

Dictamen n^o: **115/13**
Consulta: **Alcalde de Collado Villalba**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **03.04.13**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 3 de abril de 2013, emitido ante la consulta formulada por el alcalde de Collado Villalba 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 expediente sobre resolución del contrato de *“Obras de ejecución de la Escuela Infantil en calle Fuente del Álamo en Collado Villalba”*, celebrado con la empresa A (en adelante *“la contratista”*) por incumplimiento culpable de la contratista.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 5 de febrero de 2013 tuvo entrada en el registro del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid una solicitud de dictamen preceptivo cursada a través del consejero de Presidencia, Justicia y portavoz del Gobierno, acerca de la petición procedente del Ayuntamiento de Collado Villalba, firmada por su Alcalde-Presidente, relativa al expediente de resolución del contrato de *“Obras de ejecución de la Escuela Infantil en calle Fuente del Álamo en Collado Villalba”*, por incumplimiento culpable de la contratista, celebrado con la entidad anteriormente citada.

Admitida a trámite con esa misma fecha se procedió a dar entrada en el registro con el número de expediente 42/13, iniciándose el cómputo del

plazo para la emisión del dictamen, tal como dispone el artículo 34 apartado 1 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por el Decreto 26/2008, de 10 de abril, cuyo vencimiento se fijó el 12 de marzo de 2013.

Ha correspondido su ponencia a la Sección VII, presidida por la Excm. Sra. Dña. María José Campos Bucé. En su ausencia, la oportuna propuesta de dictamen fue defendida por la Consejera, Sra. Laina, siendo deliberada y aprobada, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 3 de abril de 2013.

El escrito solicitando el dictamen fue acompañado de diversa documentación. Con fecha 15 de febrero se solicitó documentación adicional que fue parcialmente remitida a este Consejo el día 11 de marzo ampliándose el plazo para emitir el presente dictamen al 9 de abril de 2013.

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

La Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Collado Villalba, celebrada el 14 de mayo de 2002 acordó aprobar el expediente de contratación y disponer la apertura del procedimiento de adjudicación, convocando concurso para la adjudicación del contrato de ejecución de las *“Obras de Ejecución de Escuela Infantil en calle Fuente el Álamo de Collado Villalba”* con arreglo al Proyecto Técnico y al Pliego de Cláusulas Administrativas que quedaron aprobadas en el acuerdo.

Valoradas las ofertas presentadas, el día 3 de septiembre de 2002 la Comisión de Gobierno acordó adjudicar el contrato a la empresa A, por un importe de un millón sesenta y siete mil novecientos ochenta y tres euros y ochenta y un céntimos (1.067.983,81 euros) IVA incluido y con un período de ejecución de 7 meses.

Una vez notificado el acuerdo de adjudicación a los participantes en el procedimiento de licitación y acreditada la constitución de la garantía definitiva por importe de cuarenta y dos mil setecientos diecinueve euros y treinta y cinco céntimos (42.719,35 euros), se firmó y formalizó el contrato administrativo entre la contratista y el Alcalde-Presidente de Collado Villalba el día 13 de noviembre de 2002.

En la cláusula tercera del contrato figura que el plazo de ejecución de la obra es de siete meses, a partir de la firma del acta de comprobación del replanteo (folios 1-4).

El día 13 de noviembre de 2002 se levantó el acta de comprobación de replanteo e inicio de obras (folio 44), quedando demostrada la disponibilidad de los terrenos y la viabilidad geométrica del proyecto.

El 9 de diciembre de 2002 se efectúa la primera visita a la obra a la cual asisten, además de la dirección de obra y ejecución, los representantes de la administración y de la contratista. La contratista entrega el Plan de Seguridad y Salud e informa a la Dirección Facultativa de la inviabilidad de la cimentación proyectada debido a la diferencia de cotas en la parcela, manifestando que: *“En los últimos días se ha procedido a la realización, por parte de la Empresa Constructora, de un levantamiento topográfico del solar, el cual, según verbalmente informa la jefatura de obra, arroja un desnivel máximo entre la esquina superior derecha y la inferior izquierda según se observa el solar frontalmente de 3,50 m”*. La Dirección Facultativa solicita una copia del levantamiento topográfico (folio 45).

En la reunión de obra del 16 de diciembre de 2002 se entrega por parte de la contratista a la dirección de obra un borrador de plano topográfico en el que queda reflejado que existe una diferencia de cota entre la inferior izquierda del solar y la zona superior derecha de aproximadamente 4 metros. Añade que *“en relación a la situación del edificio y zonas*

ajardinadas, se observa en la realidad física de la obra, que el edificio colindante -Centro de Salud de la C.A.M.- ocupa longitudinalmente un ancho de 5,00 m. del solar perteneciente al edificio a ejecutar. Se investigarán las causas y los condicionantes de este particular”.

