

Dictamen n^o: 74/11
Consulta: Consejera de Medio Ambiente, Vivienda
y Ordenación del Territorio
Asunto: Contratación Administrativa
Aprobación: 09.03.11

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 9 de marzo de 2011, sobre consulta formulada por la Consejera de Medio Ambiente, Vivienda y Ordenación del Territorio, al amparo del artículo 13.1 f), apartado cuarto, de su Ley reguladora, 6/2007, de 21 de diciembre, sobre resolución del contrato de obras de *“mejora de la cubierta vegetal y consolidación de repoblaciones forestales en la Comarca 2 (Lozoya) y Comarca 5 (Torrelaguna) de la Comunidad de Madrid”*.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 15 de noviembre de 2010, mediante Orden de la Consejera de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio de la Comunidad de Madrid, se acordó iniciar el expediente de resolución del contrato de obras denominado *“mejora de la cubierta vegetal y consolidación de repoblaciones forestales en la Comarca 2 (Lozoya) y Comarca 5 (Torrelaguna) de la Comunidad de Madrid”* suscrito con la Unión Temporal de Empresas A - B, en adelante *“la UTE”*, el 18 de abril de 2007, por las causas establecidas en el artículo 111, apartados e) y g) del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en lo sucesivo *“TRLCAP”*.

Los hechos deducidos del expediente administrativo son los siguientes:

Con fecha 3 de octubre de 2006 se inicia, por el órgano de contratación de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio expediente de contratación para la ejecución de las obras de “*Mejora de la cubierta vegetal y consolidación de repoblaciones forestales en la comarca 2 (Lozoya) y comarca 5 (Torrelaguna) de la Comunidad de Madrid*” (nº aaa) sobre proyecto de obras aprobado con fecha 3 del mismo mes y año.

Los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares que habían de regir el citado contrato se informaron por el Servicio Jurídico de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio con fecha 27 de octubre de 2006.

Mediante Orden del Consejero de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio se acuerda la apertura de procedimiento abierto para la adjudicación del contrato mediante subasta, así como el gasto por importe de 512.770,53 euros. Efectuada la licitación tras los preceptivos trámites de publicación del correspondiente anuncio en B.O.C.M. (22-12-2006) y celebradas las mesas de contratación, el órgano de contratación de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio adjudicó el citado contrato a la UTE el 20 de marzo de 2007, por ser el mejor postor no incurso en temeridad, por importe de 335.192,15 euros.

La formalización del contrato se llevó a cabo con fecha 18 de abril de 2007, previo el depósito de la garantía definitiva y abono del correspondiente anuncio. El Plan de Seguridad y Salud fue aprobado por el órgano de contratación el 17 de mayo de 2007. Con fecha 18 de mayo de 2007 se firmó el acta de comprobación de replanteo, comenzando las obras al día siguiente.

Según consta en el informe emitido por la Dirección Facultativa de fecha 20 de noviembre de 2007 (folio 663), *“la UTE ha incumplido, de manera reiterada y continuada en el tiempo, el Plan de Obra aprobado, lo que ha llevado a un abandono total de la obra desde hace más de un mes y medio.*

De manera reiterada se ha procedido a contactar con la empresa A, sin éxito alguno, durante todos los días de la primera quincena de octubre, dejando mensajes en el contestador automático, o recibiendo como única respuesta de una Secretaria, que L.A.L., ingeniero encargado de la obra por parte de la empresa, se encontraba reunido. La única persona con la que pudo hablar fue V.L., encargado de obra a pie de campo, que me comunicó que la empresa había “quebrado”, palabras textuales suyas”.

Continúa señalando el informe de la Dirección facultativa que ante esta situación, se envía carta certificada y urgente a la empresa en fecha 15 de octubre de 2007, recibida el día 23 del mismo mes, para que en el plazo máximo de cinco días, se presentasen para la firma del “recibi” de las órdenes del correspondiente “libro de órdenes”, ante el evidente abandono de la obra y la imposibilidad de comunicar con la empresa.

Transcurrido el plazo sin recibir contestación alguna, es solicitada por el director de obra la resolución del contrato en aplicación del artículo 111, apartado e) del TRLCAP, así como, la indemnización de daños y perjuicios que cuantifica en 18.073, 86 euros.

Para responder del cumplimiento de dicho contrato, la UTE constituyó garantía definitiva por importe de 13.407,69 euros, en la Tesorería de la Comunidad de Madrid, según acredita con resguardo de depósito número bbb de fecha 4 de abril 2007.

