

Dictamen nº: **671/12**  
Consulta: Consejera de Educación, Juventud y Deporte  
Asunto: Contratación Administrativa  
Aprobación: **19.12.12**

**DICTAMEN** de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 19 de diciembre de 2012, emitido ante la consulta formulada por la consejera de Educación, Juventud y Empleo, en relación con expediente sobre resolución del contrato de obras *“Construcción 2ª fase de 6 unidades de primaria y gimnasio en el colegio público de Carabaña”* celebrado con la entidad A, (en adelante el contratista), al amparo del artículo 13.1 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El día 30 de noviembre de 2012 tuvo entrada en el registro del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen preceptivo formulada por la consejera de Educación, Juventud y Deporte, en relación con expediente sobre resolución del contrato de obras *“Construcción 2ª fase de 6 unidades de primaria y gimnasio en el colegio público de Carabaña”* celebrado con la entidad anteriormente citada. Ha correspondido su ponencia a la Sección IV, presidida por la Excmo. Sra. Dña. Cristina Alberdi Alonso, quien firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 19 de diciembre de 2012.

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

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

Por Orden de la consejera de Educación de 29 de noviembre de 2011 se aprobó el proyecto de ejecución de obras de construcción 2<sup>a</sup> fase de 6 unidades de primaria y un gimnasio en el colegio público de Carabaña.

Los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y Prescripciones Técnicas por los que había de regirse el contrato de obras “*Construcción 2<sup>a</sup> fase de 6 unidades de primaria y gimnasio en el colegio público de Carabaña*” fueron aprobados por Orden de la consejera de Educación y Empleo el 31 de diciembre de 2011, para su adjudicación por procedimiento abierto mediante el criterio precio (documento nº 17). La Cláusula 24 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 necesaria 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 42 del Pliego se remite a lo dispuesto en los artículos 206 y 220 de la 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 19 de abril de 2012 a favor de la empresa contratista por importe de 968.146 euros (IVA incluido).

Con fecha 27 de abril de 2012 se firmó el meritado contrato por el director general de Infraestructuras y Servicios en representación de la Comunidad de Madrid, en virtud de la delegación efectuada por la consejera de Educación y Empleo por Orden 5147 de 14 de noviembre, y el representante de la entidad contratista (documento nº 15). Por el contrato, la empresa contratista se comprometía a la ejecución de las obras consistentes en la 2<sup>a</sup> fase de 6 aulas de primaria y un gimnasio en el colegio de Carabaña en un plazo, según la cláusula tercera, de 6 meses, a contar desde el día siguiente a aquel en que tuviera lugar la comprobación del replanteo, la cual debía realizarse en el plazo de un mes desde la firma del contrato. El precio del contrato ascendía a 820.462,71 euros más 147.683,29 en concepto de IVA.

Previamente, el 16 de abril de 2012, la contratista había constituido una garantía definitiva para responder del cumplimiento del contrato por importe de 41.023,14 euros.

Con fecha 9 de mayo de 2012 se levantó acta de comprobación de replanteo (documento nº 14).

El día 19 de septiembre de 2012, el arquitecto director de la obra emite un informe de situación de obra en el que dice lo siguiente:

*“Se informa de la dificultad de la Dirección Facultativa, D.F., para llevar a buen término las obras de referencia.*

*Se está incumpliendo el programa de trabajo desde la firma del acta de comprobación de replanteo, habiéndose retrasado el inicio de la obra, sin causa justificable y estando ejecutada solo parcialmente la cimentación, por lo que no se estima posible la terminación de la misma en el plazo contratado.*

*La obra se estima ejecutada correctamente en un porcentaje entorno al 5% del presupuesto, pendiente de comprobación fehaciente”* (documento nº 12).

Con fecha 21 de septiembre de 2012, a la vista del anterior informe, el director general de Infraestructuras y Servicios dicta resolución por la que se autoriza el inicio del expediente de resolución del contrato por haber incurrido en demora en la ejecución respecto al cumplimiento del plazo total, siendo imputable a la empresa contratista y autorizándose el inicio de un expediente de incautación de la garantía definitiva (documento nº 11). Dicha resolución se notifica a la empresa contratista el día 2 de octubre de 2012. A la entidad avalista parece haber sido notificada por fax, aunque en el acuse de recibo del correo certificado remitido figura fallido el intento de notificación por desconocido (documento nº 9).

