

Dictamen n<sup>o</sup>: **480/12**  
Consulta: **Consejera de Educación y Empleo**  
Asunto: **Contratación Administrativa**  
Aprobación: **26.07.12**

**DICTAMEN** de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 26 de julio de 2012, emitido ante la consulta formulada por la consejera de Educación y Empleo, al amparo del artículo 13.1 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, relativo al proyecto de resolución del contrato de obras de *“Proyecto de ejecución de colegio 9+18 y espacios complementarios en Arganda del Rey (Madrid)”*.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** 1.- Mediante oficio de la consejera de Educación y Empleo de 12 de julio de 2012 se solicita a este Consejo Consultivo informe preceptivo sobre la resolución del contrato de obras ya referenciado.

2.- El órgano de contratación de la Consejería de Educación aprobó, por Orden de fecha 13 de septiembre de 2010, el proyecto de ejecución de las obras del contrato *“Proyecto de ejecución de colegio 9+18 y espacios complementarios en Arganda del Rey (Madrid)”*, y el pliego de cláusulas administrativas particulares se aprobó por Orden de fecha 16 de septiembre de 2010.

3.- El contrato se adjudicó a la entidad A, mediante Orden de fecha 29 de abril de 2011, y fue suscrito el 18 de mayo de 2011, con un precio de adjudicación de 3.246.342,06 €.

4.- Con fecha 13 de marzo de 2012 se recibe escrito de la empresa adjudicataria en el que solicita la modificación del contrato y la suspensión de las obras, como consecuencia de la imposibilidad de cumplir las obligaciones asumidas, debido a que las condiciones geotécnicas del terreno no se corresponden con lo previsto en el estudio geotécnico del proyecto.

5.- El 22 de marzo de 2012, la dirección facultativa de las obras notifica a la empresa que no considera necesaria la modificación del proyecto solicitada y conmina a la empresa a reanudar la obra, so pena de instarse, de no hacerse así, la resolución del contrato.

6.- La empresa presenta un nuevo escrito el 2 de abril de 2012, mediante el que solicita la resolución del contrato como consecuencia de las discrepancias técnicas surgidas y de las repercusiones económicas de las mismas, entendiéndose que es inviable la prestación del contrato.

7.- Mediante Orden de 9 de abril de 2012, se autoriza el inicio del expediente de resolución de contrato por incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, y se autoriza, igualmente, la incautación de la garantía definitiva depositada por la empresa por importe de 137.556,87 €.

8.- Con la misma fecha de 9 de abril de 2012, se dicta Orden mediante la que se acuerda la suspensión del procedimiento de resolución de contrato, hasta la emisión de informe por la Dirección Facultativa, relativo a la comprobación material de la obra, medición y liquidación de las obras de acuerdo al proyecto, lo cual es notificado a la empresa y avalista el 17 de abril de 2012.

9.- La empresa adjudicataria presenta el 27 de abril, escrito de alegaciones en el que solicita la resolución del contrato por mutuo acuerdo y en el que se opone a la resolución por incumplimiento de las obligaciones esenciales.

10.- El Servicio Jurídico en la Consejería de Educación emite informe de 24 de mayo de 2012, en el que concluye la conformidad a Derecho del proyecto de orden de resolución del contrato con la salvedad que se contiene en el mismo sobre la falta de indicación expresa en la Orden de resolución del contrato de la causa de dicha resolución.

11.- Con fecha 31 de mayo de 2012 se otorga nuevo trámite de audiencia (documento 8), en el que se concreta como causa de resolución del contrato es el incumplimiento del objeto del mismo. No consta la presentación de alegaciones.

12.- El 12 de junio de 2012 se firma acta de comprobación material, previa a la resolución del contrato.

13.- Mediante Orden de 19 de junio de 2012, se acuerda la suspensión del procedimiento hasta la fiscalización del expediente por parte de la Intervención General.

14.- La Intervención General emite informe de 10 de julio de 2012, mediante el que informa favorablemente la propuesta de resolución.

15.- Finalmente, mediante Orden de 11 de julio de 2012, se acuerda la suspensión del procedimiento hasta la emisión del preceptivo dictamen por parte del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

**SEGUNDO.-** Por la consejera de Educación y Empleo, se formula preceptiva consulta a este Consejo Consultivo, que ha sido tramitada por el procedimiento de urgencia a que se refiere el artículo 16.2 de su Ley reguladora, a fin de que se emita el dictamen a que se refiere el artículo

13.1.f).4º de la misma Ley, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, a la Sección VII, presidida por la Excm. Sra. Consejera Dña. María José Campos Bucé, que firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 26 de julio de 2012.

