

Dictamen n^o: **505/09**
Consulta: **Alcalde de Arganda del Rey**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **11.11.09**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 11 de noviembre de 2009, sobre consulta formulada por el Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Arganda del Rey, cursada a través del Consejero de Presidencia, Justicia e Interior, en relación con expediente sobre resolución del contrato de obras correspondientes a la actuación II del Centro Deportivo Integrado de La Poveda: *“Piscina Municipal Cubierta/Descubierta”* suscrito con la empresa A (en adelante el contratista), al amparo del artículo 13.1.f) 4.º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, de creación del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 6 de agosto de 2009 tuvo entrada en el registro del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen preceptivo formulada por el Consejero de Presidencia, Justicia e Interior, acerca de la petición procedente del Ayuntamiento de Arganda del Rey, firmada por su Alcalde Presidente, sobre expediente de resolución del contrato de obras correspondientes a la actuación II del Centro Deportivo Integrado de La Poveda: *“Piscina Municipal Cubierta/Descubierta”*, suscrito con la mercantil referenciada.

Admitida a trámite con esa misma fecha se procedió a dar entrada en el registro de expedientes con el número 385/09, 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, venciendo dicho plazo el día 29 de septiembre de 2009, de conformidad con el Acuerdo de la Comisión Permanente de 22 de julio de 2009, correspondiendo su ponencia a la Sección IV, presidida por la Excm. Sra. D^a. Cristina Alberdi Alonso.

Estimándose incompleto el expediente remitido, con fecha 4 de septiembre de 2009 se solicitó, en virtud de lo dispuesto en el artículo 17.2 de la Ley 6/2007, del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, el complemento del expediente administrativo, toda vez que sólo había sido remitida una parte de los 1336 folios que componían el expediente administrativo, faltando los 1087 primeros. En concreto, se señalaba que faltaba, entre otra documentación, el pliego de Condiciones Particulares del Contrato, el expediente de modificación del contrato y su formalización.

Con fecha 20 de octubre de 2009 tiene entrada en este Consejo Consultivo parte de la documentación solicitada. En concreto, se remiten los siguientes documentos:

- Copia del contrato firmado por el Ayuntamiento de Arganda del Rey y la empresa contratista el 16 de febrero de 2007 (folios 561 a 563).
- Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 11 de enero de 2007 por el que se aprobó la adjudicación del contrato a la empresa contratista (folio 564).
- Pliego de Prescripciones Técnicas del contrato, compuesto de 17 cláusulas y un anexo, relativo a la ejecución del contrato (folios 566 a 584).

- Pliego de Cláusulas Administrativa Particulares que han de regir en el Concurso Abierto, por el trámite de urgencia, para la adjudicación de las obras de construcción del centro deportivo integrado de La Poveda, Actuación 2, Piscina Cubierta-Descubierta (folios 585 a 599).
- Informe del Arquitecto Técnico Municipal, de 28 de noviembre de 2008, sobre la modificación del contrato (folio 766).
- Propuesta del Concejal Delegado de Educación, Cultura y Deportes del Ayuntamiento de Arganda del Rey, de 28 de noviembre de 2008, a la Junta de Gobierno Local de aprobación del “*Proyecto Modificado de las Obras de construcción del Centro Deportivo Integrado de la Poveda. Actuación II. Piscina Cubierta-Descubierta*” (folio 770).
- Certificación del Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 1 de diciembre de 2008, aprobando el “*Proyecto Modificado de las Obras de construcción del Centro Deportivo Integrado de la Poveda. Actuación II. Piscina Cubierta-Descubierta*”, por un importe adicional de ejecución por contrata de 608.634,41 €, y adjudicando a la empresa contratista el proyecto modificado por un importe total de 3.673.049,10 € IVA y demás impuestos incluidos y una ampliación en el plazo de ejecución de dos meses (folio 771).
- Formalización del contrato “*Proyecto Modificado de las Obras de construcción del Centro Deportivo Integrado de la Poveda. Actuación II. Piscina Cubierta-Descubierta*”, firmado por el Ayuntamiento de Arganda del Rey y la contratista el día 19 de enero de 2009 (folios 1075 a 1077).

La documentación remitida se estima insuficiente para resolver las cuestiones de fondo planteadas. No obstante, advirtiéndose defectos procedimentales que deben ser corregidos, se emite el presente Dictamen

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

El día 16 de febrero de 2007 se suscribió entre el Ayuntamiento de Arganda del Rey y el empresario un contrato de ejecución de “*Obras de Centro Deportivo Integrado de la Poveda. Actuación II: Piscina Cubierta-Descubierta*”, adjudicado en virtud de Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 11 de enero de 2006. La financiación de dicha obra con cargo al Programa Regional PRISMA 2006-2007, aportando un 57% la Comunidad de Madrid y un 43% el Ayuntamiento de Arganda del Rey. El documento contractual obra en el folio 1198 y en él la empresa contratista se compromete a la ejecución del contrato con “*estricta sujeción al pliego de cláusulas administrativas particulares, al pliego de prescripciones técnicas y al proyecto de las obras, que figuran en el expediente y a la oferta presentada*”, por un importe de 3.064.414,69 €.

El día 2 de marzo de 2007 se firmó el Acta de Comprobación del Replanteo de las Obras, acto en que se comunica la imposibilidad de dar comienzo a las obras, debido al inicio de unos cursos programados con anterioridad. Este documento figura incorporado al expediente con las alegaciones formuladas por la empresa contratista en su Anexo II (folio 1202).

De la documentación aportada por la mercantil contratista en sus alegaciones resulta que, con fecha 21 de mayo de 2007 con sello del Ayuntamiento de Arganda del Rey del día siguiente, la sociedad solicitó escrito en el que figurase la nueva fecha de inicio de las obras y pidiendo la remisión del estudio geotécnico correspondiente a la parcela (folio 1246).

Esta última solicitud, la del estudio geotécnico, nuevamente se reitera en sendos escritos presentados ante el Ayuntamiento de Arganda del Rey los días 10 de agosto de 2007 (folio 1245) y 23 de agosto de 2007 (folio

1244). En esta última carta se pone de manifiesto por la constructora, *“la inviabilidad geométrica de lo proyectado una vez comprobado el replanteo de la parcela”* y se solicita: *“1. Regularizar la situación administrativa de la obra: Dejar constancia por escrito de las circunstancias expuestas con anterioridad y que han impedido e impiden el comienzo de los trabajos, así como reflejarlo en un acta de paralización o suspensión de obra; 2. Conseguir un estudio geotécnico correcto; 3. Revisar la cimentación y estructura proyectadas y finalmente, 4. Fijar una fecha oficial de comienzo de los trabajos”*.

