considerarse dentro de lo normal para la zona. De los datos aportados por la empresa y los expuestos por el Director Facultativo resulta que los meses invocados por la empresa contratista fueron incluso secos para la época del año, constatándose por ejemplo en los datos de la Agencia Estatal de Meteorología que el mes de diciembre de 2014, fue el cuarto mes de

diciembre más seco de los últimos 15 años. En concreto en el municipio de Getafe solamente llovió los días 13 y 14 de diciembre.

Por otro lado en este punto resulta relevante tener en cuenta, como apunta la Dirección Facultativa, la imprevisión de la empresa contratista a la hora de elaborar su propuesta, en la que ofertó incluso una reducción del plazo de ejecución, sin tener en cuenta las inclemencias meteorológicas propias de la época del año en la que se iban a realizar los trabajos.

También resulta destacable frente a lo alegado por la empresa contratista, que siendo imposible acometer los trabajos desde el 13 de diciembre de 2014 como consecuencia de las condiciones climatológicas, según aduce, no sea hasta el 10 de febrero de 2015 cuando solicita por primera y única vez la ampliación del plazo de ejecución. Es más, según reflejan las actas de obra levantadas que figuran en el expediente, solicitados reiteradamente por la Dirección Facultativa, en primer lugar, la adopción de las medidas necesarias para dar estricto cumplimiento al Plan de Obra aprobado ante los retrasos acumulados, y posteriormente, un nuevo Plan de Obra adaptado a la situación de los trabajos, la empresa contratista no presenta hasta el 26 de enero de 2015 un nuevo Plan de Obra, en el que insiste mantener la fecha de finalización de la obra establecida contractualmente, sin solicitar ninguna ampliación.

La empresa contratista incide en sus alegaciones sobre la indefinición de las unidades de obra, como otra de las causas exculpatorias de su responsabilidad en la demora en la ejecución de los trabajos. Tales alegaciones encuentran cumplida respuesta en el informe emitido por la Dirección Facultativa con base en los datos reflejados en las actas de obra.

Así, por lo que se refiere a las pistas multideportivas, resulta que desde el acta levantada el 15 de diciembre de 2014, la Dirección Facultativa requirió insistentemente a la empresa contratista para que justificara la

solución propuesta para las citadas pistas, de manera que se pudiera comprobar que se ajustaban a las prescripciones contenidas en el proyecto. Resulta claramente de las actas levantadas que la documentación aportada por la empresa resultaba insuficiente para que la Dirección Facultativa pudiera dar su visto bueno a las pistas que la empresa contratista pretendía instalar y así se le hizo saber a la adjudicataria en múltiples ocasiones, con la advertencia de la posibilidad de incurrir en incumplimiento del plazo previsto para la terminación de las obras. De la documentación aportada resulta que no es hasta el 26 de febrero de 2015 cuando la Dirección Facultativa pudo dar el visto bueno a las pistas presentadas, una vez aportada por la empresa documentación técnica suficiente y el correspondiente certificado de conformidad con la norma europea EN 153112:2007+A1:2010 emitido por un organismo acreditado. Además en relación con las pistas multideportivas, resulta relevante lo expuesto por la Dirección Facultativa en su informe en el sentido de no haber recibido documento alguno de la empresa contratista de haber contratado el suministro de las pistas multideportivas aprobadas por la Dirección Facultativa, lo que quedó convenientemente reflejado en el acta levantada el 2 de marzo de 2015, con la consiguiente advertencia de incumplimiento del plazo contractual dado el plazo de suministro e instalación comunicado por la empresa contratista (6 semanas de fabricación y 2 semanas más para la instalación).

Por lo que se refiere a las acometidas en la parcela sobre la que se ejecutaban las obras, cuya indefinición es alegada por la empresa contratista, resulta de la documentación examinada que en el proyecto se establecía que las acometidas se realizarían siguiendo instrucciones de las compañías suministradoras. En concreto por lo que se refiere a las acometidas de electricidad, resulta del expediente que el 20 de enero de 2015 se dio traslado a la empresa contratista sobre las medidas a adoptar en relación con el alumbrado público, no recibándose respuesta inmediata

de la empresa como quedó reflejada en las actas levantadas el 26 de enero de 2015, 3 de febrero de 2015, 9 de febrero de 2015 y 16 de febrero de 2015. En esta última se hace constar que la empresa presentará medición valorada de los trabajos necesarios para ejecutar la acometida de alumbrado público conforme a las instrucciones evacuadas por la empresa suministradora, cuya aportación por la empresa contratista no quedó reflejada hasta el acta de 23 de febrero de 2015.

En cuanto al cuadro eléctrico, la empresa aduce que durante la ejecución de las obras se le plantearon dudas sobre el previsto en el proyecto. Sin embargo, de la documentación examinada y aportada por la Dirección Facultativa, resulta que en el proyecto de las obras figuraba definido el cuadro de mando para alumbrado público a instalar por la empresa contratista, que según manifiesta la Dirección Facultativa contaba con la aprobación del Departamento de Mantenimiento y Alumbrado del Ayuntamiento de Getafe. Resulta de la documentación aportada por la empresa contratista que no es hasta el 6 de marzo de 2015, a falta de tres días para la conclusión del plazo de ejecución, cuando se traslada a la Dirección Facultativa las dudas de la empresa contratista sobre el cuadro eléctrico incluido en el proyecto.