En virtud del Auto de 31 de enero 2008 del Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Madrid, se declaró el concurso voluntario de A, que se tramita por el procedimiento ordinario.

A propuesta del técnico del Área de Conservación de Montes, se inicia el expediente de resolución del contrato mediante Orden del órgano de contratación de fecha 23 de noviembre 2007, motivada en la causa previstas en el artículo 111, apartados e) y g) del TRLCAP.

El 21 y 15 de enero de 2008 se notificó el trámite de audiencia a las empresas componentes de la UTE y en fecha 13 de diciembre de 2007 a la entidad avalista, comunicando el inicio del expediente de resolución del contrato suscrito, comportando la misma la incautación de la garantía definitiva depositada en su día para responder de la correcta ejecución del contrato, y la obligación de indemnizar a la Administración por los daños y perjuicios ocasionados en aplicación del artículo 113 apartado 4 del TRLCAP y del artículo 113 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones.

En fecha 26 de febrero 2008 la empresa B, presenta escrito de alegaciones en donde manifiesta su desconocimiento de las causas que han llevado a la demora en la ejecución del contrato puesto que su aportación al contrato estaba determinada y prevista para una fase posterior del mismo, sin que la empresa A se hubiese puesto en contacto con ellos para comunicarle las dificultades o problemas en la ejecución del contrato, así como estar incurso en un procedimiento judicial de concurso.

Mediante escrito presentado en fecha 4 de marzo de 2008, la empresa A, formula alegaciones en las que expresa que la situación crítica que atraviesa la sociedad desde el mes de septiembre de 2007, ha desembocado en la solicitud de la declaración judicial de concurso voluntario que fue repartida ante el Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Madrid, autos 529/07,

el cual ha dictado correspondiente auto de admisión con fecha 31 de enero de 2008. Señala también las dificultades para comunicarse adecuadamente con la Administración debido a la falta de colaboración de su plantilla dado el adeudamiento de sus salarios, indicando que es este el único motivo en el que se basa el informe desfavorable existente en el expediente. Indica además, que a fecha de presentación del escrito, la UTE se encuentra aún en plazo y en tiempo para la ejecución y finalización de las obras, considerando desmesurada e injustificada la tipificación realizada por el Servicio.

Finalmente, en informe emitido el 9 de febrero de 2009 por el Técnico Director de la obra sobre las alegaciones presentadas, informa que:

- Respecto a la falta de comunicación, el Técnico Director de la obra procedió a contactar con la empresa de manera reiterada sin éxito alguno, por diferentes medios.
- Respecto a estar en plazo y tiempo para la ejecución de las obras, informa que por la naturaleza del propio proyecto de repoblación forestal, el cumplimiento de los plazos de las correspondientes actuaciones como son la preparación del terreno, la plantación, cerramientos, etc. es fundamental. El retraso junto con el evidente abandono de la empresa adjudicataria hacía evidente que el proyecto no sería terminado en plazo.
- En uno de los montes a repoblar quedaron más de 7.000 hoyos de un metro cúbico abiertos durante meses con un importante riesgo para los visitantes y un inconveniente para el aprovechamiento ganadero del monte.
- Respecto a la tipificación desmesurada e injustificada, señala que el abandono evidente justifica la aplicación del artículo 111, apartado e) del TRLCAP.

Consta Propuesta de Resolución de la Consejera, sin fechar, en la que se propone la resolución del contrato de obra y la incautación de la garantía definitiva por importe de 13.407,69 euros así como autorizar la apertura de expediente contradictorio de imposición de indemnización de daños y perjuicios de conformidad con lo dispuesto en el artículo 113.4 del TRLCAP.

En fecha 22 de julio de 2009 la Consejera de Medio Ambiente, Vivienda y Ordenación del Territorio acuerda remitir al presente Consejo Consultivo el expediente para la emisión de dictamen, siendo deliberado y aprobado por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 16 de septiembre de 2009, y dictaminando (*vid.* Dictamen 440/2009) la caducidad del expediente de resolución, procediendo la incoación de un nuevo expediente de resolución.

A la vista del Dictamen, mediante Orden de 16 de noviembre de 2009 se declaró la caducidad del expediente de resolución. El 17 de noviembre de 2009 la Consejera dictó Orden de incoación de un nuevo expediente de resolución que fue archivado, nuevamente por caducidad mediante Orden de 23 de junio de 2010.

