

Dictamen nº: **656/12**
Consulta: **Consejera de Educación, Juventud y Deporte**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **12.12.12**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por mayoría, en su sesión de 12 de diciembre de 2012, emitido ante la consulta formulada por la consejera de Educación, Juventud y Deporte al amparo del artículo 13.1 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, sobre resolución del contrato de obras denominado “*Construcción aulario educación infantil 9+0+c en Coslada*” suscrito con la entidad A el 4 de mayo de 2012.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 29 de noviembre de 2012 ha tenido entrada en este Consejo Consultivo por trámite de urgencia, solicitud firmada por la consejera de Educación, Juventud y Deporte el día 26 de noviembre de 2012, referida al expediente de resolución contractual referido en el encabezamiento.

A dicho expediente se le asignó el número 625/12, comenzando el día señalado el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 34.2 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo, aprobado por Decreto 26/2008, de 10 de abril, del Consejo de Gobierno.

Su ponencia ha correspondido, por reparto de asuntos, a la Sección I, cuyo presidente, el Excmo. Sr. D. Jesús Galera Sanz, firmó la oportuna

propuesta de dictamen, que fue deliberada y aprobada por la Comisión Permanente del Consejo Consultivo, en sesión celebrada el día 12 de diciembre de 2012, por siete votos a favor y los votos en contra de los Consejeros, Sres. De la Oliva y Bardisa, formulando este último el voto particular que se recoge a continuación del dictamen.

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

SEGUNDO.- Mediante Orden de la consejera de Educación (hoy consejera de Educación, Juventud y Deporte) de 22 de noviembre de 2011 se aprobó el proyecto de ejecución de las obras de “*Construcción aulario educación infantil 9+0+c en Coslada*”.

El pliego de cláusulas administrativas que había de regir la contratación de las obras por procedimiento abierto mediante el criterio precio fue aprobado por Orden de 31 de diciembre de 2011. La cláusula vigésima cuarta del citado pliego establece, a propósito de las penalidades por incumplimiento de las obligaciones contractuales lo siguiente:

“(...) cuando el contratista por causas imputables al mismo, hubiese incurrido en demora respecto al cumplimiento del plazo total o de los plazos parciales recogidos en el programa de trabajo aprobado, la Administración podrá optar, indistintamente, por la resolución del contrato o por la imposición de penalidades, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 196 de la LCSP.

Cada vez que las penalidades por demora alcancen un múltiplo del 5 por 100 del precio, el órgano de contratación está facultado para proceder a la resolución del mismo o acordar la continuidad de su ejecución con imposición de nuevas penalidades. En este último

supuesto, el órgano de contratación concederá la ampliación del plazo que estime necesario para la terminación del contrato.

Asimismo, la Administración tendrá las mismas prerrogativas cuando la demora en los plazos parciales haga presumir razonablemente la imposibilidad del cumplimiento del plazo total... ”.

En lo que atañe a la resolución del contrato, la cláusula cuadragésima segunda del Pliego se remite a lo dispuesto en los artículos 206 y 220 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), y en cuanto a los efectos de dicha resolución establece que “*en los casos de resolución por incumplimiento culpable del contratista, este deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados. La indemnización se hará efectiva sobre la garantía, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda de la garantía incautada*”.

La adjudicación del contrato se acordó mediante Orden de la consejera de Educación y Empleo de 24 de abril de 2012 a favor de la empresa A, por un importe de 804.021,38 euros y un plazo de ejecución de 5 meses desde el día siguiente al acto de comprobación del replanteo. El contrato se formalizó el día 4 de mayo de 2012.

El acta de comprobación del replanteo se firma el 14 de mayo de 2012, comenzando a contar el plazo de ejecución de la obra desde el día siguiente.

El 19 de septiembre de 2012 el arquitecto-director informa de la dificultad de llevar a buen término las obras de referencia. El citado informe subraya que “*se está incumpliendo el programa de trabajo desde la firma del Acta de Comprobación de Replanteo, habiéndose retrasado el inicio de la misma sin causa justificables, y estando aún pendiente de terminación la estructura metálica, sin iniciar el forjado de cubierta, por*

lo que no se estima posible la terminación de la misma en el plazo contratado". Además añade que: "La obra se estima ejecutada correctamente en un porcentaje entorno al 17% del presupuesto, pendiente de comprobación fehaciente".

TERCERO.- El 21 de septiembre de 2012 mediante Orden de la consejera de Educación y Empleo de la Comunidad de Madrid se acordó iniciar expediente para la resolución del contrato de obras titulado "*Construcción aulario educación infantil 9+0+c en Coslada*", adjudicado a la entidad A, por haber incurrido la empresa adjudicataria en demora respecto al cumplimiento del plazo total. Además se autoriza el inicio del expediente de incautación de la garantía definitiva por importe de 34.068,70 euros, al reputarse el incumplimiento imputable a la empresa adjudicataria.

Consta en el expediente que el día 3 de octubre de 2012 se notificó al avalista la Orden de inicio del expediente de resolución contractual y de incautación de la garantía definitiva. El día 4 de octubre siguiente la citada Orden fue notificada a la empresa adjudicataria del contrato.