Finalmente la empresa aduce que las obras se encuentran ejecutadas a falta de algunas partidas, a saber, césped artificial para dos pistas, pistas multideportivas, acometidas, cuadro eléctrico y línea eléctrica de farolas. Frente a ello el acta levantada el 9 de marzo de 2015, día de finalización del plazo de ejecución, refleja no solo que quedan por acometer unidades calificadas como “*fundamentales*”, como son las pistas multideportivas que constituyen el objeto del proyecto, sino también que algunas de las unidades ejecutadas no pueden ser aprobadas por la Dirección Facultativa. Entre ellas, el césped artificial instalado en las pistas 1 y 2, pues según orden dada por la Dirección Facultativa el día 5 de marzo de 2015 y

reflejada en el acta de 9 de marzo de siguiente, la empresa debía proceder al levantado y retirada de dicho césped dada la comprobada *“incompatibilidad entre la existencia de dicho césped y los posteriores trabajos de montaje e instalación de las pistas multideportivas objeto de proyecto”*. En el acta de 9 de marzo de 2015 se adjuntan fotografías que muestran camiones grúa trabajando sobre el césped instalado, lo que junto con los trabajos pendientes (instalación de pistas multideportivas), en palabras de la Dirección Facultativa, acabará *“afectando, inevitablemente, la integridad del césped instalado”*.

De lo expuesto se deduce claramente que ha existido una dejación por parte de la empresa contratista de la obligación de cumplir el contrato dentro del plazo total fijado para la realización del mismo. Ello se traduce en un incumplimiento por parte de la empresa adjudicataria, desde el inicio, de los plazos que rigen el mismo, así como la ausencia de una dedicación suficiente de los medios humanos y materiales al cumplimiento del contrato, como aparece reflejado en las actas de obra en las que se constata el requerimiento reiterado de la Dirección Facultativa de poner a disposición de la obra los medios materiales y humanos necesarios para dar estricto cumplimiento al Plan de Obra aprobado.

Resulta indudable que la ejecución de las obras en el plazo previsto resulta un requerimiento exigible a la empresa contratista en base a las condiciones que rigieron en su día la adjudicación del contrato, máxime si se tiene en cuenta que uno de los criterios que determinó la adjudicación a su favor fue la reducción en el plazo de ejecución que ofertó la empresa contratista.

De la abundante documentación aportada por el Ayuntamiento, en particular las actas de obra levantadas durante la ejecución de los trabajos, debe considerarse acreditada la existencia del incumplimiento del plazo de ejecución, y que el mismo es imputable a la empresa contratista, sin que

las causas exculpatorias aducidas pueden tener favorable acogida en base a la cumplida información suministrada por la Dirección Facultativa de las obras, y que hemos ido desgranado a lo largo del presente dictamen.

Por lo que se refiere a la entidad del incumplimiento, dado que la obra no ha finalizado en el plazo contractualmente establecido, resulta que no estamos ante un "*simple retraso*" del contratista, sino de un incumplimiento a él imputable por su pasividad culposa o negligente. Es más, el contratista incide en la indefinición de algunas partidas, entre ellas la fundamental relativa a las pistas multideportivas, ya que en sus alegaciones señala que el modelo presentado por la empresa y aprobado por la Dirección Facultativa no cumple con los criterios exigidos, por lo que cabe apreciar una voluntad reticente al cumplimiento del contrato en los términos pactados.

En definitiva, entendemos que procede la resolución contractual por incumplimiento de la empresa contratista de su obligación de ejecutar el contrato en plazo, al amparo de lo establecido en el artículo 223 d) del TRLCSP ("*la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista*"), incumplimiento que ha de calificarse como culpable.

CUARTA.- Vista la procedencia de la resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista, debemos analizar seguidamente los efectos que se siguen de esta resolución.

En cuanto a los efectos de la resolución el artículo 225.3 del TRLCSP, establece lo siguiente:

“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”.

Es doctrina de este Consejo Consultivo que 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 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 no ha llevado a cabo ninguna valoración de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento en la ejecución de las obras imputable al contratista. Por ello la Administración contratante deberá tramitar un procedimiento contradictorio con audiencia del contratista para valorar económicamente los daños y perjuicios irrogados como consecuencia del incumplimiento.

Ahora bien no podemos olvidar que el artículo 215.4 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 72.1 de la LRJ-PAC.

En mérito a lo que antecede este Consejo Consultivo extrae las siguientes

CONCLUSIONES

1^a.- El procedimiento de resolución contractual tramitado contiene una irregularidad no invalidante, susceptible de subsanación, al faltar el informe de la Intervención Municipal.

2^a.- Concorre causa de resolución del contrato por demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a 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, 8 de julio de 2015