El informe pone de manifiesto las diferencias existentes entre la planimetría de la parcela existente y la proyectada y la falta de correspondencia de la altimetría del edificio proyectado con la propia del solar (folio 46).

La contratista comunica el cierre de la obra en el periodo navideño desde el 16 de diciembre de 2002 al 7 de enero de 2003.

El 20 de enero de 2003 se entrega a la contratista el plano de cimentación modificado, adaptándolo a las cotas del terreno (folio 48) y el 27 de enero el acta de aprobación del Plan de Seguridad y Salud.

El 10 de febrero de 2003 la Dirección Facultativa decide cambiar la solución de ejecución de la cimentación y modificar la red de saneamiento. En la reunión de obra de ese día, la Dirección Facultativa muestra su “*clara disconformidad*” con las actuaciones unilaterales efectuadas por la constructora a los efectos de reducir la cota del nivel freático (folio 105).

En reunión celebrada el 17 de febrero de 2003, la empresa constructora planteó, según recoge el informe de la Dirección Facultativa, el desinterés en la ejecución de la obra, en particular en lo relativo al plazo de ejecución y el tipo económico para la misma, sin aportar justificación que, a juicio de la Dirección Facultativa, se interpretara como válida y legítima (folio 55).

El 20 de febrero de 2003 la contratista solicita el aumento del plazo, que se deniega con fecha 4 de marzo. El arquitecto técnico municipal informa que, no encontrándose causas suficientes no imputables a la

contratista que justifiquen la concesión de un aumento del plazo, no procede conceder el aumento de plazo (folio 51).

El 21 de febrero la contratista reitera la solicitud aportando documentación al efecto (folios 370-376).

El 24 de marzo se notifica la denegación de la solicitud (folio 368).

El 26 de marzo tiene entrada en el registro del Ayuntamiento (sello de Correos ilegible) un escrito en el que la contratista reitera la petición (folios 364 y 365).

En el acta de 12 de mayo de 2003 la Dirección Facultativa hace constar que algunas riostras de cimentación han sido ejecutadas unilateralmente por la contratista desoyendo las instrucciones expresadas por esa Dirección. Se hace constar la necesidad de que la contratista cumpla las instrucciones y se advierte que no serán abonadas las unidades de obra ejecutadas sin el consentimiento de la Dirección Facultativa (folio 107).

En el acta de 16 de junio de 2003 se constata la existencia de errores en el proyecto y se indica a la contratista que se le suministrará la documentación gráfica necesaria. En esa misma acta se recuerda a la empresa constructora la necesidad de aportar una programación de la obra hasta su finalización y el director de la contratista manifiesta su deseo de dar un nuevo impulso a la obra (folio 108).

En la reunión del 23 de junio la contratista aporta una planificación parcial limitada a la fase de estructura y aporta los precios nuevos según sus cálculos (folio 110).

En el acta de obra del día 28 de julio de 2003 se recogen diversas discrepancias de la Dirección Facultativa respecto de la ejecución de la obra que realiza la empresa constructora.

El 17 de octubre de 2003 la contratista se dirige al Ayuntamiento solicitando la redacción de un proyecto modificado, la suspensión de las obras y una prórroga del plazo de ejecución de, al menos, siete meses (folios 281-282).

El 30 de octubre de 2003 la contratista dirige un escrito al Ayuntamiento en el que considera que la tramitación de la obra es una completa irregularidad dado que se la obliga a realizar obras no contempladas en el proyecto. Destaca la necesidad de la aprobación de un proyecto modificado previa suspensión de las obras y señala que, si no se lleva a efecto, procederá a abandonar la ejecución del contrato. Reclama igualmente que le abonen el incremento de costes generales e indirectos (folios 62-63).

El 5 de noviembre de 2003 la contratista dirige otro escrito al Ayuntamiento en el que, tras relatar una serie de discrepancias con la Dirección Facultativa sobre el contenido de las actas de obra, destaca que el Ayuntamiento tiene la obligación de suspender las obras y que, de lo contrario, la empresa procedería a suspender la ejecución de las obras al no haberse aprobado el proyecto modificado (folios 230-232).

El 6 de noviembre de 2003 la Dirección Facultativa comunica al Ayuntamiento la necesidad de redactar un proyecto modificado (folio 67).

Por escrito de fecha 20 de enero de 2004 y con sellos de entrada ilegibles la contratista manifiesta que entiende que se han estimado por silencio sus solicitudes de prórroga del plazo de ejecución en siete meses y de suspensión temporal de las obras por lo que se solicita que se inicie el procedimiento para modificar el contrato, que se levante acta de suspensión de las obras y que se le indemnicen los daños y perjuicios (folios 221-222).