Con fecha 11 de octubre de 2012, el representante de la empresa contratista presenta escrito de alegaciones, oponiéndose a la resolución en base a las siguientes consideraciones:

- El representante de la empresa adjudicataria sostiene que la Administración ha incumplido su obligación de pago infringiendo el artículo 216 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), y la disposición transitoria sexta del citado texto legal. En concreto, señala que la Administración no ha abonado ninguna de las certificaciones emitidas y aprobadas hasta la fecha del inicio del expediente de resolución contractual. Así detalla que no le

han sido abonadas las siguientes certificaciones: una certificación de 31 de mayo de 2012 por importe de 7.661,03 euros; otra de 30 de junio de 2012 por importe de 56.864,64 euros; la de 31 de julio de 2012 por importe de 33.493,44 euros, y una de 31 de agosto de 2012 por importe de 62.870,53 euros. Alega que dicho incumplimiento de la Administración, sumado al de otros contratos que mantiene con la misma, le ha provocado “*una situación de colapso económico – financiero*”.

- El representante de la empresa adjudicataria aduce que en una reunión mantenida el pasado 2 de octubre, se alegó por los representantes de la Administración que las consecuencias de su incumplimiento respecto de la obligación de pago son, exclusivamente, las que establece el TRLCSP. Al respecto manifiesta que si bien es cierto que su representada, con base en lo establecido en el artículo 216 del TRLCSP, ostenta ciertos derechos, subraya que la Administración contratante olvida “*la aplicación subsidiaria de las normas de derecho privado prevista en el artículo 19.2 de la Ley 30/2007 y en la cláusula sexta del contrato suscrito entre las partes*”. En concreto cita los artículos 1100 y 1124 del Código Civil, para sostener que ambos preceptos y la jurisprudencia que los desarrolla, recogen un principio básico e incuestionable del derecho en relación a los contratos, que es que en las obligaciones recíprocas o sinalagmáticas quien incumple no puede exigir el cumplimiento.

- Sostiene además que hay una evidente temeridad al ordenar el inicio del expediente el 21 de septiembre de 2012, cuando no había finalizado el plazo de ejecución inicialmente pactado, que era de cinco meses a contar desde el 14 de mayo de 2012, por lo que entiende que no puede existir demora en el cumplimiento del plazo total de las obras.

Consta en el expediente que el día 25 de octubre de 2012 se firma el acta de comprobación previa a la resolución contractual, medición y liquidación de las obras.

Mediante Orden de la consejera de Educación, Juventud y Deporte de 30 de octubre de 2012 se dispone el envío a la Intervención General de la Comunidad de Madrid del expediente de resolución contractual para su preceptivo informe al haber oposición por parte de la empresa. Asimismo se acuerda la suspensión del procedimiento *“por el tiempo que medie entre la petición de solicitud de informe de la Intervención General y la recepción del documento informado”*.

El 15 de noviembre de 2012 la interventora delegada jefe en la Intervención General, con carácter previo a la emisión del informe requerido, solicita la integración del expediente con una memoria económica justificativa del importe del documento contable AD/elaborado con motivo de la propuesta de resolución contractual. Además se solicita aclaración sobre ciertos importes que figuran en el expediente. El día 19 de noviembre de 2012 el jefe del Área de Contratación da contestación a los requerimientos de la Intervención General.

Con fecha 21 de noviembre de 2012 el interventor general de la Comunidad de Madrid informa favorablemente la propuesta de resolución contractual.

En este estado de tramitación del procedimiento, se remite al Consejo Consultivo, para su preceptivo dictamen, propuesta de resolución del contrato por demora de la empresa adjudicataria *“que impide su finalización en el plazo previsto en el programa de trabajo”*. Igualmente se propone la incautación de la garantía definitiva por importe de 34.068,70 euros.

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 13.1f) apartado cuarto de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre(en adelante LRCC), a cuyo tenor el Consejo Consultivo deberá ser consultado en los expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid en los supuestos de *“aprobación de pliegos de cláusulas administrativas generales, interpretación, nulidad y resolución de los contratos administrativos y modificaciones de los mismos en los supuestos establecidos por la legislación de Contratos de las Administraciones públicas”*.

En materia de procedimiento es aplicable el TRLCSP, al ser el texto vigente al momento de iniciarse la resolución del contrato, que establece en su artículo 211.3.a) que será preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de interpretación, nulidad y resolución, cuando se formule oposición por parte del contratista.

La petición de dictamen se cursa a través de la consejera de Educación, Juventud y Deporte, en virtud del artículo 14.1 de la LRCC (*“El dictamen del Consejo Consultivo será recabado por el Presidente de la Comunidad de Madrid, el Consejo de Gobierno, o cualquiera de sus miembros”*), y del artículo 32.1 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 dictamen ha sido evacuado con carácter urgente al amparo de lo establecido en el artículo 16.2 LRCC.

Respecto al carácter urgente de la consulta efectuada, debe señalarse la necesidad de motivación por parte del órgano consultante, debido al carácter excepcional de la medida consistente en la reducción de plazos, siendo oportuno recordar, como ha señalado este Consejo en anteriores dictámenes, que es característica de la Administración consultiva la de operar con sosiego y reflexión, lo que puede quedar frustrado si se le trasladan, en demasía –e injustificadamente, cabe añadir– las exigencias y apremios propios de la Administración activa .

En este caso, el escrito de solicitud de dictamen no justifica expresamente la urgencia, si bien puede deducirse del expediente la perentoriedad de resolver el contrato e iniciar un nuevo expediente de contratación para atender un servicio público esencial, como es el de la enseñanza, evitando de esta manera la posible desprotección de los destinatarios del servicio objeto del contrato.

SEGUNDA.- La resolución de este contrato administrativo de obras exige atenerse a lo previsto en el artículo 210 del TRLCSP, a cuyo tenor *“dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, acordar su resolución y determinar los efectos de ésta”*. El artículo 211.1 del TRLCSP requiere que en el correspondiente expediente se de audiencia al contratista. Además como hemos señalado anteriormente el apartado tercero de dicho artículo dispone que sea preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de interpretación, nulidad y resolución, cuando se formule oposición por parte del contratista.