Con fecha 27 de septiembre de 2012 (documento nº 13) se levanta por el arquitecto director de la obra y el contratista acta de paralización temporal total de la obra *“ante la urgencia, por motivos de escolarización, de la realización de obras de desvío de saneamiento no recogidas en el*

*Proyecto contratado y que serán ejecutadas por otra empresa, que ha presentado una oferta más favorable”.*

Ese mismo día, 27 de septiembre de 2012 (documento nº 13), el arquitecto director de la obra remite fax a la empresa contratista por el que *“ante el error detectado, por la presente se le convoca mañana día 28 de septiembre de 2012 a la firma del Acta de Paralización Temporal Parcial que rectifica la anterior acta de paralización temporal total firmada, correspondiente a la obra de construcción 2ª fase 6 uds. de primaria y gimnasio en el Colegio Público de Carabaña (Madrid)”*.

Con fecha 27 de septiembre de 2012 (documento nº 13), el arquitecto director de la obra, firma acta de paralización temporal parcial donde se declara que la partes contratantes *“acuerdan la Paralización Temporal Parcial de la obra mencionada ante la urgencia, por motivos de escolarización de la realización de obras de desvío de saneamiento no recogidas en el Proyecto contratado y que serán ejecutadas por otra empresa, que ha presentado una oferta más favorable. Este Acta visto error material o de hecho anula la anteriormente acordada PARALIZACIÓN TEMPORAL TOTAL DE LA OBRA”*. Este acta de paralización temporal parcial no está firmada por el representante de la empresa contratista.

El día 27 de septiembre de 2012 (documento nº 13), el director general de Infraestructuras y Servicios *“vista la solicitud formulada por la dirección facultativa de las obras de paralización temporal parcial de las obras, por causas técnicas imprevistas, a propuesta del Asesor de Proyectos, Construcciones y Supervisión”* acuerda la suspensión temporal parcial del citado contrato.

Por fax remitido a la empresa contratista el día 5 de octubre de 2012 (documento nº 13), se convoca a su representante a la firma del acta de levantamiento de la suspensión temporal parcial de la obra.

El día 8 de octubre de 2012 (documento nº 13), tras constatar la terminación de las obras ejecutadas por la otra empresa, se acuerda el levantamiento de la suspensión temporal parcial acordada el 27 de septiembre de 2012. Dicho documento solo está firmado por el arquitecto director de la obra.

A la vista del anterior documento, con fecha 8 de octubre de 2012, el director general de Infraestructuras y Servicios acuerda el levantamiento de la suspensión temporal parcial del contrato de obras “*Construcción 2ª fase de 6 unidades de primaria y gimnasio en el colegio público de Carabaña*” (documento nº 13).

Por escrito presentado por la empresa contratista en la oficina de correos el día 11 de octubre de 2012, (fecha registro entrada en la consejería 17 de octubre de 2012), el representante de la misma formula alegaciones en las que, en síntesis, se opone a la resolución del contrato y considera que el incumplimiento es imputable a la Administración por la falta de pago de las certificaciones emitidas y aprobadas los días 31 de julio de 2012 y 31 de agosto de 2012, Además, denuncia que la Administración, no solo ha incumplido su obligación de pago en el presente contrato, sino en el resto de las obras que tiene contratadas con la entidad contratista, “*adeudando a la fecha en que se acuerda el inicio del expediente de resolución la cantidad total de 523.336,70 €, en concepto de certificaciones de obra emitidas, aprobadas y no abonadas. A ello se ha de añadir que en dichas obras, a la referida fecha, existían varias certificaciones pendientes de emitir (relativas a los meses de julio y agosto), por un importe total, aproximado de 700.000 € (con el consiguiente perjuicio económico-financiero que ello supone para la empresa a la que represento)*”.

