

Dictamen n^o: **16/13**
Consulta: **Alcaldesa de Algete**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **16.01.13**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 16 de enero de 2013, emitido ante la consulta formulada por la alcaldesa de Algete, al amparo del artículo 13.1 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, sobre resolución del contrato de obras denominado *“Ejecución de las obras del proyecto de edificio para piscina cubierta y zona deportiva en polideportivo Duque de Algete fase I”*.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 4 de diciembre de 2012 tuvo entrada en el registro del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen preceptivo formulada con fecha 15 de noviembre anterior por la alcaldesa de Algete a través del consejero de Presidencia, Justicia y Portavoz del Gobierno, relativa al expediente de resolución del contrato de obras denominado *“Ejecución de las obras del proyecto de edificio para piscina cubierta y zona deportiva en polideportivo Duque de Algete fase I”*.

El estudio de la ponencia ha correspondido por reparto de asuntos a la Sección VIII, presidida por el Excmo. Sr. D. Andrés de la Oliva Santos, que firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada por unanimidad en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 16 de enero de 2013.

El escrito de solicitud de dictamen fue acompañado de la documentación que, numerada y foliada, se consideró suficiente.

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

Mediante resolución de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Algete de 16 de octubre de 2009 se aprobaron el expediente de contratación, los pliegos de prescripciones técnicas y de cláusulas administrativas particulares, la apertura del procedimiento de adjudicación y el gasto correspondiente al contrato de obras denominado *“Ejecución de las obras del proyecto de edificio para piscina cubierta y zona deportiva en Polideportivo Duque de Algete fase 1”* (en adelante, *“el contrato”*).

Tramitado el procedimiento tendente a la adjudicación del contrato, y previa propuesta de la Mesa de Contratación, mediante resolución de la Junta de Gobierno Local de 2 de diciembre de 2009 se adjudicó provisionalmente el contrato a A (en adelante, *“la contratista”*) por un precio de 2.679.950,38 euros (IVA incluido) y un plazo total de ejecución de 12 meses a partir del día siguiente a aquél en que tuviese lugar la comprobación del replanteo.

Con fecha 10 de diciembre, el contratista constituyó la garantía definitiva por un importe de 115.515,10 euros.

Por acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 23 de diciembre de 2009 se acordó la adjudicación definitiva del contrato.

El 12 de enero de 2010 el Ayuntamiento de Algete, por un lado, y la contratista, por otro, formalizaron el contrato administrativo.

El 11 de febrero tuvo lugar la comprobación del replanteo, emitiéndose acta negativa con la firma del director de la obra, del constructor, del director de la ejecución de la obra y del coordinador de seguridad y salud

en fase de ejecución. En particular, en el acta se hacía constar que *“una vez realizado el replanteo del edificio se constata la presencia de redes de instalaciones de agua, electricidad, alumbrado, gas y saneamiento que abastecen a las edificaciones existentes interfiriendo con la cimentación del edificio”*. Por dicha causa, *“el constructor declara no estar en condiciones de iniciar los trabajos contratados”*.

Con fecha 15 de julio de 2010, las mismas personas suscriben un nuevo acta (denominado *“acta de obra”*) en que *“hacen constar que dado que actualmente se está en fase de tramitación de un proyecto modificado de obra en el que se ven afectadas las unidades de obra cuya ejecución es inminente por parte de la contratista, se acuerda la suspensión temporal y total de las obras hasta que el proyecto modificado haya sido totalmente aprobado. La obra quedará en posesión de la contratista durante la tramitación del proyecto modificado”*.

El 28 de febrero de 2011 la contratista presenta un escrito dirigido a la alcaldesa-presidenta del Ayuntamiento de Algete, en el que, haciendo constar haber iniciado la ejecución de las obras y emitido dos certificaciones por los trabajos realizados durante los meses de mayo y junio de 2010 y habiéndose demorado su pago por la Administración, reiteradamente solicitado, en más de cuatro meses, comunica la suspensión de la ejecución de los trabajos por falta de pago.

El 26 de abril se presenta el proyecto modificado ante el Ayuntamiento para su revisión por los Servicios Técnicos Municipales.

Con fecha 17 de mayo, los Servicios Técnicos Municipales de Urbanismo informan favorablemente la modificación del contrato inicial con vistas a la eliminación de algunas partidas y la adición de otras, de conformidad con el cambio en el sistema de cimentación y de la estructura ofertada por la contratista.