En aquellos casos, como el que nos ocupa, en que la causa de resolución invocada sea la demora del contratista en el cumplimiento de los plazos de ejecución del contrato, en materia de procedimiento habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 213 del TRLCSP a cuyo tenor la resolución contractual “*deberá acordarse por el órgano de contratación o por aquel que tenga atribuida esta competencia en las Comunidades Autónomas, sin otro trámite preceptivo que la audiencia del contratista y, cuando se formule oposición por parte de éste, el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva*”. Además debe tenerse en cuenta 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), vigente a falta de una disposición reglamentaria que desarrolle estos procedimientos que exige la audiencia al avalista o asegurador “*si se propone la incautación de la garantía*”. No resulta sin embargo preceptivo, en los casos de resolución contractual por demora del contratista, el informe del Servicio Jurídico, en virtud de lo establecido en el artículo 109 del RGCAP en relación con el artículo 213 del TRLCSP.

De acuerdo con la normativa expuesta resulta que, en nuestro caso, el inicio del procedimiento de resolución contractual, conforme a lo establecido en el artículo 224 del TRLCSP, se ha acordado por el órgano competente para ello, esto es, la consejera de Educación, Juventud y Deporte al ser el órgano de contratación. Además se ha dado audiencia al contratista el cual, mediante escrito presentado en una oficina de Correos el 11 de octubre de 2012, ha manifestado su oposición a la resolución contractual proyectada, lo que hace preceptivo el dictamen de este Consejo Consultivo. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 109 del RGCAP en cuanto que se propone la incautación de la garantía se dio audiencia al avalista, tal y como se ha expuesto en la relación fáctica de este

dictamen. No consta que se hayan formulado alegaciones en el trámite conferido al efecto por parte del citado avalista.

Por otra parte, de conformidad con la Ley 9/1990, de 8 de noviembre, Reguladora de la Hacienda de la Comunidad de Madrid y el artículo 8.a)2. del Decreto 45/1997, de 20 de marzo, por el que se desarrolla el Control Interno y Contable Ejercido por la Intervención General de la Comunidad de Madrid, se ha emitido informe por la Intervención General favorable a la propuesta de resolución.

Por lo que se refiere al plazo para resolver el expediente, el Tribunal Supremo, en Sentencias de 2 de octubre de 2007, de 13 de marzo de 2008 o en la más reciente de 22 de marzo de 2012 ha declarado la aplicación supletoria de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJ-PAC), de forma que si no se resuelve en un plazo de tres meses habiéndose iniciado de oficio, se entiende caducado. En estos términos se ha pronunciado también este Consejo Consultivo en dictámenes anteriores, entre otros, el dictamen 515/12, de 19 de septiembre.

El inicio de este expediente tuvo lugar el 21 de septiembre de 2012 mediante Orden de la entonces consejera de Educación y Empleo, y ha sido remitido al Consejo Consultivo el 29 de noviembre de 2012, por tanto dentro del plazo de tres meses que tiene el órgano de contratación para resolver el procedimiento de resolución contractual. Además cabe señalar que en el seno del procedimiento se han dictado dos suspensiones de plazo, la primera, en mérito a la fiscalización de la Intervención General, y, la segunda, en correspondencia a la solicitud de dictamen a este órgano consultivo.

TERCERA.- Una vez analizado el procedimiento, debemos estudiar si concurre o no causa de resolución del contrato en los términos manifestados en la propuesta de resolución remitida para dictamen de este Consejo Consultivo, que se fundamenta en la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista. Antes de entrar en el análisis de la causa de resolución invocada por la Administración debemos señalar que la normativa sustantiva aplicable a este contrato, viene constituida por la ley vigente al tiempo de la adjudicación, que es el TRLCSP, el cual establece en su disposición transitoria primera que *“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”*. Teniendo en cuenta que el TRLCSP entró en vigor el 16 de diciembre de 2011 y que el contrato que nos ocupa se adjudicó el 24 de abril de 2012, resulta plenamente aplicable dicha normativa.

Dicho esto, debemos señalar que el contrato tiene por objeto la realización de las obras de construcción de un aulario de Educación Infantil en Coslada. Estamos pues ante un contrato administrativo de obras a tenor de lo establecido en el artículo 19.1 a) en relación con el artículo 3.2 a del TRLCSP. Resulta de aplicación al caso el artículo 212 del TRLCSP, cuyo apartado segundo obliga al contratista *“a cumplir el contrato dentro del plazo total fijado para la realización del mismo, así como de los plazos parciales fijados para su ejecución sucesiva”*. En caso contrario, el contratista se constituye en mora sin necesidad de intimación previa de la Administración como se exige en el ámbito del derecho civil (art. 212.3 del TRLCSP).

En el contrato de obras, el plazo para la ejecución se configura como esencial, al tratarse de un contrato de resultado, que el Tribunal Supremo, ha calificado como *“negocio jurídico a plazo fijo”*, en que el contratista se

obliga a cumplir la obra en su totalidad, conforme al proyecto y prescripciones técnicas aprobadas por la Administración y dentro de los plazos, total y parciales, previstos para el caso concreto.