Argumenta que, ante este incumplimiento de la obligación de pago, no solo resulta de aplicación el artículo 200 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, (LCSP) sino que procede la

aplicación subsidiaria de las normas de derecho privado, prevista en el artículo 19.2 LCSP y en la cláusula sexta del contrato. En concreto, considera aplicables los artículos 1124 y 1100 del Código Civil y, en virtud de los cuales, debe aplicarse el principio básico en los contratos de que *“en las obligaciones recíprocas o sinalagmáticas quien incumple no puede exigir el cumplimiento”*. La empresa contratista afirma en sus alegaciones:

*“Para que dicho principio no fuera de aplicación a la Administración contratante la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público tendría que disponerlo de forma expresa y ni lo dispone de forma expresa ni tácita (entre otros motivos debido a que sería de muy dudosa constitucionalidad y atentaría contra gran parte de los principios básicos de la contratación). Pues bien, nos encontramos con un contrato celebrado entre la Consejería de Educación y mi representada del que dimanan derechos y obligaciones para ambas partes y como quiera que la parte que insta la resolución contractual, la Administración contratante, ha incumplido su principal obligación contractual, el pago del precio, de acuerdo con el principio antes expuesto, es evidente que no puede exigir el cumplimiento (sin que exista otra posible conclusión en aplicación de la Ley y la Jurisprudencia que la desarrolle)”.*

Además, añade que no es responsable del retraso que fundamenta la resolución. Dice así en sus alegaciones:

*«Es cierto que mi mandante firmó el acta de replanteo de la obra el 9 de mayo de 2012, pero parece olvidar la Administración contratante que la parcela donde se han de ejecutar las obras no se encontraba expedita y que dicha firma se produjo por el compromiso de retirar, de forma inmediata, diversos elementos de un parque infantil, la red de alumbrado público y otros elementos de mobiliario*

publico (fuente, bancos, papeleras, etc) existentes en la parcela, que impedían el normal desarrollo de las obras. La retirada de dichos elementos no se produce hasta el día 26/06/12, es decir, mes y medio después de la firma del acta de replanteo (en orden a acreditar los citados hechos se adjuntan como documento nº 1 fotografías y correo electrónico enviado por el Jefe de la Obra a la Dirección Facultativa).

Una vez expedido el terreno, se inician las obras, y al ejecutar el vaciado del terreno aparece un depósito de gasoil de 5 m<sup>3</sup>, un aliviadero de hormigón de pluviales que cruza la parcela (elementos que no estaban previstos en el proyecto). Todo ello se comunica primero verbalmente y después se hace constar en el acta de visita de obra de 11/07/12 y se reitera en el acta de 24/07/12 (se adjuntan dichas actas y mails de envío como documentos 2 y 3). La aparición de los elementos, antes descritos provoca la necesidad de modificar la cimentación proyectada. El 02/08/12 la D.F. nos remite nuevos planos para ejecutar la cimentación y cuyas variaciones más importantes, con relación a la inicial, son la eliminación del arriostramiento entre edificios, el desplazamiento global del edificio del gimnasio y la modificación de la cimentación en la zona del depósito en el edificio de aulas (se adjuntan como documento nº 4 planos iniciales y como documento nº 5 planos modificados y correo de la D.F. adjunto al cual se envían los mismos. Mención aparte merece la aparición de un colector de saneamiento ya que, desde un primer momento, la empresa a la que represento solicitó el desvío de dicho colector dada la elevada posibilidad de causar una avería importante al ejecutar el pilotaje. La D.F. no autorizó dicha solicitud y se limitó a modificar la ubicación de los pilotes y a pedirnos el inicio del pilotaje. Como era de prever, al iniciar el pilotaje se afectó el colector, lo que ha supuesto la inundación de las

*obras y la imposibilidad de ejecutar obra alguna; por lo que, con fecha 27 de septiembre de 2012, la D.F. ordena la paralización temporal total de las obras, hasta "... la realización de obras de desvío de saneamiento no recogidas en el proyecto contratado y que serán ejecutadas por otra empresa" (acta de paralización que se adjunta como documento nº 6).*

*En definitiva, de los 6 meses pactados para la ejecución de la obra han transcurrido más de cinco, de los cuales mi mandante apenas ha podido trabajar 15 días, por causas que no le son en absoluto imputables. Además se han producido modificaciones al proyecto inicialmente acordado que afectan a la cimentación (que es un elemento del camino crítico de la obra), por lo que las obras no deberían haberse ni siquiera iniciado hasta la redacción del oportuno proyecto modificado (artículos 219 y 234 del TRLCSP). Es claro, por tanto, que el retraso en la ejecución de las obras no es en absoluto imputable a mi representada y que procede una ampliación del plazo pactado por los motivos antes reseñados de cinco meses a contar desde la aprobación del oportuno modificado o, cuando menos, desde el levantamiento de la suspensión temporal total acordada, en virtud de lo establecido en el artículo 213.2 del TRLCSP».*

No consta en el expediente que la entidad avalista haya efectuado alegaciones.