El 27 de enero de 2004 se da traslado a la contratista del “*listado de precios nuevos*” de las unidades nuevas surgidas en la ejecución del contrato.

Por escrito de 30 de enero la contratista se opone a esos precios y destaca que no se le ha dado traslado del proyecto modificado (folios 94 y 95).

El 16 de febrero de 2004 la Dirección Facultativa emite un informe en el que alude a la “*mala fe y total displicencia respecto a sus obligaciones*” por parte de la contratista. Consideran que los precios se ajustan a los conocidos y aceptados por la constructora, siendo conformes con los precios medios de mercado. En cuanto al desconocimiento del contenido del proyecto, afirman que se ha entregado a la contratista documentación suficiente para conocer las modificaciones que se pretende realizar y a las cuales responden los precios.

Concluyen que se ha producido un incumplimiento por parte de la contratista de sus obligaciones contractuales intentando modificar las condiciones económicas del contrato (folios 98-100).

El 24 de febrero de 2004 el arquitecto técnico municipal considera que no hay obstáculo para la modificación del contrato.

El 3 de marzo de 2004 la empresa contratista presenta un escrito en el que señala que existe un considerable retraso en el abono de tres certificaciones de obra por lo que solicitan la suspensión de las obras.

Con fecha 15 de marzo la Dirección Facultativa emite un informe en el que pone de manifiesto las dificultades que ha tenido la obra en su ejecución, derivadas de la actitud de la empresa constructora remisa a cumplir sus obligaciones tal y como habían sido fijadas en el contrato.

Rechazan la solicitud de incremento de los costes indirectos y gastos generales presentada por la contratista el 29 de octubre de 2003.

Destacan la sorpresa que les produce que rechace los nuevos precios cuando habían sido pactados en reuniones de obra y redactados a partir de la información suministrada por la contratista.

Concluyen informando que se han producido retrasos imputables a la contratista cuantificables en nueve meses y diez días y que los daños que de ello se deriven son imputables a la contratista por “*dejación de sus funciones y obligaciones*” (folios 26-34).

El 16 de marzo de 2004 el arquitecto técnico municipal emite un informe en el que detalla los problemas que está teniendo la ejecución de la obra. Destaca que las obras están paradas desde el 10 de noviembre de 2003 de forma unilateral e injustificada y que la contratista no asume las actuaciones tendentes a solventar los problemas en la ejecución de las obras que se le ofrecen por la Dirección Facultativa. Por todo ello propone iniciar el procedimiento de resolución contractual (folio 20).

El mismo arquitecto técnico, con idéntica fecha, redacta un informe técnico en el que pone de manifiesto que la obra se encuentra parada desde el 10 de noviembre. La Administración determinó las medidas de seguridad a adoptar y procedió a redactar una modificación del proyecto cuyos precios fueron rechazadas por la contratista, negándose tanto a los nuevos precios como a continuar la obra en las condiciones inicialmente previstas (folio 22).

TERCERO.- El concejal de Urbanismo, por escrito de 26 de marzo de 2004 propone la iniciación de un expediente de resolución de contrato por incumplimiento de plazos imputable a la contratista (folio 479).

El 31 de marzo de 2004, visto el anterior informe, el alcalde de Collado Villalba decreta iniciar el expediente para la resolución del contrato y la concesión del trámite de audiencia a la contratista (folio 480). También se notifica el trámite de audiencia al avalista (folio 660).

La Intervención municipal emite informe favorable el 12 de abril de 2004 (folio 481) destacando que la certificaciones reclamadas por la contratista el 8 de marzo de 2004 han sido ya abonadas.

La secretaria municipal emite informe favorable con idéntica fecha (folios 488-490) ese mismo día.

El día 29 de abril de 2004 tienen entrada en el registro del Ayuntamiento de Collado Villalba sendos escritos de alegaciones de la contratista, donde manifiesta, entre otros extremos *“que el proyecto licitado era inviable, lo que motivó la paralización de las obras por causas completamente ajenas”* a la adjudicataria; *“el proyecto original no coincidía con la realidad de la obra sobre el terreno”* y que la obra estuvo paralizada prácticamente en su totalidad desde el 16 de diciembre hasta el 5 de mayo de 2003 por causas ajenas a la contratista y completamente justificadas por la indefinición de nuevas unidades de obra que tenían que aprobarse.

Insiste en que las causas de la situación de suspensión temporal son imputables a la Administración *“que es a quien corresponde responder de los errores, imprevisiones u omisiones de que adolecía el proyecto”*.

Añade que en dos ocasiones se solicitó prórroga del plazo y que consideraron estimada una solicitud *“por los efectos del silencio administrativo positivo”*, que el retraso en la ejecución de la obra es atribuible a las modificaciones del proyecto y que los informes de la Dirección de obra *“no se corresponden con la realidad y es contradictorio con el contenido de las propias actas suscritas por el Director Facultativo de la obra”*.