Como hemos manifestado anteriormente al transcribir el art. 212 del TRLCSP, el contratista está obligado al cumplimiento del plazo total previsto para la ejecución del contrato y los plazos parciales, si bien el régimen de su incumplimiento no resulta idéntico en uno y otro caso. Cuando se trate del incumplimiento del plazo total, conforme a lo dispuesto en el artículo 212.4 del TRLCSP, la Administración, siempre que la demora sea imputable al contratista, podrá optar indistintamente entre la resolución del contrato o la imposición de penalidades a razón de 0,20 euros al día por cada 1.000 euros de precio de contrato. También conforme a lo establecido en el citado artículo 212, la Administración dispone de la posibilidad de resolver el contrato en caso de incumplimiento de los plazos parciales, si bien dicha posibilidad queda circunscrita a los supuestos en que así se haya previsto en los pliegos de cláusulas administrativas particulares y, en segundo lugar, en la hipótesis de que la demora producida en el cumplimiento haga presumir razonablemente el incumplimiento del plazo total.

En el contrato que nos ocupa, el pliego de cláusulas administrativas particulares ha previsto expresamente la posible resolución del contrato por incumplimiento de los plazos parciales. Así se deduce de su cláusula vigésima cuarta, párrafo segundo, que contempla la posibilidad de optar, indistintamente, entre la resolución del contrato o la continuidad en su ejecución acompañada de la imposición de penalidades, tanto para el caso de incumplimiento del plazo total como de los plazos parciales previstos para su ejecución.

Es más, también prevén los pliegos, la posibilidad de acordar la resolución o bien imponer penalidades, cuando la demora en el cumplimiento de los plazos parciales haga presumir razonablemente la imposibilidad del cumplimiento del plazo total (párrafo cuarto de la cláusula vigésima cuarta). Los citados pliegos establecen los plazos parciales de ejecución del contrato por referencia al programa de trabajo, según se expresa literalmente en el párrafo primero de la cláusula vigésima tercera. También el contrato suscrito por las partes el 4 de mayo de 2012 contempla en su cláusula tercera la obligación del contratista de cumplir los plazos parciales que se fijen en el programa de trabajo que se compromete el contratista a presentar en el plazo de 30 días naturales. La relevancia de los plazos parciales previstos en el programa de trabajo se recoge en el propio pliego de cláusulas administrativas particulares al advertir en la cláusula vigésima tercera párrafo tercero que *“los plazos parciales que se fijen en la aprobación del programa de trabajo, con los efectos que en la aprobación se determinen, se entenderán integrantes del contrato a los efectos legales pertinentes”*.

La Consejería de Educación, Juventud y Deporte, al proponer la resolución del contrato se ha basado en la presunción, dadas las circunstancias, de incumplimiento del plazo total, habida cuenta del incumplimiento de los plazos parciales. Así se deduce del informe de situación de obra de 19 de septiembre de 2012, del director facultativo de la obra, en el que se subraya la dificultad de llevar a buen término la obra, pues el contratista ha retrasado injustificadamente en inicio de la misma y, faltando apenas un mes para el cumplimiento de plazo total, solo ha ejecutado un 17 % del presupuesto, lo que hace presumir razonablemente que *“no se estima posible la terminación de la misma en el plazo contratado”*. Por el contrario, la empresa adjudicataria, además de sostener la falta de imputabilidad a la misma del retraso en la ejecución a lo que

inmediatamente nos referiremos, aduce la temeridad de la Administración al iniciar un expediente de resolución contractual cuando todavía no ha finalizado el plazo total, por lo que entiende que no puede existir demora en el cumplimiento del mismo.

Dicho esto, como hemos señalado en anteriores dictámenes de este Consejo (así en nuestro Dictamen 175/12, de 21 de marzo), para que proceda la resolución por la causa aducida por la Administración, esto es, por el incumplimiento de los plazos parciales, se hace preciso que la demora en el cumplimiento de los plazos parciales *“haga presumir razonablemente la imposibilidad del cumplimiento del plazo total”* y además que la demora le sea imputable al contratista.

Así las cosas procede entrar a analizar si en el caso que nos ocupa concurren los requisitos necesarios para que proceda la resolución contractual por la causa alegada por la Administración.

En primer lugar no cabe duda de que se ha producido un evidente retraso en la ejecución de las obras, pues debiendo finalizar estas el 14 de octubre de 2012, a fecha 19 de septiembre de 2012, según el informe del director facultativo, solo se había ejecutado un 17% del presupuesto, de manera que en ese momento aún estaba pendiente de terminación la estructura metálica, sin haberse iniciado el forjado de la cubierta. Por otra parte, si en una obra cuyo plazo total de ejecución es de cinco meses, en cuatro meses de trabajo únicamente se ha ejecutado el 17 %, es razonable presumir que en los 24 días que restan para el vencimiento del plazo contractual el contratista no ejecutará dentro del plazo total el 83 % pendiente de ejecutar.

En un caso parecido al que nos ocupa la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 28 de diciembre de 2011 sostiene lo siguiente a

propósito de la presunción razonable de que los incumplimientos parciales determinarán el incumplimiento del plazo total:

“El cumplimiento del plazo de ejecución de las obras tiene una indudable trascendencia, ya que además de haber sido determinantes de la adjudicación, lo que se persigue es un interés público al tener por objeto la construcción de tres Centros de Atención a la Infancia. La imposibilidad de cumplir el plazo final no solo conlleva un perjuicio para el servicio público sino que supone que no se pueda justificar en plazo la subvención recibida, con la consecuencia de que el Ayuntamiento tenga que reintegrarla. No cabe decir por tanto, como hace la sentencia, que resulte precipitada la resolución del contrato 7 meses después de haber sido formalizado, cuando solamente quedaban 4 meses para que venciera el plazo concedido de 11 meses, ya que las obras llevaban varios meses paralizadas. De ahí que los técnicos entendieran en su momento que la resolución no solo no era precipitada sino obligada, a la vista del riesgo evidente de causar un perjuicio al interés público que representaba la Administración promotora de las mismas. La exigencia del art. 95.5 viene referida a una presunción razonable de que no se puede cumplir el plazo legal y esa presunción razonable, a diferencia de lo que declara la sentencia apelada, es incuestionable que existía”.