Finalmente, la fecha de comienzo de las obras fue el día 3 de diciembre de 2007, firmándose un *“Acta de reinicio de las obras del Centro Integrado de La Poveda, Actuación 2, Piscina Cubierta-Descubierta”* (folio 1259).

El 17 de abril de 2008 se remite a la Dirección facultativa de las obras escrito y diversa documentación relativa a la necesidad de una primera modificación del contrato (folio 1266).

El 25 de junio de 2008 se remite a la Dirección facultativa de las obras escrito de solicitud de ampliación del plazo de ejecución del contrato en quince días, justificándose en la huelga indefinida de transportes habida en España entre los días 6 a 17 de junio de 2007 (folio 1269).

Con fecha 26 de agosto de 2008 se consigna en el Acta de Visita de Obra nº 27, una relación de observaciones a las actas anteriores que ponen de manifiesto las divergencias existentes entre la Dirección facultativa de las obras y la contratista en orden a la ejecución de las obras, llegando a recogerse en el acta que *“la Dirección facultativa advierte que por su parte no va a tolerar cambios de calidades o de ejecución, respecto de lo por ellos definido, adoptados por la constructora en virtud de sus dudas respecto del presupuesto final. Corresponde únicamente a la Dirección facultativa*

decidir qué y como se ejecuta, no a la constructora. Por lo tanto, se advierte que las unidades de obra modificadas por la constructora lo serán a su riesgo y ventura, sin que sean aceptadas o certificadas por la Dirección facultativa” (folios 1271 y1272).

Con fecha 28 de noviembre de 2008, se efectúa la entrega al Ayuntamiento de Arganda del Rey del Proyecto Modificado nº 1 por la contratista (folio 1307).

Con igual fecha se emite informe del Arquitecto Municipal en el que se señala que *“durante la ejecución de las obras de construcción de “CENTRO DEPORTIVO INTEGRADO DE LA POVEDA (ARGANDA DEL REY), ACTUACIÓN 2, PISCINA CUBIERTA-DESCUBIERTA”, proyecto redactado por los arquitectos J.C.G. y M.A.P.L, se han producido incidencias en las mismas que hacen necesario, debido a su importancia, realizar un proyecto modificado según justifica la dirección facultativa, que en este caso coincide con el autor del proyecto, en el documento que se ha redactado al efecto. Este proyecto modificado recoge las unidades de obra que sustituirán o se añadirán a las especificadas en el expediente adjudicado y cambios de medición que hayan surgido a lo largo de la obra ya ejecutada. Tanto las unidades nuevas que se han incorporado como los precios contradictorios aprobados al efecto complementan el proyecto primitivo... Aplicando las mediciones previstas en la obra a ejecutar, el presente proyecto modificado tiene un coste de 3.673.049,10 €, lo que supone un incremento sobre el proyecto original del 19,86%, incluida en esta cantidad el beneficio industrial de contrata, los gastos generales y el IVA correspondiente” (folio 766).*

También con fecha 28 de noviembre de 2008 figura propuesta del Concejal Delegado de Educación, Cultura y Deportes a la Junta de Gobierno Local para la aprobación del Proyecto Modificado de las obras

(folio 770), propuesta que es objeto de aprobación, finalmente, en Junta de Gobierno Local de fecha 1 de diciembre de 2008, según certificación emitida que aparece en el folio 771 del expediente administrativo, formalizándose el día 19 de enero la modificación del contrato (folios 1075 a 1077) Entre las cláusulas que figuran en el citado contrato deben hacerse notar la de remisión al pliego de cláusulas administrativas particulares, al pliego de prescripciones técnicas y al proyecto de obras, documentación ésta que, nuevamente, no se remite a este Consejo Consultivo y la cláusula tercera que señala que *“el plazo de ejecución del presente proyecto modificado es de DOS MESES más, por lo que el plazo total de ejecución será de un año”*.

Con fecha 24 de febrero de 2009, el Arquitecto de la Oficina de Supervisión de Proyectos y Obras de la Consejería de Deportes emite informe, a solicitud de B, sobre el Proyecto Modificado en el que se formulan, entre otras, las siguientes observaciones: *“1. Se deberán justificar claramente las causas que motivan la modificación del proyecto tal y como establecen los artículos 101 y 146 T.R.L.C.A.P.; 2. Se deberá aportar la documentación complementaria que falta, como memorias, planos generales y de detalle (proyecto completo) y que son necesarios para emitir informe favorable”*.

Con fecha 4 de marzo de 2009 se efectúa entrega por la contratista a la Dirección facultativa de las obras de un borrador de proyecto de modificado nº 2, en el que solicita una respuesta rápida *“considerando que las unidades recogidas en el modificado ya se han iniciado en fase de fabricación o ejecución..., para, de forma inmediata, poder hacer entrega en el Ayuntamiento de Arganda del Modificado nº 2”* (folio 1316).

Con fecha 17 de marzo de 2009 se presenta en el Registro General del Ayuntamiento de Arganda del Rey escrito de la empresa contratista relativo a la paralización de las obras en el que se manifiesta lo siguiente:

“...habida cuenta del estado actual de avance de los trabajos, y tomando en consideración aquellos que restan por ejecutar, hemos de trasladarles que esta constructora entiende que en fiel cumplimiento del contrato mencionado, y en particular de lo dispuesto en la “cláusula SÉPTIMA del Anexo al Pliego Técnico. Clausulado relativo a la ejecución de la obra” y al artículo 146 de TRLCAP, existen unidades de obra no recogidas en el contrato vigente y que no se ajustan a ... “reajustes ni especificaciones propias de la ejecución de las obras ocasionadas por el replanteo general o acoplamiento del proyecto” sino que representan modificaciones que afectan tanto al precio como al plazo de las obras. Estas unidades resultan imprescindibles para la correcta terminación de las obras y son conocidas por la Dirección facultativa así como por el Director de los trabajos. Las unidades no formalizadas por contrato alguno, de forma muy resumida comprenden la cubierta móvil del edificio, las cubiertas de madera correspondientes a las zonas ampliadas, las modificaciones de prácticamente todas las instalaciones así como otras actuaciones que a día de hoy impiden el avance del resto de los trabajos por sus relaciones de prelación y dependencia. Por todo lo anterior a día de la fecha no es posible avanzar con los trabajos conducentes a la terminación de las obras, ya que todas las actividades pendientes, o esperan aprobación o están condicionadas por éstas. En consecuencia, resulta imprescindible regularizar la situación administrativa del Proyecto Modificado nº 2 cuya propuesta, a iniciativa de esta constructora, obra en poder de la Dirección facultativa desde el pasado 4 de marzo de 2009” (folio 1312).