Por todo ello, solicitan que se anule el acuerdo de iniciación del procedimiento de resolución y, subsidiariamente, que la Administración se atenga a lo que resulte del preceptivo dictamen del Consejo de Estado.

La Dirección Facultativa, en contestación al escrito de oposición emite informe técnico el 10 de mayo de 2004 cuyas conclusiones manifiestan, en síntesis, que las sucesivas paralizaciones de obra lo han sido por parte de la empresa contratista de manera unilateral, injustificadas e injustificables, que los perjuicios económicos se encuentran por determinar y que las modificaciones presupuestarias suponen una desviación económica inferior al 20 por ciento, por lo que, de no modificarse las actitudes manifestadas por la contratista no se estima a esta con capacidad y voluntad suficientes como para continuar con las obras en las condiciones manifestadas (folios 580 a 599).

La Junta de Gobierno Local, en sesión ordinaria celebrada el 25 de mayo de 2004 acuerda solicitar preceptivo dictamen al Consejo de Estado, al haberse formulado oposición por parte de la contratista a la resolución del contrato (folios 659 a 661).

El 11 de noviembre de 2004 emite dictamen el Consejo de Estado.

Según el dictamen del Alto Órgano Consultivo del Gobierno de la Nación, la contratista prestó su conformidad al replanteo de las obras sin plantear reserva alguna, por lo que es esa fecha la que debe tenerse en cuenta a la hora de determinar la fecha de inicio del plazo de ejecución.

Considera que algunas de las críticas de la contratista en cuanto a los errores en el proyecto se solventaron como "*incidencias*" al amparo del artículo 97 del Reglamento de Contratación.

Considera el Consejo de Estado que la actitud de la contratista solicitando que la Administración municipal modifique la obra, con los precios nuevos que la contratista plantea, supone:

“(...) la voluntad unilateral de la contrata de no cumplir el contrato firmado (conforme al proyecto en el mismo comprendido) y sí solo uno modificado. La pretensión de modificar la obra (especialmente en su repercusión económica) de modo unilateral no tiene justificación en la medida en que se otorgó la conformidad al acta de comprobación del replanteo, y en que, como se pone de relieve en los informes técnicos de la dirección de obra y del Área de Urbanismo, las variaciones económicas habidas suponen un 8,32% del presupuesto y pueden encontrar plena cabida en la previsión de compensación económica por el reajuste de anualidades necesario en vista de la incidencia habida en la obra, conforme al artículo 96 del Reglamento de contratación, y en la regla de abono de las unidades nuevas del artículo 160.1 del mismo Reglamento, al no rebasarse el límite del 10%”.

Destaca que:

“(...) esa petición de modificación se funda en la falta de viabilidad del proyecto, y es improcedente en la medida en que no se hizo reserva alguna a la comprobación del replanteo, supuesto en que se contempla esa modificación por el artículo 141 del Reglamento de contratación, con suspensión temporal de la obra; la contrata no puede ampararse en ese precepto precisamente al haber suscrito de conformidad el acta de comprobación de replanteo, sin hacer las reservas que permite el artículo 139 del Reglamento”.

Por todo ello concluye afirmando que:

“(…) concurre la causa de resolución del artículo 111.e) de la Ley, al denotar la conducta de la contrata una voluntad contraria al cumplimiento en plazo del contrato (de hecho manifiesta su voluntad de cumplir solo el contrato modificado conforme a los precios nuevos que propone) y la consiguiente imposibilidad de cumplimiento del mismo. La consecuente extinción del contrato se entenderá producida conforme dispone la Ley”.

Propone al Ayuntamiento que resuelva el contrato con incautación de la garantía.

El 8 de febrero de 2005 se realiza medición general de las obras, con citación a la contratista, al efecto de fijar el saldo de liquidación al no estar terminadas las obras. La contratista decide no estar presente entendiéndose por parte de los servicios técnicos que no desea hacer reparos o reclamaciones, dando su conformidad a la medición, la relación valorada y la certificación final de liquidación de las obras (folios 738-739).

La Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Collado Villalba, en sesión de 29 de marzo de 2005, por unanimidad, acuerda declarar la resolución del contrato suscrito con la contratista así como fijar el saldo de liquidación según la propuesta que figura en el informe técnico de 24 de febrero de 2005 (folios 738 y 739), emitido por el Área de Urbanismo que fija en 43.486,03 euros la liquidación de obras ejecutadas a favor de la contratista y proceder incautación de la garantía definitiva.