Ahora bien, como hemos indicado no basta que se haya producido un retraso en la ejecución que haga presumir razonablemente el incumplimiento del plazo total, sino que además se hace preciso que el retraso en la ejecución sea por culpa del contratista. Así lo viene señalando el Tribunal Supremo que, en Sentencia de 21 de diciembre de 2007 afirma lo siguiente:

“Por ello si hay retraso en el cumplimiento del plazo debe examinarse si la demora deriva de causa imputable al contratista o no es atribuible al mismo.

La conclusión acerca de la culpa se obtiene contraponiendo el comportamiento del contratista con un patrón de diligencia común al estándar ordinario de las obligaciones impuestas en el contrato. Son, por tanto, esenciales las condiciones que han concurrido en el desarrollo del contrato a fin de valorar si hubo ausencia de previsión de acuerdo con la naturaleza de las obligaciones y las circunstancias concretas de tiempo y lugar.

Por ello, la administración que acuerda resolver un contrato debe probar la existencia de una situación objetiva de incumplimiento por parte del contratista. Por su parte el contratista deberá acreditar la existencia de una causa exoneradora de su responsabilidad”.

En el presente caso, no cabe duda de que el evidente retraso en la ejecución de las obras le es imputable al contratista, el cual, según consta en el informe emitido por el director facultativo, ha demorado la ejecución de la obras ya desde su inicio, hasta el punto que, faltando menos de un mes para el vencimiento del plazo total de cinco meses, solo ha ejecutado un 17% del presupuesto del contrato.

El contratista aduce como causa de exoneración de su responsabilidad el incumplimiento por parte de la Administración de su obligación de pago, pues sostiene que la Consejería no le ha abonado ninguna de las cuatro certificaciones emitidas y aprobadas hasta la fecha de inicio del expediente de resolución contractual.

La propia Administración en la propuesta de resolución remitida reconoce el retraso en el pago de las certificaciones, pero ello no implica

que la empresa contratista pueda sin más dejar de cumplir las obligaciones que le incumben entre ellas la de ejecutar la obra en el plazo contractual.

A propósito de esta cuestión ha señalado este Consejo Consultivo en su Dictamen 373/12, de 20 de junio, con cita de los dictámenes 331/11 y 532/09, lo siguiente:

“(...) los incumplimientos de la Administración solo 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 este pueda incumplir sus obligaciones so pretexto de omisión o retraso por el órgano de contratación de las suyas”.

Como tuvimos de ocasión de señalar en el citado Dictamen 373/12, con carácter general, en el ámbito de la contratación administrativa no puede admitirse la *exceptio non adimpleti contractus*, como de forma constante viene señalando la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas, Sentencias de la Sala 3^a, de 11 de octubre de 1982; 19 de junio de 1984 y 20 de diciembre de 1989), y el Consejo de Estado, cuyo Dictamen n.^o 1452, de 28 de julio de 1994, se expresa en los siguientes términos:

“El contratista que viera impagadas las certificaciones de obra expedidas por la Administración contratante podrá utilizar aquellas acciones previstas al efecto por la legislación vigente, incluso reclamando intereses, cuando procediera; pero en ningún caso le es dado abandonar por tal motivo la ejecución de las obras, con perjuicio para el interés público insito en todo contrato administrativo. No es admisible jurídicamente escudarse en un impago de certificaciones para justificar la paralización unilateral de las obras”.

Todo ello en base a que, como recuerda el Tribunal Supremo en su Sentencia de 2 de noviembre de 1983 (RJ 1983, 5986), “*el fin del contrato privilegia a quien en principio protege el fin público que con la obra pretende conseguirse, de tal modo que el incumplimiento de la Administración no habilita al contratista para incumplir él sus obligaciones [...]*”.

Tanto la LCSP como el actual TRLCSP (artículo 216), atribuyen al contratista, ante la demora en el pago del precio por más de ocho meses, la posibilidad de instar la resolución del contrato ante el órgano de contratación, que es el competente para acordar la resolución del mismo, siguiendo el procedimiento legalmente establecido. La normativa contractual solo atribuye al contratista, ante la demora en el pago del precio en más de cuatro meses, la posibilidad de acordar unilateralmente la suspensión del cumplimiento del contrato, debiendo comunicar, con un mes de antelación, tal circunstancia a los efectos del reconocimiento de los derechos que puedan derivarse de dicha suspensión. No cabe pues la resolución automática o por decisión unilateral del contratista. El contratista –en aras del interés general al que responde el contrato administrativo– tiene obligación de continuar con el cumplimiento del contrato, hasta que el órgano de contratación acuerde la resolución del mismo.

La normativa contractual regula expresamente las cuestiones invocadas por la empresa adjudicataria, sin necesidad por tanto de acudir al derecho privado como aduce la contratista, y en particular al artículo 1.100 del Código Civil expresamente invocado por la contratista pues es jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo (Sentencias de 30 de mayo de 2000 y de 27 de marzo de 2001) que este precepto del Código Civil no es aplicable “*a los contratos administrativos regidos en este particular por sus disposiciones especiales*”.

En definitiva, acreditado en el expediente que, la empresa contratista ha incurrido en retraso en la ejecución de los obras que hace presumir razonablemente la imposibilidad de cumplir el plazo total, y que ello es imputable al contratista nada se opone a la resolución del contrato que propone la Administración consultante.