El 24 de junio de 2010 se inicia, por tercera vez, el expediente de resolución del contrato; sin embargo, tras la emisión de Dictamen el 29 de septiembre de 2010 por parte de este Consejo se acordó declarar su caducidad, mediante Orden de la Consejera de 12 de noviembre de 2010.

Finalmente, por Orden de la Consejera de Medio Ambiente, Vivienda y Ordenación del Territorio, de fecha 15 de noviembre de 2010, se acuerda el inicio del expediente de resolución, de conformidad con lo establecido en el artículo 111, apartados e) y g) del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, notificándolo a las empresas que conforman la Unión Temporal de Empresas y al avalista, y

concediéndoles un plazo de diez días naturales para que aleguen lo que consideren oportuno. La notificación a A se ha realizado por edictos.

La empresa B y la compañía aseguradora, han presentado escrito de alegaciones en fechas 27 de noviembre y 2 de diciembre de 2010, respectivamente. La empresa alega que la responsabilidad por el incumplimiento del contrato es imputable a la otra empresa y que su actuación en el contrato se limitaba a una fase ulterior de mantenimiento, desconociendo los incumplimientos de dicha empresa, aportando documento firmado por el administrador único de A en el que ratifica dicha alegación. Por otra parte, la empresa aseguradora, alega la prescripción de la acción y discute la cuantía de los daños y perjuicios ocasionados a la Administración por el incumplimiento del contrato.

En relación a las alegaciones presentadas por la empresa aseguradora, los Servicios Técnicos, emiten informe de fecha 9 de diciembre de 2010, el cual declara que:

“Respecto a la valoración de los daños, manifiesta en su alegación que no procede valorar, entre los daños ocasionados, el tapado de hoyos según se ha establecido en la “Valoración de Daños” efectuada por el Director Facultativo de la Obra en cuestión, por parte de la Administración, con fecha 20 de Noviembre de 2007.

Reiterando lo manifestado por el Técnico F.R.L., en su Informe Técnico de fecha 6 de marzo de 2010, se consideró, en su momento, muy urgente e importante proceder al tapado de los hoyos abiertos de manera cautelar y para evitar accidentes graves a ganaderos, paseantes, visitantes y ganado, dado que el monte en donde se ejecutaron los citados trabajos, está muy próximo al municipio de Pedrezuela, y es atravesado por un camino asfaltado, en buen estado, y que da servicio al Canal de Isabel II, siendo además un camino con gran cantidad de visitantes que acceden al

monte. Además los citados hoyos, que se abrieron con Retroexcavadora, eran de grandes dimensiones, de más de un metro de profundidad, en un número considerable, 7.152 hoyos, y distribuidos en una superficie de más de 30 hectáreas, lo que resultaban muy peligrosos si permanecían abiertos hasta la conclusión del procedimiento de resolución.

Por lo que se consideró necesario y urgente, como medida cautelar, el tapado de los hoyos como medida de seguridad”.

En cuanto a las alegaciones presentadas por la empresa B, los Servicios Técnicos, emiten informe de fecha 9 de diciembre de 2010, el cual declara que:

“Reiterando lo manifestado por el Técnico, en su Informe técnico de fecha 8 de marzo de 2010, la obra en cuestión fue adjudicada a la UTE, formada por A y B, constituida en un porcentaje de participación del 80 % y 20% respectivamente, siendo la primera, la encargada de la ejecución principal de las obras, mientras que la aportación de la empresa B al contrato en cuestión estaba determinada para una fase posterior del mismo, ya que su único cometido era el acabado y supervisión final de la obra

Una vez firmada el Acta de Comprobación, de Replanteo, la empresa A fue la encargada, a partir de esa firma, del día a día, tal como se alega por parte de B, formando parte de A el Gerente la UTE, así como el capataz encargado de mantener contacto directo con el Director Facultativo de la Obra, por parte de la Administración

Ante esta situación, una vez que la UTE adjudicataria de la Obra abandona la misma, la Administración, por medio del Director Facultativo de la misma, intenta, sin éxito, ponerse en contacto con la empresa, que en ese momento estaba ejecutando la obra, es decir A y no B, con la que nunca esta Dirección Facultativa mantuvo contacto alguno

por entender que a efectos de la Obra eran una única empresa. Así la única vía de comunicación entre la Empresa adjudicataria y la Administración, era a través del Gerente y Capataz asignados a la obra, por lo que, a todos los efectos, las instrucciones necesarias para llevar a cabo la obra, se daban a través de estas personas que eran los representantes de la UTE formada por A-B