El 17 de abril de 2009 se emite informe por la Jefa del Servicio de Administración General del Ayuntamiento de Arganda del Rey, en el que se pone de manifiesto que está pendiente de ejecutar 1.291.293,49 €, una vez descontado el importe total de las certificaciones emitidas (números 1 a 12). En dicho informe se señala que *“toda vez que las obras debían de estar*

totalmente ejecutadas en diciembre de 2008, esta Administración podría optar indistintamente, por la resolución del contrato o por la imposición de las penalidades diarias en la proporción de 0,12 € por cada 601,01 € del precio del contrato”, y considerando más favorable para los intereses del municipio la resolución “dada la envergadura de la obra y la demora en la ejecución producida” (folios 1094 a 1096).

Con fecha 21 de abril de 2009, la entidad B, Programa Regional de Inversiones y Servicios de Madrid, da traslado de la solicitud formulada por la empresa C, subcontratista encargada de la ejecución del suministro e instalación de la cubierta móvil, para que se retengan los importes debidos a la constructora adjudicataria de las obras, ya que ésta les debe 250.000 € (folios 1088 a 1091).

El día 29 de abril de 2009 tiene entrada en el Registro General del Ayuntamiento de Arganda del Rey escrito de la Dirección facultativa de las obras, de fecha 8 de abril de 2009, en el que se ponen de manifiesto las incidencias surgidas entre ésta y la empresa constructora adjudicataria de las obras, declarando que ésta última *“ha ido presentando propuestas alternativas de solución de las instalaciones del edificio que iban más allá de lo solicitado por la Dirección facultativa, que se limitaba a valorar aquellos aspectos del proyecto que no hubiesen sido contemplados por los redactores o que fuesen erróneos”*. El escrito pone de manifiesto el retraso en el plazo de ejecución de las obras, señalando que *“entre los meses de junio a septiembre de 2008... apenas hubo actividad en la obra”*, si bien entiende que las obras también han sufrido retraso por otros motivos que no cabe achacar a la empresa constructora como son la decisión del Ayuntamiento de no comenzar las obras de ejecución de la piscina cubierta-descubierta, por interés público, hasta que no finalizase la campaña de verano o en la necesidad de tramitación de un proyecto modificado *“dado que la geometría del edificio había cambiado”*... *“El*

resultado de lo anterior es que las obras debían estar finalizadas el 3 de febrero de 2009 –plazo incluido en el proyecto modificado nº1. En el momento presente, sin embargo, no sólo no están finalizadas las obras sino que falta por ejecutar un número elevado de partidas del proyecto, aproximadamente un treinta por ciento”. Por ello, la Dirección facultativa concluye su informe señalando que “existen argumentos justificados, por razones de interés público, para la solicitud a la propiedad promotora de las obras, el Ilmo. Ayuntamiento de Arganda del Rey, para que requiera a la empresa adjudicataria de las obras de construcción de la Piscina Cubierta-Descubierta de la Poveda,..., para que abandone de forma voluntaria y acordada la obra procediendo en ese momento a realizar una liquidación material de las obras en el punto en el que se encuentran en la fecha actual” (folios 1097 a 1099).

El 30 de abril de 2009 tiene entrada en el Registro del Ayuntamiento de Arganda del Rey de escrito dando traslado de la demanda formulada por la subcontratista C contra la constructora adjudicataria de las obras (folios 1103 a 1115).

Con fecha 5 de mayo de 2009 se emite por la Secretaría General del Ayuntamiento informe jurídico en el que se considera de aplicación, en cuanto a la resolución del contrato, el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 26 de junio), concretamente el artículo 111 en relación con el 214, siendo el procedimiento a seguir el previsto en el artículo 109 del Real Decreto 1098/2001, por el que se aprueba el Reglamento General de Contratos, debiendo tramitarse procedimiento contradictorio con audiencia previa del contratista y el avalista cuando se proponga la incautación de la garantía. En caso de oposición del contratista se advierte de la necesidad de dictamen preceptivo del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid. Según el citado informe, se aprecia un

incumplimiento culpable por parte del contratista, en cuanto que, desde el principio de las obras, éste cuestionó el proyecto considerando que, *“la actuación del contratista no obedece a las reglas de la buena fe, una de cuyas manifestaciones es que nadie puede ir contra sus propios actos, y él va contra sus propios actos al aceptar el proyecto cuando se presenta al procedimiento licitatorio y cuando finalmente acepta y formaliza la ejecución del contrato, y seguidamente manifiesta constantemente al director facultativo, durante la ejecución de la obra, su desacuerdo con el mismo”*. Añadiendo el informe que *“el contratista no puede pretender hacer un modificación del contrato de obras introduciendo unidades de obra que no comprendiera el proyecto principal porque esto no se permite por el TRLCAP para ningún tipo de contratos y para el de obras lo proscribire en el artículo 146”*.

Además, entiende que el contratista ha vulnerado la obligación prevista en el artículo 115 TRLCAP de comunicar a la Administración los subcontratos a celebrar, concluyendo que concurren como causas para la resolución del contrato las previstas en los apartados e) y g) del artículo 111 (folios 1117 a 1126).

Con fecha de registro de salida de 13 de mayo 2009, se da traslado a la empresa contratista y a la entidad avalista, respectivamente, del escrito de la Jefa del Servicio de Contratación en el que, a la vista de los informes emitidos e incorporados al expediente, se aprecian como causas de resolución del contrato las previstas en el artículo 111 apartados e) y g) TRLCAP, a efectos de cumplimentar el trámite de audiencia (folios 1125 a 1130)

Por escrito registrado el 29 de mayo de 2009, la mercantil contratista presentó las siguientes alegaciones: en primer lugar invoca que la empresa no ha paralizado obra alguna amparada bajo el contrato vigente de fecha 19 de enero de 2009, siendo el Ayuntamiento el que ha incumplido sus

obligaciones no abonando al contratista las obras ejecutadas por éste desde el 1 de diciembre de 2008 y, en segundo lugar, que no ha incumplido ninguna de sus obligaciones relacionadas con la notificación de proveedores y subcontratistas.