Al día siguiente, el secretario del Ayuntamiento emite informe en el que observa que, una vez cumplidos los trámites de audiencia del contratista, informe de la Intervención y certificado de la existencia de crédito, y a reserva de su contenido, el expediente cumpliría la legalidad.

El 19 de mayo la Junta de Gobierno Local aprueba el *“proyecto modificado de edificio para piscina cubierta y zona deportiva en polideportivo Duque de Algete fase I”*. En dicho acuerdo se da por cumplido el trámite de audiencia de la contratista al incluirse en el expediente un escrito en que su representante se manifiesta de acuerdo con la modificación, y se pone de manifiesto que la modificación del contrato no implica incremento alguno de gasto sobre el proyecto original. El acuerdo se notifica a la contratista al día siguiente de su adopción.

El 28 de julio los Servicios Técnicos de Urbanismo emiten informe en que el que, haciendo referencia a la circunstancia de haberse aprobado tres certificaciones de obra, de mayo y junio de 2010 y de mayo de 2011, se recoge la constatación de que, en la fecha de suscripción del actual informe, las obras continúan paradas.

El representante de la contratista, mediante escrito presentado el 3 de agosto de 2011, pone de manifiesto que, aunque la empresa fue notificada con fecha 2 de junio anterior de la aprobación del proyecto modificado, persiste la falta de pago de las obras ejecutadas, *“por lo que se mantiene la causa de suspensión de ejecución del contrato prevista en el artículo 200.5 de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público”*.

El 31 de mayo de 2012, el representante de la contratista presenta un nuevo escrito dirigido a la alcaldesa-presidenta del Ayuntamiento de Algete, en que insta la resolución del contrato al amparo de lo dispuesto en los artículos 200.6, 206, 220 y concurrentes de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, al haber transcurrido más de

ocho meses de demora en la obligación de abonarle las obras ejecutadas, así como en la suspensión de la ejecución del contrato. Asimismo, solicita el pago de los daños y perjuicios causados, que cuantifica en 108.541,72 euros, equivalentes al 6% del beneficio industrial de la parte del contrato pendiente de ejecutar, así como de *“los gastos y daños adicionales que se han generado a mi representada”*.

El 16 de agosto la contratista vuelve a presentar un escrito en que reitera su solicitud de resolución del contrato con indemnización de los daños y perjuicios, en forma similar a la expuesta en sus escritos anteriores.

Con fecha 20 de agosto el secretario del Ayuntamiento emite informe jurídico sobre de la solicitud de la contratista, en que examina los antecedentes de hecho, legislación aplicable y procedimiento a seguir para la resolución del contrato. El informe culmina proponiendo que la Junta de Gobierno Local dicte la siguiente resolución: *“1) Iniciar el expediente de resolución del contrato de ejecución de obras de proyecto de edificio para piscina cubierta y zona deportiva en polideportivo Duque de Algete iniciado a solicitud de [la contratista] formulada el 30 de mayo de 2012. 2) Desestimar las pretensiones de indemnización (...). 3. Conceder a [la contratista] audiencia por plazo de diez días naturales para que pueda presentar alegaciones y documentos que estime oportunos.”*

Elevada la propuesta por la Concejalía de Economía y Hacienda, la Junta de Gobierno Local, en sesión ordinaria de 5 de septiembre de 2012, acuerda iniciar el expediente de resolución del contrato con base en lo dispuesto en el art. 205.5 y 6 de la LCSP, con propuesta de desestimación de la solicitud indemnizatoria formulada por la contratista y otorgamiento del trámite de audiencia a su representante.

Notificado el anterior acuerdo a la contratista con fecha 6 de septiembre, en uso de dicho trámite presenta escrito de alegaciones el día 13 en el que

reitera la procedencia de la resolución del contrato por causa imputable a la Administración y se opone al acuerdo de la Junta de Gobierno Local en lo relativo a la indemnización de daños y perjuicios, cuya solicitud reitera.

Con fecha 1 de octubre de 2012, el concejal de Administración General eleva informe-propuesta de resolución a la Junta de Gobierno Local en que asume la procedencia de resolver el contrato por falta de pago al contratista por plazo superior a ocho meses. En su parte final, propone remitir el expediente al Consejo Consultivo para su informe, desestimar las pretensiones de indemnización formuladas por la contratista y conceder a B audiencia por plazo de diez días.

La Junta de Gobierno Local, mediante acuerdo adoptado en sesión ordinaria de 3 de octubre, hizo suya la propuesta del concejal de Administración General. Dicho acuerdo fue notificado a contratista y avalista con fecha 11 de octubre.