Con fecha 18 de octubre de 2012 (documento nº 13), el jefe del área de contratación remite escrito a la empresa contratista en el que manifiesta:

*“De acuerdo con lo expuesto anteriormente, el acta de suspensión temporal es parcial y no total y a los efectos del preceptivo trámite de audiencia, se concede una plazo de cinco días naturales contados a partir de la notificación, para que pueda examinar la documentación*

*que obra en el expediente, y alegar y presentar los documentos y justificantes que estime pertinentes... ”.*

En respuesta al anterior escrito, el día 26 de octubre de 2012 la empresa contratista presenta escrito en el que se opone al cambio unilateral efectuado por la Administración respecto a la paralización de las obras acordada el 27 de septiembre de 2012, porque “*al encontrarse la obra en fase de cimentación (camino crítico en la planificación de cualquier obra) y tras la rotura de la línea de saneamiento, la superficie de actuación queda inundada siendo imposible ejecutar obra. Este es el motivo fundamental por el que la paralización de la obra es TOTAL (se adjunta como documento nº 2 fotografías del estado de la misma tras la rotura del saneamiento)*”. Además, alega que el día 18 de octubre presentó un informe completo del jefe de la obra en el que se justificaba la imposibilidad de levantar la suspensión temporal total a la vista de los daños ocasionados por la tercera empresa contratada por la Administración y que han consistido en la eliminación de todas las referencias topográficas de la obra (lo que exige un nuevo levantamiento topográfico), excavación en fustes de pilotes, corte en la red de agua para la obra, tapado de encapados ya excavado, etc.

Con fecha 26 de octubre de 2012, el Área de Proyectos, Construcciones y Supervisión emite informe en el procedimiento de resolución del contrato, en respuesta a las alegaciones formuladas por la empresa contratista, relativas a que el retraso en la ejecución no le es imputable. Así, el meritado informe señala:

*“No disponibilidad del solar: Desde la firma del Acta de Comprobación de Replanteo el 9 de mayo, se pueden iniciar las obras al estar las incidencias localizadas únicamente en una zona del solar.*

*En la zona afectada por el mobiliario urbano, según se recoge en la propia alegación, el Ayuntamiento muestra su disposición a*

*retirarlos tan pronto como se les reclame. Ante el retraso en la solicitud de retirada al mismo y la inminencia de la terminación del curso escolar, se indica a la empresa A que el mobiliario se retirará en menos de una semana, una vez terminen las clases, iniciándose la retirada el 25 de junio, lo que no impedía que la obra se desarrollara en otros ámbitos de actuación.*

*Aparición de infraestructuras desconocidas: En el Proyecto, plano A-02 se refleja la existencia de un colector de saneamiento longitudinal enterrado, un aliviadero transversal y redes de agua y electricidad y telefonía existentes.*

*En las fotos III y IV se observa claramente la existencia de un depósito de combustible enterrado en la entrada del centro. Su no inclusión en el plano anterior se debe a que se realizó en fecha posterior al Proyecto.*

*Referente a la necesidad de desvío del colector de saneamiento, una vez tomadas las medidas en obra para no paralizar el pilotaje y que este no afectara al colector existente, se procedió al desvío del colector en una semana, paralizando la obra mediante un Acta de Paralización Temporal Parcial, por lo que no computan los tiempos para el plazo de ejecución de la obra. La modificaciones precisas, que se limitan a un desplazamiento de algunos de los pilotes de Proyecto, se producen antes de que la empresa empiece con el vaciado de la obra, por lo que no paralizan ninguna actividad de la misma.*

*Pese a la obligación de la empresa de comprobar la realidad del trazado definido en el plano topográfico del colector enterrado, esta comprobación no se realizó por lo que durante el proceso de ejecución del pilotaje se dañó el citado colector, no siendo causa imputable a la Dirección Facultativa ni al Proyecto, sino a la ejecución de los trabajos.*

*Acta de Paralización Temporal Parcial: Para el desvío del colector citado se ordena la paralización de los trabajos afectados, si bien, y pese al Acta de Paralización Temporal Total firmada, en el mismo día se detectó la existencia de un error en esta, notificando a la empresa la necesidad de revocar dicho acta y firmar un Acta de Paralización Temporal Parcial, para lo que se les cita al día siguiente por el mismo conducto que la citación anterior. No comparece a la firma del acta. Posteriormente, una vez concluidas las obras, se vuelve a citar a la empresa para la firma del Acta de Levantamiento de la Paralización Temporal Parcial, por el mismo conducto, no compareciendo de nuevo la empresa. No obstante esta reanuda los trabajos”.*

Consta en el expediente remitido como documento nº 6, acta de comprobación material previa a la resolución del contrato, levantada el día 25 de octubre, en la que se considera ejecutada y debe ser recepcionada la obra por un importe de 49.574,99 €. Dicho acta no está firmada por el representante de la empresa contratista.