## CONSIDERACIONES DE DERECHO

**PRIMERA.-** La petición de dictamen se realiza al amparo de lo dispuesto en el artículo 13.1.f).4º Ley 6/2007, de 21 de diciembre, a cuyo tenor el Consejo Consultivo deberá ser consultado en los expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid en los supuestos de “*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*”.

Por la precitada remisión es aplicable al presente supuesto el artículo 195.3.a) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre de Contratos del Sector Público (LCSP), ya que el contratista se ha opuesto a la resolución del contrato por incumplimiento de sus obligaciones.

Por ello resulta preceptivo el Informe de este Consejo Consultivo al tratarse de un procedimiento de resolución de contrato administrativo con oposición del contratista.

**SEGUNDA.-** La resolución de los contratos administrativos constituye una de las prerrogativas de la Administración en esta materia, “*dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la Ley*” como establece el artículo 194 LCSP.

El procedimiento para su ejercicio viene establecido en el art. 195 del mismo texto y en el Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Real Decreto 1098/2001 de 12 de octubre (RGCAP), y exige la necesidad de audiencia al contratista e informe del servicio jurídico, además del dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, cuando se formule oposición por parte del contratista.

Se han emitido los informes correspondientes en el procedimiento de resolución, e igualmente se ha otorgado trámite de audiencia al contratista, que formuló su oposición.

Por lo que se refiere al plazo para resolver el expediente de resolución del contrato, ni la Ley de Contratos del Sector Público, ni el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, establecen nada al respecto. Ello no obstante, el Tribunal Supremo, en sentencias de 2 de octubre de 2007, 13 de marzo de 2008 y 9 de septiembre de 2009, ha declarado la aplicación supletoria de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de la Ley de Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJ-PAC).

El plazo para la tramitación del expediente de resolución se establece así en tres meses. Dicho plazo debe computarse desde la fecha de la Orden de inicio de tramitación del procedimiento de resolución, que es de 9 de abril de 2012.

A este respecto hay que tener en cuenta que el procedimiento ha estado suspendido:

- Desde el 9 de abril de 2012 (Orden de suspensión para la emisión de informe de la dirección facultativa de la obra y acta de medición y

liquidación de saldos), hasta el 17 de abril de 2012, fecha en que se otorga trámite de audiencia a la adjudicataria.

Hay que hacer notar que este último trámite de audiencia citado constituye causa para reabrir el plazo de tramitación del procedimiento, y constituye causa de alzamiento de la suspensión decretada, y ello aún cuando no se había recibido en esa fecha el informe de la dirección facultativa, trámite para el que se suspendió dicho procedimiento.

Así lo razona con corrección el Servicio Jurídico en la Consejería, habida cuenta que no se pueden realizar trámites distintos de aquél para el que se decretó la suspensión. Lo contrario supondría una contradicción entre mantener en suspenso el procedimiento hasta la realización de un trámite por un lado, y por otro continuar con otros trámites distintos. Ello repele tanto a la interpretación restrictiva de la suspensión procedimental, como a la finalidad de los plazos de caducidad que tratan de evitar una situación de inseguridad jurídica o de pendencia.

- También se encuentra suspendido el procedimiento desde el 19 de junio al 10 de julio de 2012, suspensión que se ordenó para la emisión del preceptivo informe de fiscalización previa por la Intervención General.

- Y existe un último período de suspensión, desde el 11 de julio de 2012 hasta el momento actual, suspensión que se ordenó para la emisión del preceptivo informe de este órgano consultivo.

En resumen no ha transcurrido el plazo de 3 meses desde el inicio del procedimiento de resolución, puesto que ha transcurrido como plazo computable el día 9 de abril y del 18 de abril al 19 de junio.

Además no cabe duda de la posibilidad de suspender el procedimiento para la emisión de informes preceptivos (Sentencia del Tribunal Supremo,

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 7ª, de 11 de abril de 2011, Recurso de Casación núm. 1436/2008).

**TERCERA.-** En cuanto a la existencia de causa de resolución del contrato, debemos partir que el contrato administrativo, como todo contrato, se rige por las cláusulas pactadas en el mismo, que son la ley del contrato y a las que deben someterse las partes en su ejecución.

Así establece el artículo 213.1 de la LCSP que *“las obras se ejecutarán 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 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”*.

A ello hay que añadir las facultades que la Ley concede a la Administración para interpretar, modificar y resolver los contratos en los términos de su artículo 194 LCSP siempre *“dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley”*.