No consta en el expediente administrativo que, por parte de la avalista, se hayan presentado alegaciones dentro del plazo concedido para ello.

A la vista de los hechos anteriores cabe hacer las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

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

contratos administrativos, cuando así lo prevea la legislación de contratos de las Administraciones Públicas.

Asimismo, el artículo 211 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), aplicable como en seguida se dirá al procedimiento para resolver el contrato, se refiere a la necesidad de dictamen del Consejo de Estado u órgano equivalente de las Comunidades Autónomas, en los supuestos de interpretación, nulidad y resolución, cuando se formule oposición por el contratista.

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

SEGUNDA.- De conformidad con la disposición transitoria primera del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a su entrada en vigor se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior.

La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP) entró en vigor el 30 de abril de 2008. Dado que el contrato cuya resolución se pretende se adjudicó definitivamente por acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 23 de diciembre de 2009, todavía vigente la LCSP, resulta de aplicación esta normativa, en la redacción aplicable en aquel momento.

En cambio, por lo que se refiere al procedimiento, son de aplicación regulado por las normas vigentes en el momento de su inicio (por todos, nuestro Dictamen 175/12), lo que supone la aplicación del TRLCSP, en particular de sus artículos 211 y 225.3. Con carácter supletorio, a tenor de la disposición final tercera, apartado 1, del mismo TRLCSP, se aplicarán los preceptos de la Ley 30/1992 (LRJ-PAC) y normas complementarias.

Además, ante la falta de desarrollo reglamentario en el aspecto objeto de estudio de las disposiciones vigentes en materia de contratación del sector público, debe considerarse lo dispuesto en el artículo 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), referido específicamente al “*procedimiento para la resolución de los contratos*”.

En el caso sujeto a examen, la iniciativa de resolver el contrato ha surgido de la contratista, que solicitó su resolución mediante escrito que tuvo entrada en el registro del Ayuntamiento de Algete el día 31 de mayo de 2012 (doc. 16 del expediente administrativo).

Esta solicitud produjo por sí misma, en el momento de su entrada en el órgano competente, la iniciación del procedimiento de resolución del contrato. Así se deduce en particular de los artículos 68 y 70 y de la LRJ-PAC, de aplicación supletoria según se ha dicho con anterioridad, que recogen como forma de iniciación del procedimiento la petición de parte. Debe reputarse por ello un trámite innecesario, carente de efectos sobre el procedimiento al haberse iniciado éste *ex art.* 42.3 de la LRJ-PAC en el momento de la entrada de la solicitud en el órgano competente, el acuerdo formal de incoación de la Junta de Gobierno Local en sesión ordinaria de 5 de septiembre de 2012.

En la instrucción del procedimiento se ha respetado el trámite de audiencia del contratista. También se ha otorgado audiencia a la avalista. Este último trámite no era preceptivo al no ser posible (según luego se dirá) la incautación de la garantía; sin embargo, ya que, potestativamente, la Administración consideró adecuado recabar su criterio, en ningún caso debió hacerlo en la propuesta de resolución, esto es, en momento en que sus alegaciones ya no eran susceptibles de influir en el sentido de aquélla y se remitía de presente el expediente a este Consejo Consultivo. No obstante, no se considera existente indefensión que pudiera justificar una posible

retroacción del procedimiento, habida cuenta de la improcedencia de la incautación de la garantía.

Se ha solicitado el dictamen de este Consejo Consultivo. Es una solicitud conforme con lo previsto en el artículo 211 del TRLCSP, que establece el carácter preceptivo del dictamen cuando se formule oposición por parte del contratista; así ocurre en el caso analizado, según se deduce con claridad del escrito de alegaciones presentado por el representante de la empresa contratista con fecha 13 de septiembre de 2012, aunque la oposición, coherentemente con su petición de resolución del contrato, es sólo parcial, en lo concerniente a la procedencia o no de indemnizarle daños y perjuicios. Ya hemos señalado en otras ocasiones, en particular en el Dictamen 259/12, que el carácter preceptivo de nuestro informe no queda enervado por la circunstancia de que la oposición del contratista se limite al tema de la procedencia de la indemnización.