Por lo que se refiere a la paralización de las obras, la mercantil contratista señala que *“la Dirección facultativa, con la aquiescencia de la Propiedad, ha ido modificando el Proyecto de Ejecución contratado introduciendo cambios y nuevas unidades que han incrementado sistemáticamente tanto el presupuesto como el plazo del mismo. Asimismo ha incrementado la superficie del edificio en un 40%; que A ha venido ejecutando, por orden del Ayuntamiento y de la Dirección facultativa de las obras, estas unidades a lo largo de todo el período transcurrido de las obras; que la aceptación de dichas órdenes ha significado estar 10 meses sin poder tramitar sus certificaciones de obra realmente ejecutada; que la empresa contratista “ha ido trasladando, en tiempo y forma, tanto a la Dirección facultativa de las obras como a los representantes del Ayuntamiento de Arganda, la incidencia que sobre el precio y el plazo de las obras estaban teniendo las órdenes que se daban en las reuniones de obra; que la contratista “ha venido reclamando sistemáticamente, y a lo largo de todas y cada una de las reuniones celebradas tanto en obra como en las oficinas de la Propiedad, que se cumpliera la legislación vigente y se procediera a regularizar administrativamente como procede las incidencias mencionadas”; que “la Dirección facultativa de las obras, con el consentimiento de la Propiedad, y según se desprende igualmente de la documentación consultada por esta constructora en el expediente que obra en poder del Ayuntamiento, ha actuado negligentemente en la tramitación y regularización administrativa de las órdenes que reflejaba en las reuniones y actas de obra, y que significaban un incremento de precio y plazo; que “el Ayuntamiento de Arganda ha incumplido sistemáticamente sus obligaciones contractuales, en lo que a los pagos de las certificaciones se*

refiere, a lo largo de la práctica totalidad de la obra. En concreto no ha pagado a A la obra acreditada y certificada en los meses de diciembre de 2008 y enero de 2009, negándose a certificar las obras ejecutadas entre febrero de 2009 y la fecha actual; que la empresa contratista “aún a pesar de la situación en la que se encontraba la obra, no ha dejado de celebrar los contratos con los proveedores necesarios para la ejecución de las unidades que aún no tenía contratadas. Una prueba de ello es la cubierta móvil, cuya modificación se recogía en el Proyecto Modificado nº 2 y ustedes reflejan en su escrito; que, “en ningún caso A ha planteado la paralización de las obras, sino que ha reclamado al Ayuntamiento el cumplimiento de las obligaciones que le corresponde conforme al contrato y a la legislación aplicable y ha optado siempre por el cumplimiento del mismo en todos sus términos y condiciones; que la contratista “no ha planteado la rescisión contractual, ni por el período de 9 meses inicial de paralización por cuestiones ajenas a ésta, ni por el incumplimiento sistemático de la Dirección facultativa de las obras y del propio Ayuntamiento en la tramitación de las modificaciones que le eran impuestas, ni por la deficiente tramitación de las certificaciones, ni por el impago de las que ya habían sido tramitadas”.

En cuanto al incumplimiento por el contratista al no haber notificado las subcontratas al Ayuntamiento, la interesada declara que *“ha informado, tanto a la Dirección facultativa de las obras como a la Propiedad, de todos los subcontratistas que iban a intervenir en la obra de referencia previamente a su entrada en la misma. Para la comprobación de este punto basta consultar las Actas de obra firmadas por todas las partes. Comprobadas éstas por la constructora no existe ninguna en la que se haya comunicado por parte de la Propiedad, ni de la Dirección facultativa, que dicha información respecto de los proveedores o subcontratistas haya sido deficiente o donde se haya solicitado información adicional por considerarla insuficiente”*, acompañando copia tanto del

Aviso Previo como del Libro Oficial de Subcontratación en el que figuran los subcontratistas que han intervenido en la obra, previo a su entrada (folios 1186 a 1196).

Acompaña sus alegaciones con diversa documentación consistente en copia del contrato firmado el 16 de febrero de 2007 (folios 1198 a 1200), Acta de Comprobación del Replanteo de las obras, firmada el 2 de marzo de 2007 (folio 1202), estudio elaborado por la empresa contratista en septiembre de 2007 sobre levantamiento topográfico y reportaje fotográfico de la situación actual de la parcela (folios 1204 a 1242), escritos de la mercantil contratista firmados los días 21 de mayo y 10 y 23 de agosto de 2007, solicitando el estudio geotécnico de la parcela porque el que acompañaba al Proyecto de Ejecución no se correspondía con la parcela, así como la fecha de iniciación de las obras (folio 1244 a 1246), Presupuesto revisado de las demoliciones de vestuarios, piscina y pavimentos, de 7 de noviembre de 2007, elaborado por la contratista (folios 1248 a 1257), Acta de reinicio de las obras, firmada el 3 de diciembre de 2007 (folio 1259), informe de situación económica de la obra, elaborado por la empresa contratista en enero de 2008 (folios 1261 a 1264), escrito presentando diversa documentación relativa a la modificación nº 1 del contrato, de 17 de abril de 2008 (folios 1266 y 1267), escrito de la contratista de 25 de junio de 2008, solicitando la ampliación del plazo en quince días como consecuencia de la huelga indefinida de transportes que tuvo lugar en España entre los días 6 y 17 de junio de 2008 (folio 1269), actas de visitas de obra nº 27 de 26 de agosto de 2008 y nº 21, de 12 de junio de 2008 y (folios 1271 a 1275), informe sobre la situación de la obra a 23 de septiembre de 2008, elaborado por la empresa contratista (folios 1277 a 1305), carta dirigida al Ayuntamiento de Arganda haciendo entrega del proyecto modificado nº 1, de 28 de noviembre de 2008 (folio 1307), escrito presentado por la contratista presentando las certificaciones de obras nº 4 a 12, de 5 de diciembre de

2008 (folio 1309), modificación del contrato nº 1, firmada el 19 de enero de 2009 y previamente aprobada por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 1 de diciembre de 2008 (folios 1311 a 1314), escrito de la interesada presentando proyecto de modificado nº 2, con fecha 4 de marzo de 2009 (folio 1316), escrito de la contratista solicitando la paralización de las obras hasta la aprobación del segundo modificado del contrato, de 13 de marzo de 2008 (folio 1318), términos del acuerdo de rescisión amistosa de mutuo acuerdo de 5 de mayo de 2009 (folio 1320), certificación nº 15 y liquidación de 2 de marzo de 2009 (folios 1322 y 1323), copia del libro de subcontratación (folios 1325 a 1329).

No consta que se hayan efectuado alegaciones por parte de la entidad avalista.

Por escrito, con registro de salida del Ayuntamiento de Arganda del Rey de 9 de junio de 2009 se da traslado a la Dirección facultativa de las obras de las alegaciones realizadas por la contratista para que emita informe.

Con fecha 15 de julio de 2009 se presenta en el Ayuntamiento de Arganda informe emitido por el Director Facultativo de las obras, en el que rebate las alegaciones formuladas por el contratista (folios 1332 a 1336).

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES EN 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, 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*”.