Contra ese acuerdo, la representación legal de la contratista interpone recurso potestativo de reposición mediante escrito presentado en el Servicio de Correos el 6 de mayo de 2005, alegando que dicha resolución es contraria a derecho y lesiva para los intereses de su representada. Motiva su impugnación con argumentos semejantes a los presentados en el escrito de alegaciones de 29 de abril de 2004 (folios 511 a 532).

Añade que, al haber transcurrido seis meses desde el inicio del expediente de resolución, el mismo habría caducado.

Por ello solicita que se declare caducado el procedimiento y, subsidiariamente, se revoque el acuerdo adoptado declarando que la contratista no ha incumplido el contrato, con devolución de la garantía incautada y nueva determinación del saldo a abonar por la obra ejecutada. Solicita la suspensión de la ejecución del acto recurrido.

Con fecha 31 de mayo de 2005, la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Collado Villalba, desestima el citado recurso potestativo de Reposición.

El 19 de octubre de 2011 el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 14 de Madrid dicta sentencia (procedimiento ordinario 93/05) en la que declara caducado el procedimiento de resolución contractual anulando la resolución recurrida y ordenando “(...) *que se reintegre a la sociedad demandante la cantidad de 42.719,16 euros, con los intereses legales correspondientes*”.

CUARTO.- El día 31 de octubre de 2012 la Junta de Gobierno Local acuerda el inicio de un nuevo procedimiento de resolución del contrato con incautación de la garantía definitiva; incorporar los informes técnicos emitidos en su día, que acreditaban el incumplimiento de la contratista dándoles trámite de audiencia para que aleguen sobre la causa de resolución (folio 913).

La contratista presenta escrito de alegaciones en el Servicio de Correos el día 23 de noviembre de 2012 (folios 919-973), en el que considera que el contrato ya quedó resuelto por desistimiento de la Administración tal y como solicitó al Ayuntamiento por escrito de 14 de marzo de 2012, por cuanto la obra está ejecutada al haberse encargado, tras el acuerdo de resolución, su ejecución a otra empresa sobre la base de un proyecto

modificado distinto. Solicita que se emita el dictamen del órgano consultivo competente y que se acuerde la nulidad de las presentes actuaciones, estimando, por el contrario, la solicitud presentada por esa empresa para que se declarase la resolución por desistimiento de la Administración con el abono del lucro cesante y de la indemnización reclamada.

Aporta dos informes periciales de los que, según expone, se deriva la inadecuación del proyecto de obras y por tanto su falta de responsabilidad en cuanto al incumplimiento del contrato.

Señala, por último, que ha recurrido ante la jurisdicción contenciosa la desestimación presunta de su solicitud de resolución por desistimiento de la Administración.

En su sesión de 13 de diciembre de 2012 la Junta de Gobierno Local, del Ayuntamiento de Collado Villalba propone desestimar las alegaciones de la contratista y solicitar dictamen a este Consejo Consultivo con suspensión del plazo para resolver hasta la recepción del citado dictamen.

El dictamen fue solicitado por el alcalde de Collado Villalba el día 22 de enero de 2013.

Con fecha 5 de febrero de 2013 el Consejo recibe la solicitud de dictamen por conducto del consejero de Presidencia, Justicia y Portavoz del Gobierno.

Al estimarse incompleta la documentación remitida se solicitó que se completase solicitando expresamente la remisión de determinados documentos el 14 de febrero de 2013.

Dicha documentación es remitida parcialmente a este Consejo el día 11 de marzo de 2013.

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, de la Comunidad de Madrid, del Consejo Consultivo (LCC) 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 por el alcalde de Collado Villalba se ha hecho llegar al Consejo Consultivo a través del consejero de Cultura y Deportes y Portavoz del Gobierno, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 14.3 de la LCC 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.

El contrato al que este expediente se refiere, fue objeto de adjudicación definitiva a la empresa contratista el día 3 de septiembre de 2002.

El actual Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSPP), establece en su disposición transitoria primera:

“Disposición transitoria primera. 1. Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de

contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato. En el caso de procedimientos negociados, para determinar el momento de iniciación se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos.

2. Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”.

Resulta patente por tanto que el contrato cuya resolución se pretende se rige por lo establecido en el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP).

No obstante, como viene señalando este Consejo, en cuanto al procedimiento a seguir se estará a la normativa vigente, es decir, el TRLCSP y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP).

Al haberse formulado oposición a la resolución del contrato por parte de la contratista, resulta preceptivo el dictamen de este Consejo.

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

SEGUNDA.- En materia de procedimiento, la resolución del contrato exige atenerse a lo previsto en los artículos 211 y 224 del TRLCSP, el artículo 109 del RGLCAP y, tratándose de entidades locales, 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).