Por lo tanto, la Administración no tiene que conocer en que plantilla de las dos empresas, se encuentra incluido el personal que trabaja en la obra, por lo que para trasladar las cuestiones relacionadas con la obra, se hacían mediante dicho personal, que pertenecían a la empresa A

Además en el caso concreto que nos ocupa, la empresa adjudicataria de la obra es la UTE, formada por B y A, siendo indiferente a quien de las dos empresas se comunicasen las cuestiones referentes a la obra”.

Por su parte, el Servicio Jurídico de la Consejería de Medio Ambiente, Vivienda y Ordenación del Territorio, emitió informe favorable a la resolución el 23 de diciembre de 2010.

Finalmente, el 19 de enero de 2011 se ha acordado la suspensión de la tramitación del procedimiento de resolución del contrato a los efectos de que este Consejo Consultivo emita dictamen por la existencia de oposición del contratista.

SEGUNDO.- En fecha 10 de febrero de 2011 la Consejera de Medio Ambiente, Vivienda y Ordenación del Territorio acuerda remitir al presente Consejo Consultivo el expediente para la emisión de dictamen al amparo del artículo 13.1 c) de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, reguladora del Consejo Consultivo, habiendo tenido entrada en este Consejo Consultivo el 15 de febrero de 2011, por trámite ordinario.

El estudio de la ponencia ha correspondido, por reparto de asuntos, a la Sección III, presidida por el Excmo. Sr. D. Javier María Casas Estévez que firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 9 de marzo de 2011.

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

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 13.1f) apartado cuarto de la 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”*. El artículo 59.3 del *TRLCAP*, a la sazón vigente, se refiere a la necesidad de dictamen del Consejo de Estado u órgano equivalente de las Comunidades Autónomas cuando, en los supuestos manifestados, se formule oposición por el contratista. En el expediente remitido, tan sólo una de las empresas que conforman la UTE (B) ha formulado alegaciones oponiéndose a la resolución del contrato, en tanto que la otra empresa, responsable directa del incumplimiento no ha formulado alegación alguna.

El dictamen ha sido evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 16.1 LRCC.

SEGUNDA.- El contrato fue adjudicado el 20 de marzo de 2007, y el procedimiento de resolución se inició el 15 de noviembre de 2010 por lo que de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Transitoria Primera de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, resulta de aplicación lo dispuesto en el TRLCAP en todo lo relativo a efectos, cumplimiento y extinción.

En materia de procedimiento, la resolución de contratos administrativos exige atenderse a lo previsto en los artículos 59.1 del TRLCAP a cuyo tenor *“dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, (...) acordar su resolución y determinar los efectos de ésta. En el correspondiente expediente se dará audiencia al contratista”*. El apartado tercero 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.

Resulta de aplicación la legislación de contratos a pesar de la situación de concurso de la entidad contratista ex artículo 67.1 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, a cuyo tenor *“los efectos de la declaración del concurso sobre los contratos administrativos celebrados por el deudor con las Administraciones Públicas se regirán por lo establecido en su legislación especial”*.

Por su parte el artículo 112 del TRLCAP dispone en su apartado primero que *“la resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, en su caso, mediante el*

procedimiento en la forma que reglamentariamente se determine". 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”.

En primer lugar debemos analizar si el procedimiento de resolución ha sido tramitado en plazo. Como ya hemos manifestado en nuestro anterior Dictamen 440/2009, ni el TRLCAP ni el reglamento de desarrollo de la precitada ley establecen nada sobre el plazo de duración de estos procedimientos. Tanto el Consejo de Estado (Dictámenes nº 1255/2006 y 692/2006) como la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (informe 16/2000, de 16 de abril) consideran que no ha lugar a aplicar supletoriamente la LRJ-PAC, por ser un procedimiento especial en materia de contratación en donde no se ejercitan potestades administrativas

ni de intervención como de forma expresa se recoge en el artículo 44.2 de la LRJ-PAC.