El contrato que la Administración pretende resolver es un contrato de obras que tiene carácter administrativo. Atendiendo a la fecha en que fue adjudicado (11 de enero de 2006), se rige por lo dispuesto en el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (en adelante TRLCAP), en aplicación del apartado segundo de la Disposición Transitoria Primera de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

El artículo 59.3 T.R.L.C.A.P. declara que “(...) *será preceptivo el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de: a) Interpretación, nulidad y resolución (de los contratos), cuando se formule oposición por parte del contratista*”.

La solicitud de dictamen por el Ayuntamiento de Arganda del Rey se ha hecho llegar al Consejo Consultivo a través del Consejero de Presidencia, Justicia e Interior, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 14.3 de la Ley 6/2007 (“*Las solicitudes de dictamen de las entidades locales se efectuarán por los Presidentes de las mismas, y se cursarán a través del Consejero competente en relaciones con la Administración local*”), en relación con el Decreto 77/2008, de 10 de julio, del Consejo de

Gobierno, por el que se establece el número y denominación de las Consejerías.

SEGUNDA.- En materia de procedimiento, la resolución de contratos administrativos exige atenerse a lo previsto en los artículos 59 y 112 del TRLCAP, 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) 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 (TRLCAP).

En relación con el órgano competente para acordar la resolución, el artículo 112 del TRLCAP establece que la resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, en su caso.

Por su parte, el artículo 114 del Real Decreto Legislativo 781/1986, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local, dispone que la resolución del contrato podrá acordarla el órgano de la Entidad Local competente para la contratación. En el presente caso fue la Junta de Gobierno Local quien adjudicó el contrato en sesión celebrada el 11 de enero de 2007, así como su modificación, el 1 de diciembre de 2008. En la actualidad, dado que cuando se adjudicó el contrato ya estaba en vigor la nueva redacción dada a la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local, por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del Gobierno Local, el órgano competente para contratar (art. 127.1.f) es la Junta de Gobierno Local, correspondiendo, por tanto, a dicho órgano acordar la resolución.

En el presente caso, se observa en el expediente que no existe un acuerdo de inicio del procedimiento de resolución del contrato adoptado por la Junta de Gobierno Local, sino que se acuerda por la Jefa del Servicio de Contratación, a la vista del informe jurídico emitido por la Secretaria General del Ayuntamiento de Arganda del Rey (folios 1117 a 1124), dar audiencia por diez días naturales, de conformidad con los artículos 109 y 113 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, a la contratista y a entidad avalista, por entender aplicables como posibles causas de resolución del contrato las previstas en los apartados e) y g) del artículo 111 T.R.L.C.A.P., lo que supondría la resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista con incautación de la garantía. Dicho acto se dicta el 5 de mayo de 2009 y podría considerarse como el acuerdo de inicio del expediente, de lo que resulta que se ha adoptado por un órgano incompetente.

Se trata, además, de una incompetencia manifiesta, entendiendo por tal, como señala el Tribunal Supremo en Sentencia de 16 diciembre 2004. (RJ 2005\594) aquella que es ostensible, clara, patente, notoria, palpable, y apreciable sin esfuerzo, lo que sucede en el presente caso. Ello comporta la nulidad del acto y del procedimiento.

El acuerdo de iniciación del expediente de resolución del contrato, como cualquier otro acuerdo de iniciación de un procedimiento administrativo tiene como efectos la determinación de la fecha de inicio del expediente (artículos 42.3 y 4 L.R.J.P.A.C.), e impone a la Administración la obligación de resolver (artículo 42.1 L.R.J.P.A.C.).

Respecto al plazo en que la Administración tiene que resolver los expedientes de resolución de contratos, debe tenerse en cuenta la doctrina recogida por este Consejo Consultivo, entre otros, en su Dictamen 270/09, de 20 de mayo, que considera caducado el expediente de resolución del contrato cuando han transcurrido tres meses desde su inicio de oficio por el

órgano de contratación, en aplicación de las Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 2007 (RJ 2007/7035) y de 13 de marzo de 2008 (RJ 2008/1379) que declaran la aplicación supletoria de la LRJ-PAC de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional Séptima del T.R.L.C.A.P, 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.

Aplicando la anterior doctrina jurisprudencial al caso sometido a dictamen, la consecuencia que se desprende es la de que el presente procedimiento está caducado. Así, si se tiene en cuenta que el acto de inicio del expediente por la Jefa del Servicio de Contratación data de 5 de mayo de 2009, debería haber concluido antes del 5 de agosto de 2009, sin que conste en el expediente que, por la solicitud del presente Dictamen, se haya acordado la suspensión del plazo, de conformidad con lo previsto en el artículo 42.5 c) LRJ-PAC, según el cual, *“el transcurso del plazo máximo legal para resolver un procedimiento y notificar la resolución se podrá suspender en los siguientes casos: ... c) Cuando deban solicitarse informes que sean preceptivos y determinantes del contenido de la resolución a órgano de la misma o distinta Administración, por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente será comunicada a los mismos. Este plazo de suspensión no podrá exceder en ningún caso de tres meses”*.

Por tanto, a la fecha de emisión del presente Dictamen el expediente ha caducado. Ello no obstante, la caducidad del presente expediente no impide la iniciación de uno nuevo, cuyo inicio deberá acordar el órgano competente, caso de existir causa legal para ello.

Siguiendo con el examen del procedimiento, aparte de la necesidad de emisión de dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, que debe ser recabado con anterioridad a la adopción del acuerdo de

resolución del contrato, existe la ineludible necesidad de dar audiencia al contratista (*cf.* artículos 59.1 del TRLCAP y 114.2 del TRRL) y al avalista si, como en este caso, se propone 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 empresa contratista mediante comunicación de fecha 18 de mayo de 2009, y formulado ésta sus alegaciones el 29 de mayo de 2009. Asimismo, se ha cumplimentado el referido trámite en relación a la entidad avalista, mediante escrito notificado el 19 de mayo de 2009, sin que conste en el expediente que se hayan emitido alegaciones por su parte.

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, figura incorporado el informe de la Secretaría General, previo al inicio del expediente, mas no así el de la Intervención, no existiendo ninguna constancia de que se haya emitido, lo que hace incurrir al procedimiento en un vicio de anulabilidad en virtud de lo dispuesto en el artículo 63.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, susceptible de subsanación.

TERCERA.- Llegados a este punto procede analizar los alegados incumplimientos contractuales en que ha incurrido el contratista, y que determinan la necesidad, a juicio del Ayuntamiento, de resolver el contrato.

Previamente es preciso indicar que la resolución de los contratos administrativos queda sujeta a la concurrencia de alguna de las causas previstas con carácter general para todos los contratos administrativos en el artículo 111 del TRLCAP. Concretamente, en lo que respecta al contrato de obras, sus causas de resolución se recogen en el artículo 149 de la citada

Ley, que, sin perjuicio de establecer algunas especialidades, se remite al citado artículo 111.