CUARTA.- Una vez apreciada la concurrencia de causa para la resolución del contrato, procede determinar los efectos de la misma. La propuesta de resolución consigna como tales efectos de la resolución contractual, la incautación automática de la garantía definitiva por importe de 34.068,70 euros.

En cuanto a los efectos de la resolución el artículo 225.3 del TRLCSP, establece lo siguiente:

“(…) cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, este deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados. La indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada”.

Del precepto transscrito no puede inferirse la incautación de la garantía como un efecto automático inherente a la resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista. En este punto cabe recordar que el artículo 114.4 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas y posteriormente el artículo 113.4 del Texto Refundido, aprobado por Real Decreto legislativo, 2/2000, de 16 de junio, determinaban, para los casos de resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista, la incautación automática de la garantía debiendo además indemnizarse los daños y perjuicios producidos a la Administración

en lo que excedieran de su importe. En base a dicha regulación se venía admitiendo una doble naturaleza de la garantía, por una parte, como una especie de pena convencional que se aplicaba automáticamente con independencia de los daños y perjuicios causados a la Administración, y de otra, como indemnización de los daños y perjuicios causados, lo que exigía una cuantificación de los perjuicios causados de manera que si el cálculo era superior a la garantía incautada, la Administración reclamaba al contratista el importe que excediera de la garantía constituida. Frente a ese automatismo en la incautación de la garantía, la jurisprudencia y el Consejo de Estado, fueron modulando su aplicación e incluso excluyéndola en determinados casos a la vista, por ejemplo, del comportamiento de las partes en la vida contractual. Así la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 2002 señala lo siguiente:

“Incluso en los casos en que puede afirmarse esa imputación del retraso al contratista, hay que tener en cuenta que, como dice la sentencia de 19 de mayo de 1998 (RJ 1998, 3856), «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 [RJ 1987, 4859] y 11 de noviembre de 1987 [RJ 1987, 8787] o de 10 de julio de 1990 [RJ 1990, 6330]), por lo que si el incumplimiento es imputable al 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 la actualidad el artículo 225.3 del TRLCSP (al igual que su precedente inmediato el artículo 208.4 de la LCSP), no contempla referencia alguna a la incautación automática de la garantía, sino que circunscribe las consecuencias de la resolución contractual por incumplimiento culpable de la contratista a la obligación de indemnización de los daños y perjuicios ocasionados, de manera que si el importe de la fianza es superior al de los daños y perjuicios cuantificados, la incautación debe ser parcial, procediendo la devolución de la garantía en la suma restante.

Esta postura es la que viene sosteniendo el Consejo de Estado, así en su Dictamen de 19 de abril de 2012 indica lo siguiente:

“Interesa resaltar que el apartado transcrita no prevé la incautación de la garantía definitiva como un efecto asociado automáticamente a la resolución contractual por incumplimiento de la contratista. Esta previsión contrasta con la contenida en el artículo 113.4 del derogado texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (“cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada”), precepto con arreglo al cual la resolución del contrato por dicha causa conllevaba la incautación de la fianza, sin perjuicio de la obligación de la contratista de indemnizar a la Administración por los daños y perjuicios en lo que excediera del importe de la garantía”.

También es la postura mantenida por otros Consejos Consultivos como el de Castilla-La Mancha (así por ejemplo en el Dictamen 54/2012, de 28

de marzo), el Consejo Consultivo de Asturias (Dictamen 138/2012, de 3 de mayo) o el Consejo Consultivo de Andalucía (Dictamen 894/2012).

Manifestada pues nuestra postura contraria a la incautación automática de la garantía, debe resaltarse que la Administración no ha llevado a cabo ninguna valoración de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento en la ejecución de las obras imputable al contratista. Por ello la Administración contratante deberá tramitar un procedimiento contradictorio con audiencia del contratista para valorar económicoamente los daños y perjuicios irrogados como consecuencia del incumplimiento. En la valoración entendemos que la Administración sin perjuicio de los evidentes daños que le ha supuesto el incumplimiento del contratista, entre ellos el de tener que acudir a una nueva licitación, no puede obviar el hecho de que en el incumplimiento del contratista ha podido tener incidencia el retraso de la Administración en el abono de las certificaciones de obra dentro de los plazos legalmente establecidos, pues no puede desconocerse la doctrina jurisprudencial que, aplicando los principios de buena fe y equidad, prevé, aun cuando conste el incumplimiento del contratista, que la pérdida de la fianza puede verse modulada en atención a circunstancias de muy diversa índole entre las que se encuentran los incumplimientos de la propia Administración. En este sentido nos hemos pronunciado en nuestro Dictamen 373/12.

Ahora bien no podemos olvidar que el artículo 215.4 del TRLCSP establece 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 que, en su caso, hubiese sido constituida”*, previsión que conjuga mal con la brevedad de los plazos a que viene sometida la tramitación del procedimiento resolutorio y la sanción de caducidad que lleva aparejada conforme a lo que hemos señalado en la Consideración Segunda de este dictamen.

Por ello entendemos procedente que pueda acordarse la resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista sin pérdida de la garantía constituida y se incoe un procedimiento contradictorio para la determinación de los daños y perjuicios, reteniéndose mientras tanto el importe de la garantía, como medida cautelar conforme el artículo 72.1 de la LRJ-PAC. Esta postura es la mantenida por el Consejo de Estado en su Dictamen 646/12, de 5 de julio, cuando señala que:

“(...) en tal sentido, aun cuando con ocasión de la resolución del contrato no proceda declarar su pérdida, debe acordarse su retención hasta que se cuantifiquen los referidos daños y perjuicios, cobrándose su importe de la garantía si esta fuera superior a aquellos. Procede, por tanto, declarar resuelto el contrato sin pérdida de la garantía constituida y tramitar un procedimiento contradictorio a fin de determinar el montante de los daños y perjuicios irrogados a la Administración pública, reteniendo hasta la terminación de este dicha garantía toda vez que el importe de los referidos daños deberá hacerse efectivo en primer término con cargo a ella”.