De la mencionada normativa resulta, aparte de la necesidad de emisión de dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, la ineludible necesidad de dar audiencia a la contratista y al avalista si la resolución llevara aparejada la incautación de la garantía (artículo 109.1.b) del RGCAP). En nuestro caso, se ha observado dicho trámite, al haberse concedido trámite de audiencia a la contratista y a la entidad avalista. Esta última no ha efectuado alegaciones sin perjuicio de lo que más adelante se indicará al respecto.

En el ámbito local, se preceptúan como necesarios, asimismo, para la resolución del contrato los informes de la Secretaría y de la Intervención de la Corporación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 114.3 del TRRL. En el caso examinado ahora no consta la emisión de esos informes pese a la expresa solicitud al Ayuntamiento para que los remitiese.

En el anterior procedimiento de resolución sí fueron emitidos dichos informes sin que puedan considerarse englobados en la conservación de informes “*técnicos*” que dispone el acuerdo de iniciación del nuevo procedimiento (folio 914).

No obstante, este Consejo viene señalando que es una mera causa de anulabilidad (dictámenes 51/11, de 23 de febrero y 373/11, de 6 de julio, entre otros) por lo que es susceptible de subsanación, si bien deberá tenerse presente lo indicaremos más adelante sobre el plazo para resolver el procedimiento.

El órgano competente para acordar la resolución del contrato es el órgano de contratación que, en el presente caso, fue la Junta de Gobierno Local.

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 13 de marzo de 2008 (recurso 1366/2005), 9 de septiembre de 2009 (recurso de casación para la unificación de doctrina 327/2008) y la más reciente de 28 de junio de 2011 (recurso 3003/2009), 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 del acuerdo de inicio del procedimiento de resolución, el día 31 de octubre de 2012.

En el presente caso, consta que el 13 de diciembre de 2012 fue acordada por la Junta de Gobierno Local la suspensión del procedimiento de resolución del contrato, al amparo del artículo 42.5 c) LRJ-PAC, porque, al existir oposición de la contratista era preceptiva la solicitud de dictamen al Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid y *“(...) por el tiempo que medie entre la solicitud del dictamen y la recepción del mismo”*.

Al solicitarse el dictamen el día 22 de enero por el alcalde de Collado Villalba, órgano competente para ello según el artículo 14.3 de la LCC, el procedimiento quedó suspendido desde esa fecha.

Por ello, una vez que se reciba por el Ayuntamiento el presente dictamen, dispondrá de ocho días para resolver el procedimiento y notificar la resolución a la contratista (artículo 44 LRJ-PAC) antes de que se produzca la caducidad del mismo.

Este acuerdo fue notificado a la contratista con fecha de registro de salida de 22 de febrero de 2013 según consta en la documentación remitida a solicitud de este Consejo.

No consta que se haya notificado a la entidad avalista pero debemos entender que ello no le causa indefensión por cuanto la garantía fue incautada en el procedimiento de resolución que fue declarado caducado por sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 14 de Madrid. Esta sentencia no dispuso que la garantía fuera constituida de nuevo sino que estableció que fuera abonada a la contratista como indemnización de daños y perjuicios. Consta asimismo que la citada cantidad está siendo objeto de abono mediante pagos mensuales al no contar el Ayuntamiento de Collado Villalba de crédito presupuestario consignado al efecto. Por tanto no puede considerarse que la falta de notificación de la suspensión haya originado indefensión alguna a la entidad avalista y, por tanto, haya caducado el presente procedimiento por cuanto de acordarse la incautación de la garantía (inexistente tras la citada sentencia) su importe debería ser abonado por la contratista.

TERCERA.- Llegados a este punto procede analizar el alegado incumplimiento contractual en que ha incurrido la contratista, y que determina la necesidad, a juicio del Ayuntamiento, de resolver el contrato.

La presente solicitud de dictamen plantea la peculiaridad de que se trata de examinar la resolución de un contrato que fue inicialmente resuelto por el Ayuntamiento en el año 2005 con dictamen favorable del Consejo de Estado pero que, por una sentencia de la jurisdicción contenciosa dictada seis años más tarde se declara dicho procedimiento caducado en virtud de una jurisprudencia del Tribunal Supremo que desde el año 2007 considera aplicable el instituto de la caducidad a los procedimientos de resolución de contratos.

Otra peculiaridad es que nos encontramos ante un contrato sin garantía definitiva, por cuanto su importe fue incautado por el Ayuntamiento y, posteriormente, la sentencia que declaró caducado el procedimiento dispuso, no el levantamiento de la incautación para que la misma sirviera a lo establecido en el artículo 43 del TRLCAP, sino que estableció que fuera abonada directamente a la contratista en concepto de “*daños y perjuicios*”.

Partiendo de esos datos ha de examinarse en primer lugar la alegación de la contratista en cuanto a que se ha producido un desistimiento de la Administración al haber encargado la culminación de la obra a otra empresa distinta a raíz de la resolución del contrato anulada judicialmente.