La Corporación local pretende la resolución del contrato obras al amparo de las causas contempladas en los apartados e) y g) del mencionado artículo 111, que dispone: “*Son causas de resolución del contrato (...):e) la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista y el incumplimiento de los plazos señalados en el artículo 72.2.d) (...) g) El incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales*”.

Al considerar que existe un incumplimiento culpable del contratista, la principal consecuencia consistirá en la incautación de la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada, conforme a lo establecido en el artículo 113.4 T.R.L.C.A.P. En el apartado siguiente de este mismo precepto se dispone que “*en todo caso, el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía constituida*”.

Para averiguar las obligaciones asumidas por el contratista en virtud del contrato, habrá que estar a lo dicho sobre el particular en los Pliegos y documento contractual, partiendo de la premisa indiscutible de que aquéllos constituyen, según conocida expresión jurisprudencial, la “*ley del contrato*”, como resulta del artículo 94 del TRLCAP, conforme al cual “*Los efectos de los contratos administrativos se regirán por la presente Ley, sus disposiciones de desarrollo y por los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas, generales y particulares*”.

En el presente caso, se inició el procedimiento de resolución en base al incumplimiento del plazo total de ejecución de la obra. Esta causa está expresamente recogida en el artículo 95.3 TRCAP. Así, después de declarar el artículo 95.1 de dicho texto legal que “*el contratista está*

obligado a cumplir el contrato dentro del plazo total fijado para la realización del mismo, así como de los plazos parciales señalados para su ejecución sucesiva”, prevé en su párrafo tercero la posibilidad de resolución del contrato al manifestar: “Cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiere incurrido en demora respecto al cumplimiento del plazo total, la Administración podrá optar indistintamente por la resolución del contrato o por la imposición de las penalidades diarias en la proporción del 20 por cada 100.000 pesetas (0,12 por 601,01 euros) del precio del contrato”.

Consta en el contrato como plazo total de ejecución de la obra el de 12 meses, contando con la ampliación concedida con la modificación del contrato aprobada el 1 de diciembre de 2008, a contar desde la fecha en que se iniciaron las obras, 3 de diciembre de 2007. Según el informe emitido por la Dirección facultativa de la obra el 8 de abril de 2009, *“las obras debían estar finalizadas el 3 de febrero de 2009 –plazo incluido en el proyecto modificado número 1-..”.*

En su escrito de alegaciones la contratista manifiesta que *“no ha paralizado obra alguna amparada bajo el contrato vigente de fecha 19 de enero de 2009. El Ayuntamiento si ha incumplido sus obligaciones no abonando a A obras ejecutadas por éste desde el 1 de diciembre de 2008”.* La fecha a la que hace referencia la contratista es a la formalización de la modificación del contrato, no al contrato originario.

En el expediente se pone de manifiesto que el contrato fue firmado el 16 de febrero de 2007, estableciendo un plazo de ejecución general para la terminación total de las obras de diez meses a contar desde la firma del acta de replanteo. El acta de comprobación del replanteo de las obras se levantó el 2 de marzo de 2007. En dicho documento se hizo constar *“la imposibilidad de dar comienzo inmediato a las obras debido al inicio de cursos de natación programados con anterioridad, por lo que el comienzo*

de las mismas debe retrasarse hasta que lo indique la Concejalía competente". El día 3 de diciembre de 2007, *“una vez comprobado que las circunstancias que impedían el comienzo de la obra ya han concluido, se acuerda reiniciar la obra”* y comienza el plazo de ejecución de las mismas, que debería finalizar el 3 de octubre de 2008 (cláusula tercera del contrato). El día 25 de junio de 2008 la empresa contratista solicita a la Dirección facultativa de la obra una ampliación del plazo en quince días como consecuencia de la huelga indefinida de transportes que tuvo lugar en nuestro país en el mes de junio de 2008. No existe contestación alguna por parte de la Administración sobre esta solicitud. Posteriormente, el 1 de diciembre de 2008, se aprobó el primer proyecto modificado, ampliándose el plazo de ejecución en dos meses más, formalizándose dicho acto en documento fechado el 19 de enero de 2009.

Según el informe expedido el 8 de abril de 2009 por la dirección facultativa de las obras, éstas *“debían estar finalizadas el 3 de febrero de 2009 –plazo incluido en el proyecto modificado número 1-. En el momento presente, sin embargo, no sólo no están finalizadas las obras sino que falta por ejecutar un número elevado de partidas del proyecto, aproximadamente un treinta por ciento”*.

Retraso en las obras que se corrobora por las afirmaciones realizadas por el adjudicatario del contrato en su escrito de alegaciones de 25 de mayo de 2009, en el que señala que dirigió escrito al Ayuntamiento dando traslado de un informe de situación de obra a 23 de septiembre de 2008 en el que se advertía que *“las obras, en el mejor de los casos, no terminarían antes del 30 de marzo de 2009”*, y poniendo de manifiesto que ante la falta de regularización de las modificaciones, no se podía certificar gran parte de la obra realmente ejecutada porque no estaba reflejada en el Proyecto de Adjudicación y, por tanto, no se podían cobrar y señalando que las obras habían sufrido un incremento de un 43,95% del proyecto adjudicado.

Igualmente, con el escrito de alegaciones de 25 de mayo de 2009 se aporta copia del escrito de paralización de las obras, fechado el 13 de marzo de 2009 y registrado en el Ayuntamiento el 17 siguiente, en el que reconoce que *“a día de la fecha no es posible avanzar con los trabajos conducentes a la terminación de las obras, ya que todas las actividades pendientes, o esperan aprobación o están condicionadas por éstas. En consecuencia resulta imprescindible regularizar la situación administrativa del Proyecto Modificado nº 2 cuya propuesta, a iniciativa de esta constructora, obra en poder de la Dirección facultativa desde el pasado 4 de marzo de 2009”*.

Por tanto, inicialmente podría considerarse que concurre la causa prevista en el artículo 111 e), si bien debe realizarse una valoración pormenorizada de tal causa de incumplimiento.

Para determinar la culpabilidad o no del contratista en esta causa de resolución es necesario examinar si el retraso producido en las obras está o no justificado. Si no lo estuviere, el incumplimiento será imputable al contratista. Sin embargo, cuando la causa del retraso sea imputable a la Administración, resultaría contrario al principio de buena fe que la Administración, amparándose en una omisión formal del contratista, no sólo pretendiera eludir su responsabilidad, sino que, además, tratara de resolver el contrato por demora en el cumplimiento del plazo, exigiendo responsabilidad al contratista.