No deben pasarse por alto ciertas incoherencias de la propuesta de resolución. Se advierte en ella una falta de correspondencia entre su fundamentación jurídica (por otra parte innecesariamente reiterativa) y las conclusiones o parte dispositiva. Así, se alude a la posible incautación de la garantía para finalmente no pronunciarse al respecto y no se incluye en las conclusiones la propuesta de resolver el contrato. No obstante, considerado en su conjunto el texto, no cabe duda del criterio de la Administración consultante en el sentido de proceder la resolución del contrato y precisamente por causa del retraso en el impago del precio en más de ocho meses. Estos defectos, que no son irrelevantes para el ejercicio por este Consejo de su función consultiva, carecen, sin embargo, de una trascendencia jurídica que determine la necesidad de una retroacción de las actuaciones.

Por lo que se refiere a los trámites específicos derivados del carácter de Administración Local de la Administración consultante, figura

incorporado al expediente el informe de la Secretaría, pero no el de la Intervención. Sin embargo, la omisión de este trámite no pasa de constituir una mera irregularidad no invalidante del procedimiento, susceptible de subsanación. En este último sentido se ha manifestado este Consejo Consultivo en los dictámenes 221 y 373/12.

Debe asimismo incluirse en el somero análisis del procedimiento seguido una referencia a las consecuencias del retraso en su tramitación.

En el caso sujeto a examen, la iniciativa de resolver el contrato surgió de la contratista, como ya se ha dicho. No cabe duda de que, en las fechas actuales, el plazo máximo para resolver el contrato, que es de tres meses en virtud de la aplicación supletoria de la LRJ-PAC (en particular, de su art. 42.3), habría expirado.

Sin embargo, en este punto deben distinguirse los efectos que el transcurso del plazo máximo para resolver y notificar la resolución tiene sobre el procedimiento de resolución contractual, según se trate de procedimientos iniciados de oficio (caducidad del procedimiento) o de procedimientos tramitados a instancia de parte. En estos últimos, transcurrido el plazo de tres meses desde el momento en que la solicitud tuvo entrada en el registro del órgano competente para su tramitación sin haberse notificado resolución expresa, el interesado podrá considerarla desestimada por silencio administrativo, teniendo ya expedita la vía jurisdiccional contencioso-administrativa. Así se deduce de la disposición final tercera, apartado segundo, del TRLCSP, y de nuestros dictámenes 153/10 y 515/12. Pero subsiste el deber administrativo de resolver expresamente, incluso más allá del plazo previsto (art. 43.1 de la LRJ-PAC, en su primer párrafo).

Finalmente, debe indicarse que el artículo 224.1 del TRLCSP atribuye la competencia para la resolución del contrato al órgano de contratación, mediante el procedimiento establecido en desarrollo de la Ley.

TERCERA.- Analizados ya los aspectos procedimentales, procede examinar a continuación la posible concurrencia de la causa de resolución del contrato a que se refiere la consulta. Nos hallamos ante un contrato de obras, destinado a la construcción de un edificio para la ubicación de una piscina cubierta y una zona deportiva en un polideportivo. Resulta concertado por una Administración Pública, y tiene indiscutible carácter administrativo (art. 19.1.a, en relación con el 3.2.a, de la LCSP).

El artículo 194 de la LCSP, conforme a la tradición de nuestro Derecho de contratación pública, reconoce a los órganos administrativos *“la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, acordar su resolución y determinar los efectos de esta”*. Se trata, según autorizada doctrina, de una manifestación de la potestad general de autotutela de que goza la Administración en aras de una mejor protección del interés público. No obstante, no debe desconocerse su naturaleza de facultades exorbitantes, cuyo ejercicio se debe fundar, en cada caso, en el interés público implícito en la relación contractual de que se trate.

En concreto, a tenor del acuerdo notificado a contratista y avalista, la iniciativa de resolver el contrato por parte de la contratista, que asume la Administración según se deduce de la propuesta de resolución, se basa en el artículo 200.6, en relación con el artículo 206 de la LCSP.

El último precepto citado, en su apartado f), recoge la posibilidad de resolver el contrato a consecuencia de *“la demora en el pago por parte de la Administración por plazo superior al establecido en el apartado 6 del*

artículo 200, o en el inferior que se hubiese fijado al amparo de su apartado 8”.