A estos efectos ha de recordarse que, cuando concurren varias causas de resolución ha de estarse a la que primero se materialice en el tiempo tal y como se viene recogiendo en la doctrina de los distintos órganos consultivos, así el Dictamen 16/13, de 16 de enero de este Consejo o el Consejo de Estado en su Dictamen 1916/2011, de 21 de diciembre.

Resulta patente que el posible incumplimiento de la contratista tuvo lugar con anterioridad a la adjudicación del contrato a otra empresa, para lo cual el Ayuntamiento procedió a resolver el primitivo contrato por lo que procede examinar si concurre la causa de incumplimiento alegada por la Administración.

En todo caso consta que la contratista ha recurrido ante la jurisdicción contenciosa (procedimiento ordinario seguido en el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 11 de Madrid) la desestimación presunta de la solicitud de resolución por desistimiento por lo que dicho aspecto quedará a la decisión del mencionado Juzgado.

CUARTA.- El examen del expediente administrativo permite comprobar que en la ejecución de las obras se manifestaron una serie de problemas derivados ciertamente de la existencia de defectos en el proyecto

de obra que obligaron a la dirección facultativa a emitir instrucciones para la correcta ejecución del contrato.

Según la contratista las deficiencias del proyecto eran tales que no se podía ejecutar la obra por lo que era necesario un proyecto modificado, cuya tramitación se intentó pero que recibió la oposición de la contratista.

A juicio de este Consejo tenía razón el Consejo de Estado en su dictamen del año 2005 cuando afirmaba que la contratista dio su conformidad al replanteo de la obra, por lo que debe asumir las consecuencias del mismo en cuanto *dies a quo* para el cómputo del plazo de ejecución de las obras.

Destaca igualmente el Consejo de Estado que las deficiencias del proyecto se subsanaron mediante la previsión del artículo 97 RGLCAP en cuanto a la existencia de incidencias en la ejecución de los contratos de obras y que fueron asumidas por la propia contratista al reanudar las obras el 5 de mayo de 2003 y entregar un programa de ejecución que preveía la terminación de las obras el 5 de diciembre de 2003 de donde se puede desprender que la contratista no preveía mayores problemas en la ejecución de la obra.

La referencia del Consejo de Estado en cuanto a la inexistencia de una suspensión de las obras por plazo superior a ocho meses y la irrelevancia de la interposición de un recurso contencioso solicitando la estimación por silencio de la solicitud de prórroga (interposición que el Consejo de Estado consideraba que no se acreditaba fehacientemente) debe confirmarse toda vez que dicho recurso fue inadmitido por Auto de 24 de mayo de 2005 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 10 de Madrid.

QUINTA.- Queda por determinar si en efectivo concurrió la causa de resolución del artículo 111 e) del TRLCAP, esto es, si hubo un

incumplimiento culpable de los plazos de ejecución por parte de la contratista.

En este caso, al igual que entendió el Consejo de Estado cabe apreciar que ciertamente los plazos contractuales se incumplieron por culpa de la contratista.

Las variaciones económicas suponían un 8,32 % del presupuesto y podían abonarse mediante el reajuste de anualidades y en la regla de abono de las unidades nuevas.

Además, ha de tenerse en cuenta que la resolución por incumplimiento de los plazos ha de ser, según viene entendiendo la jurisprudencia atribuible a la conducta de la contratista, indicando la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 1988 que “(...) *no basta el simple retraso en el cumplimiento de las obligaciones para decretar la resolución, exigiendo la existencia de una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de lo convenido*” y sin que la contratista pueda escudarse en la solicitud de una prórroga ya que, como recoge la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2002 (recurso 1259/1995) “ (...) *la contratista no puede eximirse de las consecuencias del retraso en el cumplimiento de los plazos por haber solicitado nueva prórroga porque la misma no suspende el curso del plazo ni releva a la contratista del cumplimiento de sus obligaciones, reconociendo, en todo caso, que el artículo 45.1 de la Ley (actual artículo 96 del TRLCAP) fija el ámbito de la obligación de la contratista de ejecutar la obra en los plazos señalados, mientras que el párrafo tercero del artículo 45 configura la prórroga como un derecho y obligación de la Administración cuando el retraso se produce por motivos no imputables a la contratista, ofreciendo éste cumplir sus compromisos*”.

Frente a ello, cuando la contratista solicita el 15 de octubre de 2003 una prórroga de siete meses no ofrece cumplir el contrato, como exige el

artículo 96.2 del TRLCAP, sino que lo condiciona a la aprobación de un modificado y advierte a la Administración que va a proceder unilateralmente a la paralización de las obras (folio 282).