Dice la empresa contratista que no ha habido paralización de las obras y es el Ayuntamiento quien ha incumplido sus obligaciones no abonando las obras ejecutadas desde el 1 de diciembre de 2008. Además, justifica el retraso en la introducción por la Dirección facultativa de modificaciones al Proyecto que incrementan el presupuesto adjudicado, que han sido ejecutadas por el contratista y que no han sido regularizadas por la Administración, tramitando el correspondiente modificado.

Sin embargo, por lo que se refiere a la alegación sobre la no paralización de las obras resulta contradictoria con el documento aportado, de fecha 13 de marzo de 2009, en el que la empresa comunica dicha paralización hasta la aprobación del segundo modificado del contrato.

Respecto a las modificaciones introducidas al proyecto adjudicado y su incidencia en el plazo de ejecución del contrato, debe tenerse en cuenta lo resuelto por el Tribunal Supremo en Sentencia de 15 de junio de 1999 (RJ 1999\6449) en un caso en el que la Administración, después de haber introducido diversas variaciones sobre el proyecto inicial, quedando acreditado en los autos que fue la dirección de la obra la que impuso al contratista las modificaciones llevadas a cabo, impuso penalidades a la empresa por el retraso sufrido en la ejecución de las obras. En el Fundamento Jurídico Séptimo dice la Sentencia:

“Sobre este punto, hay que subrayar que incumbe al órgano jurisdiccional de instancia la interpretación del contrato y en la cuestión examinada es correctamente valorada por la Sentencia impugnada, en el fundamento duodécimo, la cuestión de la penalización, existiendo un hecho indiscutible consistente en que la obra efectivamente ejecutada, en virtud de las órdenes de la parte contratante, a través de su Dirección Técnica, superó de forma notoria el contenido inicial de lo proyectado, cuya repercusión sobre el plazo de terminación del contrato se estima indudable y ello determinó una ampliación o prórroga tácita del plazo contractual, que la Sala asume en su integridad, puesto que considera que no existen en el expediente administrativo datos relevantes de que se produzca un retraso por causa imputable al contratista y deja sin efecto la referida penalización.

Estas conclusiones han de mantenerse, ya que no resultan ilógicas o contrarias a las reglas de la sana crítica que en modo alguno, puede predicarse en el caso que nos ocupa, máxime teniendo en cuenta que la

parte actora no utiliza la vía del artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el artículo 95.1.3 de la LJCA (RCL 1956\1890 y NDL 18435) para contravenir los criterios manifestados por la Sentencia recurrida. Así resulta que en el curso de la ejecución de la obra, la Administración, en el ejercicio de la facultad que le reconoce el artículo 50 de la Ley de Contratos del Estado, ordenó, a través de la intervención de la dirección facultativa, la modificación de alguno de los elementos programados, la adición o sustitución de las unidades de obra ya ejecutadas y ello comportó un incremento del tiempo calculado para la terminación de las obras, pero tal desfase no puede imputarse al contratista, que según el artículo 150 del Reglamento General de Contratación del Estado, está obligado a aceptarlo”.

En necesario, pues, examinar detenidamente cuál es el origen de las modificaciones a que hace referencia el contratista, existiendo discrepancias entre el contratista, que viene a señalar que las modificaciones le fueron impuestas por la dirección de la obra (folio 1187 del expediente) y la versión de ésta que indica como causa del retraso las numerosas discrepancias surgidas en la ejecución del proyecto. Así, en el informe de 8 de abril de 2009, la dirección de la obra declara lo siguiente:

“... tras una fase inicial de un correcto y normal desarrollo de las obras que duró las fases de derribos, movimientos de tierras y ejecución de la estructura de hormigón, donde la comunicación entre la constructora y la Dirección facultativa transcurría por los cauces habituales de supervisión, aclaración de dudas y corrección de los errores que iban surgiendo durante la construcción, la comunicación empezó a cambiar después de la puesta en cuestión del proyecto íntegro de instalaciones del edificio.

Durante un período de seis meses, la empresa constructora ha ido presentando propuestas alternativas de solución de las instalaciones del edificio que iban más allá de lo solicitado por la Dirección facultativa, que

se limitaba a valorar aquellos aspectos del proyecto que no hubiesen sido contemplados por los redactores o que fuesen erróneos. A todos los requerimientos de la empresa constructora se ha dado cumplida respuesta por parte de la Dirección facultativa en sucesivos informes que reafirmaban la validez y la idoneidad de las soluciones incluidas en el Proyecto de Ejecución.

Dado que por parte de la empresa constructora no se han aceptado hasta el mes de junio de 2008 las instrucciones de la Dirección facultativa relativas a las instalaciones del edificio, las obras han sufrido una alteración en el plazo de ejecución de las mismas, dado que numerosos oficios dependen de la ejecución de una parte significativa de las instalaciones y no pueden comenzar hasta que no alcancen un cierto grado de desarrollo estas. Al día de hoy, y motivado por estas circunstancias no se encuentran contratados algunos de los elementos claves del edificio, como la climatización”.

Si bien, en ese mismo informe se reconoce la incidencia que en el plazo han tenido la modificación consecuencia del cambio de geometría del edificio, haciendo notar que *“la tramitación administrativa de este proyecto modificado ha supuesto un cierto retraso en las obras no imputable a A, ya que un criterio de prudencia aconsejaba la no ejecución de determinadas partidas nuevas hasta que administrativamente fuera posible a la luz de lo dispuesto en la Ley de Contratos”.*

Llegados a este punto, debe advertirse que de la documentación remitida por el Ayuntamiento de Arganda del Rey, aun con el complemento de expediente solicitado por este Órgano Consultivo el día 4 de septiembre de 2009, no es posible realizar un pronunciamiento sobre la culpabilidad o no del contratista, pues no constan en el expediente los informes a que hace referencia la dirección de la obra, relativos a la validez y la idoneidad de las soluciones incluidas en el proyecto de ejecución frente a los requerimientos

de la empresa constructora. Tampoco aparecen todas las actas de visita de obras en las que se reflejan las órdenes de la dirección y de las que podría desprenderse si las modificaciones operadas han sido o no impuestas por ésta o si han sido modificadas por decisión de la constructora y, por tanto, no aceptadas por la dirección facultativa, como se reflejó en el acta de visita de obra n° 27 de 26 de agosto de 2008. Finalmente no figura entre la documentación remitida el expediente completo de modificación del contrato de acuerdo con las exigencias del artículo 101 T.R.L.C.A.P. que prevé que *“una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones por razón de interés público en los elementos que lo integran, siempre que sean debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas, justificándolo debidamente en el expediente”*.