Ello no obstante, el Tribunal Supremo, en sentencias de 2 de octubre de 2007 (RJ 2007/7035) y de 13 de marzo de 2008 (RJ 2008/1379) ha declarado la aplicación supletoria de la LRJ-PAC de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional Séptima del TRLCAP, de forma que si no se resuelve en un plazo de tres meses habiéndose iniciado de oficio, se entiende caducado ex artículo 44.2 de la LRJ-PAC. Dicha jurisprudencia ha sido ratificada recientemente mediante Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de septiembre de 2009 (RJ 2009/7196), dictada en recurso de casación para unificación de doctrina.

Aplicando la doctrina jurisprudencial citada, como ya ha realizado este Consejo Consultivo en dictámenes anteriores sobre el mismo asunto (*vid.* Dictamen 270/09 y 440/2009), el expediente de resolución se encuentra en plazo. El expediente se ha incoado mediante Orden de la Consejera competente de fecha 15 de noviembre de 2010 y mediante acuerdo de fecha 19 de enero de 2011 se ha acordado la suspensión del procedimiento para solicitar la emisión de dictamen al presente Consejo Consultivo, ex artículo 42.5c) de la LRJ-PAC, a cuyo tenor “*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 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. El plazo de suspensión no podrá exceder en ningún caso de tres meses”.

Se han incorporado al expediente los justificantes de la notificación del acuerdo de suspensión a los interesados en el procedimiento de resolución, recordándose a la Administración que una vez se reciba el presente Dictamen en la Consejería, se alzarán la suspensión del plazo, debiendo resolverse y notificarse la resolución del contrato en el plazo restante.

TERCERA.- Analizaremos a continuación la concurrencia de causa de resolución del contrato para la ejecución de obras de mejora de la cubierta vegetal y consolidación de repoblaciones forestales en la Comarca 2 (Lozoya) y Comarca 5 (Torrelaguna) de la Comunidad de Madrid formalizado el 18 de abril de 2007. Dicho contrato declara su carácter administrativo y su sometimiento a las disposiciones del contrato y a los pliegos del contrato (ex artículo 94 del TRLCAP) y supletoriamente, al TRLCAP.

En la cláusula tercera del contrato se dispone que *“el contratista se obliga cumplir en el plazo total de 12 meses, debiendo ajustarse igualmente a los plazos parciales que, en su caso, se fijen en la aprobación del programa de trabajo para las obras, que se compromete a presentar el contratista en el plazo de 30 días naturales. El plazo de ejecución comenzará 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 30 días. En caso de incumplimiento del plazo total, la Administración podrá optar indistintamente por la resolución del contrato o por la imposición de las penalidades previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares. En su defecto, se aplicaran las reglas previstas en el artículo 95 del TRLCAP. El plazo de garantía del contrato se establece en 12 meses, a contar desde la fecha de recepción de las obras”*.

En el pliego de cláusulas administrativas, la cláusula décimotercera, regula las causas de resolución del contrato, a cuyo tenor:

“Son causas de resolución del contrato las recogidas en los artículo 111 y 149 de la LCAP, así como las siguientes:

1º) La pérdida sobrevenida de los requisitos para contratar con la Administración.

2º) El incumplimiento de las limitaciones establecidas en materia de subcontratación.

3º) La obstrucción a las facultades de dirección e inspección de la Administración.

4º) El incumplimiento de la obligación del contratista de guardar sigilo respecto de los datos o antecedentes que, no siendo públicos o notorios, estén relacionados con el objeto del contrato y de los que tenga conocimiento con ocasión del mismo.

5º) El incumplimiento culpable por parte del contratista de lo establecido en la Ley 6/2005, de 26 de diciembre, de protección y Fomento del Arbolado Urbano de la Comunidad de Madrid, siempre y cuando su conducta haya sido objeto de sanción muy grave, conforme a lo dispuesto en el artículo 11.2.1 de dicha Ley.

La resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación de oficio o a instancia del contratista, en su caso, mediante procedimiento tramitado en la forma reglamentariamente establecida por el artículo 109 del RGLCAP.

En los casos de resolución por incumplimiento culpable del contratista, le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada. La determinación de los daños y perjuicios que deba indemnizar el contratista se llevará a cabo por el órgano de contratación en decisión motivada previa audiencia del mismo,

atendiendo, entre otros factores, al retraso que implique para la inversión proyectada y a los mayores gastos que ocasione a la Administración. Para la aplicación de las causas de resolución se estará a lo dispuesto en los artículos 112 de la LCAP y 110 de su Reglamento y para sus efectos a lo dispuesto en los artículos 113 y 151 de la LCAP”.