Esta actitud de la empresa contratista condicionando la continuación del contrato a la aprobación de un modificado (puesta también de manifiesto por el Consejo de Estado) no puede sino entenderse como una muestra de su voluntad de no cumplir el contrato en los términos establecidos en el mismo, actitud que se muestra igualmente a lo largo de diversos escritos dirigidos a la Administración y en las manifestaciones que realiza a la Dirección Facultativa de la obra.

Por ello puede considerarse que existe un incumplimiento culpable de los plazos por parte de la contratista.

La contratista alega en favor de su actuación dos informes periciales emitidos por arquitectos evacuados en el procedimiento contencioso que se limitó a declarar la caducidad.

A la hora de valorar los informes periciales ha de aplicarse tal y como establece el artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil las reglas de la sana crítica. De esta forma la lectura del primer informe pericial aportado por la propia contratista permite apreciar que excede del ámbito técnico al que ha de limitarse la pericia y entra a apreciar cuestiones jurídicas tales como la validez del acta de replanteo y la imputación a las partes en el contrato de los retrasos en la ejecución.

El segundo, emitido por una arquitecto insaculada a petición del Juzgado, figura incompleto en la documentación remitida a solicitud de este Consejo y no se han remitido sus conclusiones. No obstante, permite apreciar que, ciertamente, existían errores en el proyecto.

En cualquier caso, esos informes no nos pueden hacer olvidar que en la contratación administrativa la suspensión del contrato, la modificación y la resolución son prerrogativas de la Administración y que, aunque ésta carezca de discrecionalidad en su ejercicio (sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1999 (recurso 991/1993)) tampoco puede la empresa contratista suspender unilateralmente la ejecución del contrato y supeditar su reanudación a la aprobación de un modificado, por muy justificada que resulte dicha modificación desde el punto de vista técnico, aspecto al que forzosamente ha de limitarse la prueba pericial.

SEXTA.- Resta por analizar las consecuencias que ha de conllevar la estimación de la concurrencia de la causa de resolución invocada por la Administración.

Debemos partir de una premisa y es que el contrato carece de garantía definitiva ya que la misma fue incautada en la resolución anterior y la sentencia del Juzgado que declaró caducado el procedimiento no ordenó la devolución a la entidad avalista sino que estableció su abono a la empresa constructora en concepto de daños y perjuicios.

El TRLCAP establecía en su artículo 113.4 la incautación de la garantía en los casos de incumplimiento culpable de la contratista con una claridad de la que, por desgracia, carece el actual artículo 225 del TRLCSP.

No obstante, la jurisprudencia ha modulado la incautación automática de la garantía en los casos en los que en el incumplimiento contractual concurre culpa de la Administración y así el Tribunal Supremo en la sentencia de 14 de junio de 2002 (recurso 3008/1997) recuerda que:

“Incluso en los casos en que puede afirmarse esa imputación del retraso a la contratista, hay que tener en cuenta que, como dice la sentencia de 19 de mayo de 1998, «las consecuencias del

incumplimiento deben ser fijadas conforme a los principios de equidad y de buena fe, que rige específicamente en materia de contratos (artículo 1258 del Código Civil), buscando un equilibrio de los intereses en presencia en la solución del debate (sentencias de 10 de junio y 11 de noviembre de 1987 o de 10 de julio de 1990)», por lo que si el incumplimiento es imputable a la contratista, deviene causa de resolución del contrato (artículos 53-1 de la LCE y 159 del Reglamento), pero no se debe dar lugar ni a pérdida de fianza ni a indemnización de daños y perjuicios a la Administración, cuando la culpa de la empresa contratista queda compensada por la propia culpa de la Administración contratante”.

En términos semejantes la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 26 de julio de 2010 (recurso 4281/2008).

Por ello, y a la vista de los criterios técnicos suministrados por los informes periciales mencionados, especialmente por el emitido por la perito insaculada en el que se alude a que el proyecto quedó “desvirtuado” y que era precisa la redacción de un proyecto modificado, se puede comprobar que el proyecto de obra suministrado por la Administración adolecía de importantes defectos técnicos que, forzosamente, lastraron la ejecución de la obra por lo que se ha de entender que, por más que exista culpa de la contratista, también existe una concurrencia de culpa de la Administración de tal forma que no procede la incautación de la garantía.

No obstante, ha de recordarse que en este caso no existe garantía ya que la misma fue incautada y posteriormente, en virtud de sentencia, devuelta a la contratista, lo cual se traduce en que, si se hubiera acordado su incautación, sería la contratista quien debería abonar su importe, sin que, por otra parte, la Administración haya alegado otro tipo de daños y perjuicios.

En mérito a lo que antecede este Consejo Consultivo extrae la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede acordar la resolución del contrato por incumplimiento culpable del plazo contractual por parte de la contratista sin incautación de la garantía definitiva.

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, 3 de abril de 2013