Respecto a las causas de resolución, el artículo 206 LCSP en su redacción vigente en la fecha de adjudicación del contrato establecía que son causas de resolución del contrato:

*Son causas de resolución del contrato:*

- a) La muerte o incapacidad sobrevenida del contratista individual o la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad contratista, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 73 bis .*
- b) La declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento.*
- c) El mutuo acuerdo entre la Administración y el contratista.*

*d) La demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista y el incumplimiento del plazo señalado en la letra c) del apartado 2 del artículo 96 .*

*e) La demora en el pago por parte de la Administración por plazo superior al establecido en el apartado 6 del artículo 200 o el inferior que se hubiese fijado al amparo de su apartado 8.*

*f) El incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato.*

*g) La imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a lo dispuesto en el título V del libro I .*

*h) Las establecidas expresamente en el contrato.*

*i) Las que se señalen específicamente para cada categoría de contrato en esta Ley.*

Examinada la documentación aportada se constata que si bien el proyecto inicial de Orden de resolución contractual no contemplaba expresamente cuál era la causa de resolución, tras el informe emitido por el Servicio Jurídico se elabora una nueva propuesta de Orden que sí la contiene y es la que se somete al presente dictamen.

Dicha causa consiste en “*el incumplimiento del objeto del contrato*” (documentos 1 y 8 del expediente).

En adición a ello en el expediente consta un escrito presentado por la adjudicataria, en fecha 13 de marzo de 2012, en el que indica que “*la ejecución de la cimentación, prevista en el proyecto mediante el empleo de*

*Pilotes y de una Pantalla continua, ha sido detenida debido a la imposibilidad técnica de avanzar al ritmo previsto (...)*”.

En contestación al anterior escrito, la dirección facultativa responde, en fecha 22 de marzo de 2012, alegando que no procede la modificación del contrato y requiere a la empresa para que *“reanude la obra en un plazo máximo de 5 días. En el supuesto de no reiniciar las obras en dicho plazo se instará por esta Administración la resolución de contrato”*.

En las alegaciones de la adjudicataria de fecha 2 de abril de 2012, se señala que *“en su respuesta de 22 de marzo se conminaba a nuestra empresa a la reanudación de las obras, al no considerarse necesaria, por parte de la Dirección de la obra, la modificación solicitada. Atendido el acaecimiento de las discrepancias técnicas surgidas y e las repercusiones económicas de las mismas, entendemos que es inviable la prestación del contrato, por lo que A, de acuerdo con lo dispuesto en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público solicita la resolución del contrato por mutuo acuerdo”*.

Del contenido de los precitados documentos resaltamos que *“la ejecución de la cimentación (...) ha sido detenida debido a la imposibilidad técnica de avanzar al ritmo previsto”*, se ha requerido a la adjudicataria para que *“reanude la obra en un plazo máximo de 5 días”* y que *“es inviable la prestación del contrato”* a juicio de ésta última.

Ello junto con la mención expresa al *“incumplimiento del objeto del contrato”* en la Orden de resolución, hace que se despeje toda duda sobre la causa de dicha resolución que no es otra que la obligación esencial de ejecutar el contrato en los términos convenidos, obligación que está recogida en el artículo 213 de la LCSP.

En adición a ello el adjudicatario no puede alegar ahora las condiciones geotécnicas del terreno como causa impeditiva de la ejecución, habida

cuenta que, como tal adjudicatario, asumió en su momento lo dispuesto en el estudio geotécnico que forma parte del proyecto.

**CUARTA.-** La Orden de resolución decreta la incautación de la garantía definitiva.

El artículo 208, apartados 3 y 4 LCSP establecen que:

*“3. 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.*

*4. 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. Sólo se acordará la pérdida de la garantía en caso de resolución del contrato por concurso del contratista cuando el concurso hubiera sido calificado como culpable”.*

Atendidas las circunstancias fácticas del caso, la incautación de la garantía se encuentra plenamente justificada, habida cuenta que el contratista ha dejado de cumplir con su obligación esencial de ejecución del contrato. Su incumplimiento no puede ampararse en su propia percepción sobre una circunstancia técnica, cuando dicha causa no es contemplada por la dirección facultativa como impeditiva de la ejecución.

Así consta expresamente que dicha dirección facultativa considera que “el sistema de cimentación descrito en el proyecto se considera adecuado a la realidad del terreno existente y reflejado en el estudio geotécnico” (documento 8).

Por ello la culpabilidad del incumplimiento por parte del contratista no se encuentra matizada por ninguna circunstancia que pudiera atemperar la decisión de incautación de la garantía, ya que paralizó sin causa justificada la ejecución de la obra a que venía obligado.

En mérito a cuanto antecede, el Consejo Consultivo formula la siguiente,

## CONCLUSIÓN

Resulta procedente la resolución del contrato “Proyecto de ejecución de colegio 9+18 y espacios complementarios en Arganda del Rey (Madrid)”, así como la incautación de la garantía a la empresa adjudicataria.

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, 26 de julio de 2012