En la misma línea se ha manifestado el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha en su Dictamen 195/2012, de 5 de septiembre.

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

CONCLUSIÓN

Procede la resolución del contrato de obras “*Construcción aulario educación infantil 9+0+c en Coslada*” suscrito con la entidad A por demora en la ejecución imputable al contratista, sin incautación automática

de la garantía constituida y con su retención hasta la resolución del procedimiento para la determinación de los daños y perjuicios causados.

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.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA AL PRESENTE DICTAMEN EL CONSEJERO, DON ISMAEL BARDISA JORDÁ.

«Ismael Bardisa Jordá, Consejero electivo del Consejo Consultivo de la Comunidad Autónoma de Madrid, al amparo del artículo 39 del Reglamento Orgánico de dicho Consejo, formulo voto particular al dictamen aprobado por el citado Consejo, en la sesión de la Comisión Permanente del día 12 de diciembre de 2012, respecto de la resolución del contrato de obras denominado *“Construcción aulario educación infantil 9+0+c en Coslada”* suscrito con la entidad A, expediente remitido para su preceptivo dictamen por la Consejería de Educación, Juventud y Deporte.

El consejero que suscribe, si bien comparte el criterio del Consejo en cuanto a la procedencia de la resolución del contrato por las razones expuestas en el dictamen, lamenta discrepar del parecer mayoritario en lo relativo a la incautación de la garantía definitiva por las razones que se exponen a continuación.

El Dictamen considera que el artículo 225.3 del TRLCSP (anterior artículo 208. 3 LCSP) determina el que la resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista solo conlleva la incautación de la garantía definitiva en lo necesario para cubrir el importe de los daños y perjuicios.

Aun reconociendo que la redacción de la LCSP en este punto es bastante desafortunada, lo cierto es que no considero que existan razones jurídicas convincentes que nos permitan establecer esa interpretación, apartándonos de nuestros anteriores dictámenes.

Si acudimos a los criterios interpretativos del artículo 3 del Código Civil ha de considerarse que la interpretación literal del citado precepto no limita la incautación de la garantía sino que permite entender que la resolución culpable del contrato determina la obligación de indemnizar los daños y perjuicios, indemnización que se hará efectiva sobre la garantía " (...) *sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que excede del de la garantía incautada.*" El precepto no excluye la incautación de la garantía sino que únicamente establece la subsistencia de la responsabilidad del contratista si la garantía incautada no cubre la totalidad de los daños y perjuicios causados. Esta era la solución que recogía el artículo 113.4 del TRLCAP. Por tanto no puede entenderse que el artículo opte claramente por la solución propugnada en el dictamen.

A esta misma solución conduce una interpretación del artículo 225.3 TRLCSP si lo ponemos en relación con los demás preceptos del mismo texto legal. El artículo 102 del TRLCSP establece que la garantía no se devolverá " (...) *hasta que se haya producido el vencimiento del plazo de garantía y cumplido satisfactoriamente el contrato de que se trate, o hasta que se declare la resolución de éste sin culpa del contratista.*" Se mantiene, así, a mi juicio, la función de la garantía como mecanismo de protección del

interés público por el que se celebra el contrato administrativo y cuya titularidad ostenta la Administración contratante.

De igual manera el artículo 100 del TRLCSP al recoger las responsabilidades a que están afectas la garantías distingue como conceptos distintos; de un lado, la responsabilidad por la correcta ejecución, los gastos originados a la Administración por demora del contratista y los daños y perjuicios ocasionados por la Administración cuando no proceda la resolución (apartado b)) y, de otro, la incautación de la misma (apartado c)).

Si acudimos a la regulación de los contratos típicos, vemos como en los de concesión de obra pública (artículo 271.4 del TRLCSP) y en las especialidades del contrato de servicios para la elaboración de proyectos de obra (artículo 310.3 del TRLCSP) se establece expresamente la indemnización de la garantía, independientemente de los posibles daños y perjuicios, imponiéndose además en el segundo supuesto una penalización al contratista incumplidor. Carece de explicación lógica el que se establezca la incautación en estos dos contratos y no, por ejemplo, en el de obras con el que están manifiestamente relacionados.

Por último, el Real Decreto Ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo, modificó la LCSP, a los efectos de favorecer a los contratistas en concurso, recogiendo el preámbulo de dicha norma que "*Las medidas incluidas en capítulo II están destinadas a favorecer la actividad empresarial, en diversos ámbitos.*

En concreto, el artículo 4 reforma la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, con el objetivo de facilitar la continuidad de la relación contractual con la Administración a los contratistas que hayan solicitado la declaración de concurso de acreedores voluntario y que éste haya adquirido eficacia en un convenio; además, como novedad, se

permite la devolución de la garantía depositada por un contratista en el marco de un proceso de contratación pública en caso de resolución del contrato cuando la ejecución de la prestación no se hubiera interrumpido hasta el momento de la declaración de insolvencia y el concurso no hubiera sido calificado como culpable, y se facilita la cesión del contrato, aunque el cedente no tenga ejecutado al menos el 20 % de su importe, si éste hubiera solicitado la declaración de concurso voluntario."