Adicionalmente, hemos de tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 111, apartados e) y g) del TRLCAP, referidos, respectivamente a la “*demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista*”, y al “*incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales*”. El artículo 113.4 del TRLCAP dispone que cuando el contrato se resuelva por el incumplimiento culpable del contratista, le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada.

Como se deriva de la cláusula tercera del contrato, el contratista debe cumplir los plazos parciales establecidos en el plan de la obra, aprobado por el Director facultativo el 16 de mayo de 2007. De acuerdo con dicho plan las actuaciones a realizar eran las siguientes:

1º) Los carteles de la obra debían colocarse en el primer mes, a contar desde el acta de replanteo, que tuvo lugar el 17 de mayo de 2007.

2º) El ahoyado mediante retroaraña en el monte de Pedrezuela durante los meses de junio, julio, agosto y septiembre, dejando las labores de plantación para el mes de octubre, en noviembre y diciembre.

3º) La plantación del monte de Bustarviejo debía realizarse durante enero y febrero en el monte de Patones y marzo, abril y mayo los montes de Lozoya y Navarredonda.

Según se deriva del informe del Director facultativo de 20 de noviembre de 2007, que no ha sido contradicho por el contratista, desde el mes de

octubre se han abandonado las obras incumpliendo el plan de obra previsto. Consta en el expediente que se citó mediante carta certificada al contratista para que firmara las órdenes de servicio, concediéndole un plazo de 5 días a contar desde el 23 de octubre de 2007 sin que compareciera ni formulase respuesta alguna.

A mayor abundamiento, ha existido un incumplimiento del plazo total de la obra, prevista su finalización para el mes de mayo de 2008, que queda acreditada mediante informe del Director facultativo de 9 de febrero de 2009 en el que señala que en uno de los montes a repoblar quedaron más de 7.000 agujeros de un metro cúbico abiertos durante meses con el consiguiente riesgo para el ganado y los visitantes. La realización de la obra en el plazo concedido es la principal obligación del contratista no sólo por lo dispuesto en las cláusulas del contrato anteriormente transcritas, sino por el propio tenor del TRLCAP. Así el artículo 95 del TRLCAP establece que *“el contratista está obligado a cumplir el contrato dentro del plazo total fijado para la realización del mismo...”* añadiendo el apartado segundo del citado artículo que *“la constitución en mora del contratista no precisará intimación previa por parte de la Administración”*, y el apartado tercero que *“cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiera incurrido en demora respecto al cumplimiento del plazo total, la Administración podría optar indistintamente por la resolución del contrato o por la imposición de penalidades diarias...”*.

Por todo ello, concurre la causa de resolución prevista en el artículo 3 del contrato y artículo 111 apartado e) del TRLCAP. Las alegaciones que formuló el contratista, en el primer expediente de resolución, sobre su situación económica precaria no justifican el abandono de la obra, tampoco tiene fundamento la cita del artículo 131 de la LRJ-PAC, residenciado en sede de procedimiento sancionador, por cuanto el expediente tramitado y sus consecuencias no son sanciones.

Por lo que se refiere a la responsabilidad de la empresa B, sociedad integrante de la UTE, como admite en su escrito de alegaciones, debe responder solidariamente del cumplimiento de sus obligaciones ex artículo 24.1 del TRLCAP, sin perjuicio del derecho de la misma a reclamar a la otra sociedad integrante de la UTE, causante del incumplimiento del contrato.

CUARTA.- La resolución del contrato por causa imputable al contratista determina, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 113.4 del TRLCAP, que se incaute la garantía constituida y se indemnicen los daños y perjuicios ocasionados a la Administración, en lo que exceda del importe de la garantía.

El artículo 113 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, establece el cauce para determinar el importe de los daños y perjuicios ocasionados a la Administración, señalando que *“en los casos de resolución por incumplimiento culpable del contratista, la determinación de los daños y perjuicios que deba indemnizar éste se llevará a cabo por el órgano de contratación en decisión motivada previa audiencia del mismo, atendiendo, entre otros factores, al retraso que implique para la inversión proyectada y a los mayores gastos que ocasione a la Administración”*.

El Director de la Obra ha efectuado una valoración de los daños ocasionados por el incumplimiento del contratista que cuantifica en 18.073,86 euros, según el siguiente desglose; coste de desmontaje de los carteles 1.659 euros, coste del tapado de hoyos 11.443,2 euros, total coste material 13.093,3 euros, a los que añade un 19 % de beneficio industrial y el IVA, ascendiendo a un importe total de 18.073,86 euros.