Por su parte, el art. 200.6 del mismo texto legal, al referirse a la obligación de la Administración relativa al pago del precio y al correlativo derecho a su cobro por parte del contratista, prevé una serie de cautelas tendentes a preservar la posición de aquél frente al impago de la Administración. Así, tras recoger en su apartado 5 el derecho del contratista a suspender el cumplimiento del contrato cuando la demora en el pago sea superior a cuatro meses, prevé en el 6 que, *“si la demora de la Administración fuese superior a ocho meses, el contratista tendrá derecho, asimismo, a resolver el contrato y al resarcimiento de los perjuicios que como consecuencia de ello se le originen”.*

Resulta de la documentación obrante en el expediente administrativo que, en efecto, en 2010 ya había dos certificaciones de obra, correspondientes a los meses de mayo y junio, aprobadas por la Administración. Aunque con posterioridad, en el mes de julio del mismo año se acordara por las partes del contrato la suspensión de su ejecución, debe entenderse que tal suspensión tenía eficacia *pro futuro*, en relación con las obligaciones por cumplir, pero no afectaba a las obligaciones ya nacidas y exigibles durante el tiempo anterior de vigencia del contrato. En particular, el abono del precio de cada una de las certificaciones de obra era exigible a partir de los sesenta días de su fecha de expedición (así se deducía del art. 200.4 de la LCSP, aplicable como ya se ha dicho al contrato en los aspectos sustantivos o de fondo).

En cualquier caso, una vez levantada la suspensión del contrato a raíz de su modificación con fecha 19 de mayo de 2011, la situación de impago persistió, e incluso se agravó habida cuenta de la emisión de una nueva certificación de obra, relativa precisamente a dicho mes, cuyo pago tampoco consta. No cabe duda, en consecuencia, que, en el momento de

solicitarse la resolución del contrato por el representante de la contratista (lo que tuvo lugar el 31 de mayo de 2012), las facturas correspondientes llevaban un retraso en su pago notoriamente superior al plazo previsto legalmente de ocho meses.

Consta asimismo en el expediente que, al menos mediante escritos de 28 de febrero y de 3 de agosto de 2011, la contratista recordó al órgano de contratación su obligación de afrontar los pagos pendientes.

El contratista está por consiguiente en el derecho de pedir la resolución del contrato, y la Administración, ante su ejercicio, queda compelida a acordarla. No se encuentra por otra parte fundamento a la aplicación de la causa de resolución consistente en la suspensión de las obras por un plazo superior a ocho meses acordada por la Administración, prevista en el artículo 220.c) de la LCSP, a cuya aplicación alude también la contratista en sus escritos. Es cierto que, en la dinámica de la ejecución del contrato, se produjo una primera suspensión en orden a la modificación del contrato el 15 de julio de 2010. Sin embargo, no se trataba de una suspensión acordada unilateralmente por la Administración, circunstancia a la que debe entenderse alude el citado apartado c) del artículo 220, ya que, según consta en el acta rubricada en aquella fecha por el director de la obra, el constructor (esto es, la contratista), el director de la ejecución de la obra y el coordinador de seguridad y salud en fase de ejecución, fue adoptada de consuno por todos los firmantes. Se han producido también escritos posteriores de la contratista solicitando la suspensión del contrato ante la falta de pago por tiempo superior a cuatro meses (en particular, el de 3 de agosto de 2011, pues el de 28 de febrero anterior se formuló cuando la obra permanecía suspendida por mutuo acuerdo), según se ha dado cuenta en los antecedentes de hecho; en relación con ello, decae nuevamente el fundamento que haría posible la aplicación de la causa de resolución del

contrato prevista en el art. 220.c) de la LCSP, ya que no fue acordada por la Administración.

CUARTA.- No obstante la oportunidad de resolver el contrato con base en el impago dilatado del precio por más de ocho meses, debe matizarse que, aunque la contratista ha utilizado los cauces que la legislación de contratos del sector público le permite, primero pidiendo la suspensión del contrato tras los primeros cuatros meses de impago de las certificaciones pendientes y luego su resolución cuando la demora ha llegado a los ocho meses, ello no constituía excusa para incumplir sus obligaciones, al menos hasta que la suspensión del contrato se produjo.

Hemos significado en anteriores ocasiones, en particular en el Dictamen 373/12, las diferentes consecuencias que conlleva el que el incumplimiento por el que se siga el procedimiento de resolución contractual sea imputable a la Administración o a la contratista.

En el primero de esos casos, a tenor del artículo 208.2 de la LCSP nacerá para el contratista, como regla general, el derecho al resarcimiento de los daños y perjuicios que se le hayan generado. Asimismo, no se plantearía ni tan siquiera como posible la incautación de la garantía y el contratista no quedaría incurso en causa de prohibición para contratar.