Se permite así que el contratista en concurso continúe ejecutando el contrato y, solo cuando el concurso entre en fase de liquidación, se resolverá el contrato (artículo 224.2 del TRLCSP) y, si el concurso es calificado como culpable, se acordará automáticamente la incautación de la garantía.

Se observa que el legislador (aunque sea el Gobierno de la Nación por medio de decreto-ley) impone la incautación de la garantía al contratista cuyo concurso sea declarado culpable con independencia de los daños y perjuicios causados.

Sería incoherente incautar automáticamente la garantía al concursado culpable y, en cambio, no incautarla al contratista que, culpablemente, incumple el contrato suscrito con la Administración, exigiendo a ésta que pruebe unos daños y perjuicios, que con frecuencia serán difíciles de valorar (retraso en la satisfacción del interés público por el cual se licitó el contrato, costes derivados de sacar a licitación un nuevo contrato, etc.).

Es por ello que el Consejo Jurídico de la Región de Murcia no ha dudado en matizar su doctrina en los dictámenes 208/11, de 17 de octubre y 89/12, de 11 de abril considerando que "*(...) este Consejo Jurídico estima que el nuevo régimen establecido por la indicada Ley no ha supuesto una alteración sustancial en la naturaleza de la fianza, que continúa cumpliendo una función penal o punitiva del incumplimiento culpable del*

contratista, junto a la estrictamente resarcitoria, por lo que en el supuesto objeto de Dictamen procede acordar la incautación de la garantía prestada."

De seguirse la tesis del dictamen resultaría indiferente, a los efectos de la incautación de la garantía, la culpabilidad o no del contratista, algo que choca contra la razón jurídica.

A ello debemos unir el que en ningún momento de la tramitación parlamentaria de la LCSP se aludió al supuesto cambio en la finalidad de la garantía definitiva en los términos a los que alude el dictamen. Ni en la exposición de motivos, ni en los debates parlamentarios, ni en las comparecencias de determinados expertos ante la Comisión de Administraciones Públicas del Congreso de los Diputados se alude a ningún cambio en la concepción y finalidad de la garantía definitiva mientras que sí se alude con frecuencia a los cambios en la garantía provisional. Por tanto tampoco los antecedentes legislativos permiten respaldar la opinión mayoritaria del dictamen.

La memoria justificativa del proyecto de ley (artículo 22.2 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, de organización, competencia y funcionamiento del gobierno) en su apartado dedicado a *"Examen del contenido del anteproyecto: Justificación de las principales novedades"* al mencionar la garantía definitiva se limita a indicar: *"En materia de garantías se han introducido las siguientes novedades respecto de la ley vigente: (...) b) Garantía definitiva: se permite que el órgano de contratación exima al adjudicatario de su prestación en contratos distintos a los de obras y de concesión de obras públicas; se eleva su cuantía básica de un 4% a un 5%; y, en general, se simplifica su régimen jurídico"*.

Tampoco aparecía referencia alguna a este supuesto cambio normativo en el Dictamen 514/2006, de 25 de mayo del Consejo de Estado (Pleno) sobre el anteproyecto de ley.

No parece razonable que un cambio en un aspecto tan frecuente en la contratación administrativa como los efectos de la resolución por incumplimiento culpable del contratista sobre la garantía definitiva, no se destaque en ningún momento del procedimiento de elaboración de la norma.

Por último, quedaría por analizar el espíritu y la finalidad de la norma y la realidad social del tiempo en que es aplicada (artículo 3 del Código Civil). A este respecto hay que concluir que no hay en toda la LCSP ningún indicio de que la nueva norma se aparte de la tradicional concepción de la normativa de contratación administrativa como una modulación de la contratación privada en función de los fines -giro o tráfico jurídico- propios de la Administración.

Apartarse de la concepción tradicional del carácter punitivo de la garantía sin perjuicio de modulaciones en caso de incumplimiento de la Administración (en palabras literales de la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2006 (recurso 192/2003)) supondría alterar un aspecto importante de la contratación administrativo sin un sólido respaldo interpretativo.

A estos efectos la sentencia del Alto Tribunal de 14 de junio de 2002 (recurso 3008/1997) recuerda que *"En fin, la relación existente entre la incautación de la fianza y la exigencia de indemnización por daños y perjuicios ha sido resaltada en sentencias como la de 11 de julio de 1988, donde se resalta que en los supuestos de incumplimiento culpable del contratista la incautación de la fianza opera como indemnización de los perjuicios, sin duda existentes pero difíciles de precisar, que el retraso de*

la obra provoca en el terreno más general del interés público, pero si además puede concretarse y cuantificarse otro tipo de perjuicios, la Administración está habilitada para exigir su indemnización.

De este modo, la incautación de la fianza por culpa del contratista y la indemnización de daños y perjuicios (art. 53 LCE) están estrechamente unidas, hasta el punto de que la segunda presupone la primera. Como coinciden en alegar las dos partes enfrentadas en este recurso de casación – aunque en sentido divergente – no cabe excluir la incautación de la fianza por apreciarse ausencia de culpa, para decir a continuación que resulta procedente la indemnización de daños y perjuicios, que requiere asimismo, de forma inexcusable, esa culpa por parte del contratista. "

Lo expuesto me lleva a entender que no existen en la fundamentación del dictamen del que discrepo argumentos suficientes, mas allá de la cita de otros órganos consultivos y tampoco unánimes, para abandonar nuestra anterior postura respecto a la incautación de la garantía definitiva y la indemnización de los daños y perjuicios en lo que excedan del importe de esta.

Madrid, 17 de diciembre de 2012».

Madrid, 18 de diciembre de 2012