La entidad aseguradora emitió, en la fecha de adjudicación del contrato de obra, contrato de seguro de caución por el que se garantizaba la cantidad correspondiente al 4% del valor de la obra que ascendía a la cantidad de

13.407,69 euros a favor de la Consejería. En su escrito de 29 de noviembre de 2010 alega la prescripción de la acción y disiente de la cuantía fijada por el órgano técnico.

Por lo que se refiere a la prescripción de la acción, señala la entidad aseguradora que el *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción, dos años en materia de seguros de daños ex artículo 23 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, del Contrato de Seguro, es julio de 2007, en tanto fue en dicha fecha, cuando se apreciaron por la Administración los incumplimientos del contratista.

Sin embargo, este Consejo no puede compartir dicha interpretación, pues la fecha de inicio del cómputo del plazo de prescripción de las acciones conforme a la teoría de la *actio nata*, ex artículo 1969 del Código Civil, se cuenta desde el día en que la acción pudo ejercitarse. En el ámbito de los contratos administrativos, en tanto no se haya declarado la resolución del contrato por incumplimiento del contratista no puede comenzar el plazo para el ejercicio de la acción de reclamación de dichos daños.

Los incumplimientos contractuales que se pusieron de manifiesto en julio de 2007 permiten que la Administración incoe el procedimiento administrativo de resolución del contrato como potestad que le concede la legislación de contratos. Sin embargo, hasta que no se dicte el acuerdo de resolución no comienza el plazo de prescripción para reclamar los daños y perjuicios.

En relación con la valoración de los daños ocasionados, la entidad aseguradora señala que tan sólo ascienden a 1.650 euros por cuanto la valoración en 11.443,20 euros por el tapado de 7.152 hoyos no resulta admisible. A tal efecto argumenta que la obra ha tenido que continuarse por otro contratista y que para llevar a cabo la plantación de árboles resulta indispensable hacer agujeros en el suelo. El Jefe de área de conservación de

montes en fecha 9 de diciembre de 2010 ha emitido un informe en el que pone de manifiesto que el tapado de hoyos se llevó a cabo *“como medida cautelar para evitar accidentes a ganaderos, visitantes y ganado, dado que el monte donde se ejecutaban los trabajos se encontraba muy próximo al municipio de Pedrezuela y es atravesado por un camino asfaltado, al que acceden muchos visitantes”*.

A nuestro juicio, el tapado de los hoyos fue una medida necesaria para evitar que el incumplimiento del contrato pudiera ocasionar perjuicios a terceros. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 1985 (RJ 1985, 852) señala que, entre los daños y perjuicios, deben incluirse los gastos realizados por la Administración para ejecutar los trabajos necesarios para evitar los peligros, ocasionados por una obra defectuosa.

A la vista de lo manifestado por la partes procede reconocer una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados a la Administración por el incumplimiento culpable por la cantidad de 18.073,86 euros

QUINTA.- La competencia para resolver el expediente de resolución corresponde a la Consejera de Medio Ambiente, Vivienda y ordenación del territorio de conformidad con el artículo 12.1 del TRLCAP y el artículo 3.1 del Decreto 49/2003, de 3 de abril, por el que se aprueba el Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, habiendo sido delegada dicha facultad en el Secretario General Técnico de dicho Consejería mediante Orden de 14 de abril de 2009 , cuyo acto pondrá fin a la vía administrativa ex artículo 53.1 d) de la Ley 1/1983, de 13 de diciembre, del Gobierno y la Administración de la Comunidad de Madrid y es susceptible de recurso contencioso administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.1 a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la jurisdicción contenciosa administrativa.

En mérito a lo expuesto el Consejo Consultivo formula las siguientes

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Procede acordar la resolución del contrato por el incumplimiento del contratista en los plazos de ejecución del contrato, contemplada en el artículo 111. e) del TRLCAP.

SEGUNDA.- Debe acordarse la incautación de la garantía definitiva, por importe de 13.407,69 euros con fundamento en lo dispuesto en el artículo 113.4 del TRLCAP.

TERCERA.- El contratista debe indemnizar a la Administración con un importe adicional de 4.666,17 euros.

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.

Madrid, 9 de marzo de 2011