En los casos de concurrencia de varias causas de resolución, este Consejo Consultivo en sus dictámenes 505/09 y 532/09 acogió la doctrina reiterada del Consejo de Estado que estima improcedente la extinción de un contrato administrativo basada a la par en dos causas de resolución, de forma que ha preferirse (y aplicarse) aquel motivo de resolución que se haya manifestado con anterioridad en el tiempo.

Sin embargo, hemos matizado también que esta doctrina no resulta de aplicación a la concurrencia de incumplimientos por parte de Administración y contratista. En tales casos, la actuación irregular de unos

y otros se proyectará para atemperar o excluir la responsabilidad que, de haber sido ordinaria su conducta, procedería reconocer.

Entre otros, en el Dictamen 373/12 recogimos las alusiones del Consejo de Estado, en particular en su Dictamen 1270/1993 relativo al anteproyecto de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y del Tribunal Supremo, concretamente en Sentencia de 25 de enero de 2005 (RC 30/2001), a la cuestión de la falta de consideración en nuestras normas de contratación administrativa de los supuestos de concurrencia de incumplimientos de las partes contratantes en la determinación de los efectos propios de la resolución de los contratos.

De ahí que el Alto Órgano Consultivo del gobierno de la Nación resalte que *“no es inusual una concurrencia de comportamientos culposos del contratista y de la Administración, supuestos en el que es más ajustado al elemento justificativo de la garantía el moderar los efectos normativos inherentes al incumplimiento”*. En términos equiparables, el Alto Tribunal en la sentencia ya citada confirmaba el criterio de la Sala de instancia en el sentido de no apreciar ni la incautación de la fianza en beneficio de la Administración ni la indemnización de daños y perjuicios a favor del contratista, consecuencias que en principio habrían de seguirse de las respectivas conductas culposas de una y otro.

De esta forma, junto al incumplimiento de la Administración que determina el derecho de la contratista a resolver el contrato, confluye el de la propia contratista, que no estaba facultada para dejar de ejecutar la obra durante aquellos períodos en que el contrato no estuvo suspendido. En el sentido expuesto hemos manifestado en nuestros dictámenes 532/09 y 331/11 que *“los incumplimientos de la Administración sólo dan lugar a la suspensión o resolución en los casos previstos en la legislación de contratos, debiendo el contratista instar tal suspensión o resolución, pero sin que éste pueda incumplir sus obligaciones so pretexto de omisión o*

retraso por el órgano de contratación de las suyas”. Por tanto, la empresa contratista, aun mediando incumplimiento de la Administración, debía haber continuado la ejecución de la obra -en coherencia con las exigencias del interés público que presiden la institución contractual administrativa- hasta producida la suspensión y, después, la resolución del contrato.

No procede abonar al contratista el 6% del beneficio industrial de las obras dejadas de realizar. El derecho al cobro de tal prorrata se relaciona en el artículo 222.4 de la LCSP, aplicable a las cuestiones de fondo de la resolución del contrato (entre ellos, sus efectos), a la causa de la resolución del contrato consistente en su suspensión por plazo superior a ocho meses. No es dicho motivo de extinción del vínculo contractual el que se aplica en el caso presente, según se ha establecido con anterioridad, sino el consistente en la demora persistente en el pago del precio.

En cualquiera de los casos, no debe establecerse la incautación de la garantía constituida, a la que hace cierta referencia la fundamentación jurídica de la propuesta de resolución. Esta consecuencia, según venimos reiterando a partir del Dictamen 656/12 acogiendo la interpretación mayoritaria del resto de órganos consultivos de la Nación, no se desprende ya de un modo automático de la resolución del contrato a tenor del actual artículo 225.3 del TRLCSP (anterior art. 208.4 de la LCSP). Pero es que, además, se trata de un efecto previsto en relación con los casos de resolución del contrato a consecuencia de un incumplimiento imputable al contratista (*ex* art.208.3 de la LCSP, actual art. 225.3 del TRLCSP). No tiene sentido plantearse su posible aplicación cuando el fundamento de la extinción del vínculo contractual se debe a una conducta imputable a la Administración.

En méritos de cuanto antecede, este Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede la resolución del contrato de obras denominado *“Ejecución de las obras del proyecto de edificio para piscina cubierta y zona deportiva en polideportivo Duque de Algete fase I”* por demora de la Administración en el pago por plazo superior a ocho meses. No procede ni el abono de daños y perjuicios a la contratista ni la incautación de la garantía por ésta constituida.

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, 16 de enero de 2013