Sería además necesario que en el procedimiento figure un informe en el que se reflejen los porcentajes de obra efectivamente ejecutada del proyecto originario, los porcentajes de obra ejecutada de la modificación aprobada, si existen otras obras ejecutadas fuera de proyecto, así como los porcentajes de obra sin ejecutar, tanto la inicial como del modificado. El Tribunal Supremo, en Sentencia de 28 de septiembre de 1999 (RJ 1999\9023), en un caso similar al presente ha declarado: *“...Asimismo, también es preciso señalar aquí el importante incremento de obra que representa el forjado de la cuarta planta y la duración de la ejecución de la obra, resulta claro que debe ser tomada en cuenta, pues estamos ante un incremento de la edificación de cuya ejecución se trata*

c) La obra a realizar representaba un incremento de aproximadamente un tercio sobre la obra inicialmente contratada, en tanto que la obra llevada a cabo representaba alrededor del 65% del total de obra a realizar. Traducido en tiempo, ello significa que la duración de las obras podía alcanzar a los doce meses, lógicamente desde mayo de 1989, pero que sobrepasado este tiempo, la obra ejecutada aún no alcanzaba ni el setenta y

cinco por ciento, por lo que el incremento de obra no justifica tampoco el retraso en la ejecución”.

CUARTA.- El Ayuntamiento entiende igualmente aplicable como causa de resolución la prevista en el apartado g) del artículo 111, consistente en *“el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales”*, y, en concreto, la consistente en el incumplimiento del contratista por no haber notificado las subcontratas al Ayuntamiento conforme a lo dispuesto en el artículo 115 T.R.L.C.A.P. y la cláusula vigésimo-segunda del pliego de cláusulas administrativas del contrato. Esta última dispone que *“En ningún caso podrá ser subcontratado ni cedido a terceros el objeto del contrato, sin autorización expresa y por escrito del órgano de contratación”*.

Sobre la concurrencia de varias causas de resolución, el Consejo de Estado ha manifestado en numerosos dictámenes (1475/2002, 3437/1999, 3747/1997, entre otros) la improcedencia de pretender la extinción de un contrato administrativo en dos causas de resolución. En tales supuestos debe aplicarse siempre la primera causa de resolución que aparezca en el tiempo.

El artículo 115 del T.R.L.C.A.P. establece, respecto de la subcontratación, y salvo que el contrato disponga lo contrario, que ésta sólo puede ser parcial con respecto al objeto del contrato; que en todo caso se dé conocimiento por escrito a la Administración del subcontrato a celebrar, con indicación de las partes del contrato a realizar por el subcontratista; que las prestaciones parciales que el adjudicatario subcontrate con terceros no excedan del porcentaje que, superior al 50 por 100 del importe de adjudicación, se fije en el pliego de cláusulas administrativas particulares, sin que quepa, en ningún caso, que el contratista pueda subcontratar un porcentaje superior del indicado 50 por 100 del importe de adjudicación.

Se aprecia una contradicción entre la cláusula vigésimo-segunda del Pliego de Condiciones Particulares y lo dispuesto en el Anexo al Pliego Técnico. Clausulado relativo a la ejecución de la obra, en el que se establece en la cláusula 2. 2.3, relativa a la subcontratación y cesión lo siguiente:

“El contratista podrá subcontratar las partes de obra que considere oportunas y elegir los suministradores, oficios e instalaciones, siempre que acrediten previamente ante el contratista estar al corriente de sus obligaciones tributarias y laborales, quedando facultado el órgano contratante para verificar dicha condición. El Órgano contratante y la Dirección facultativa podrán vetar a quienes estimen justificado, prohibiendo su entrada en la obra o dictando el abandono de la misma, sin que ello pueda dar lugar a la suspensión de los trabajos o prórrogas de los plazos de ejecución. Por tal razón, antes de contratar en firme con subcontratista y suministradores, deberá comunicar al Órgano contratante el nombre de la persona o entidad con quien pretende contratar, con el fin de contar con la previa aprobación de ésta y evitar el tener que resolver a su costa el subcontrato o contrato, si es vetado después de suscrito. Esta obligación no será exigible para el caso de subcontratación o suministros de unidades menores de obra. La subcontratación no libera al Contratista de su plena responsabilidad ante el Órgano contratante y terceras personas, en los términos de la legislación aplicable.

Además, será exigible en todo caso que el Contratista se encuentre al corriente de sus obligaciones de pago frente a terceros vinculados con la obra (subcontratista, proveedores, etc.).

Se prohíbe la cesión del contrato salvo autorización expresa del Órgano contratante que, en su caso impondrá las condiciones de dicha cesión”.

Se observa, por tanto, que la regulación establecida en el clausulado relativo a la ejecución de la obra no difiere de lo dispuesto en el artículo

115 T.R.L.C.A.P., sin que en el contrato se haya prohibido expresamente la subcontratación.

Para que pueda reputarse un incumplimiento de las obligaciones esenciales del contrato es preciso que se haya establecido expresamente la prohibición de subcontratación, como entiende el Consejo de Estado en su dictamen 183/2009, de 18 de marzo. Así, el incumplimiento de estos requisitos, contraviniendo las normas imperativas establecidas en el citado artículo 115, es causa de resolución del contrato. Abunda en esta tesis el dictamen del Consejo de Estado de 10 de diciembre de 1999, al declarar que “... *la subcontratación del servicio sin autorización administrativa,...* es un supuesto de incumplimiento que ha de reputarse como grave, ya que se refiere a las obligaciones esenciales del contrato”.

En el presente caso, no hay tal prohibición, admitiéndose incluso la subcontratación sin necesidad de comunicación previa para el supuesto de unidades menores de obra. Por tanto, la aplicación de esta causa de resolución parece excesivamente rigurosa, cuando, además la contratista alega que no ha incumplido esta obligación, y la Dirección facultativa reconoce la existencia de subcontratistas como hace en su informe de 8 de abril de 2009 (folio 1098), donde declara que conocía y aceptó que la cubierta móvil fuera ejecutada por la empresa C.

En virtud de lo expuesto, se formulan las siguientes

CONCLUSIONES

Primera: El acuerdo de inicio del expediente de resolución del contrato ha sido adoptado por órgano manifiestamente incompetente, por lo que el procedimiento tramitado es nulo de pleno derecho.

Segunda: El expediente de resolución del contrato habría caducado.

Tercera: Con independencia de la Consideración Primera, no es posible un pronunciamiento sobre si el retraso en la ejecución de las obras es o no imputable al contratista, por faltar elementos necesarios para dictaminar, que, para el supuesto de que el Ayuntamiento persistiera en su pretensión de resolver habría de remitir a este Consejo Consultivo.

Cuarta: En todo caso, no concurriría la causa de resolución prevista en el artículo 111 g), relativa a la falta de notificación previa a la Administración de los subcontratistas.

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, 11 de noviembre de 2009