Remitido el expediente a la Intervención General para su informe preceptivo, el 21 de noviembre de 2012 la interventora delegada jefe solicita, para la correcta valoración del expediente, la remisión del proyecto de obra que, según documento firmado por el jefe del Área de Contratación de la Consejería de Sanidad se envía ese mismo día 21 de noviembre de 2012 (se advierte que el citado proyecto de obra no aparece entre la documentación remitida a este Consejo Consultivo y debería formar parte del mismo).

La Intervención General de la Comunidad de Madrid ha emitido informe favorable a la resolución propuesta, de fecha 26 de noviembre de 2012.

Consta en el expediente remitido un proyecto de orden que desestima las alegaciones de la empresa contratista y acuerda «*aprobar la resolución del contrato por demora en el cumplimiento del plazo para realizar la obra por parte del contratista en relación a las obras de “Construcción 2ª fase de 6 unidades de primaria y gimnasio en el colegio público de Carabaña”, que fueron adjudicadas a la empresa A y autorizar la incautación de la garantía definitiva a la empresa B(...) por importe de 41.023,14 euros...».*

Con fecha 27 de noviembre de 2012, la consejera de Educación, Juventud y Deporte firma la solicitud de dictamen a este Consejo Consultivo. Consta en el expediente que el procedimiento de resolución ha sido previamente suspendido para la solicitud de dictamen a este órgano consultivo y se ha notificado la suspensión del procedimiento tanto a la empresa contratista como a la entidad avalista.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

## CONSIDERACIONES DE DERECHO

**PRIMERA.-** El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo, al amparo del artículo 13.1.f).4º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, de la Comunidad de Madrid, 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 dictamen ha sido evacuado dentro del plazo de urgencia establecido en el artículo 16.2 LRCC.

Respecto al carácter urgente de la consulta efectuada, debe señalarse la necesidad de motivación por parte de la entidad 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.

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

*“Disposición transitoria primera. 1. Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato. En el caso de procedimientos negociados, para determinar el momento de iniciación se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos.”*

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

La disposición final única del citado Real Decreto Legislativo establece que el mismo entraría en vigor al mes de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, de manera que está vigente desde el 16 de diciembre de 2011 y, a su vez, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público entró en vigor el 30 de abril de 2008.

En el presente caso, dado que el contrato cuya resolución se pretende se adjudicó por Orden de la consejera de Educación y Empleo de 19 de abril de 2012, ya vigente el TRLCSP, resulta de aplicación esta normativa y, por tanto, lo establecido en los artículos 212 y 213 TRLCSP. Además, habrá de tenerse en cuenta, en defecto de una normativa que desarrolle el procedimiento de resolución de contratos, lo establecido en el artículo 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de la Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RLCAP).

**SEGUNDA.-** En materia de procedimiento de resolución de contratos administrativos, el artículo 211 TRLCSP, exige que en el procedimiento de resolución contractual se de audiencia al contratista, siendo asimismo 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.

Tratándose de un caso de resolución por demora, el artículo 213 TRLCSP prevé:

*“1. En el supuesto a que se refiere el artículo anterior (demora), si la Administración optase por la resolución esta 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”.*

Por su parte, el artículo 224 del TRLCSP, atribuye la competencia para la resolución del contrato al órgano de contratación, mediante el procedimiento establecido en desarrollo de la Ley.

En el presente caso, el inicio del procedimiento de resolución contractual se ha acordado por el órgano de contratación, la consejera de Educación y Empleo.

Se ha concedido trámite de audiencia al contratista y a la entidad avalista. Solo ha formulado alegaciones la empresa contratista por escrito presentado el 26 de octubre de 2012.

Al tratarse de una resolución por demora, por aplicación del artículo 213 TRLCSP, ante expuesto, no resulta preceptivo el informe del Servicio Jurídico.

Por lo que se refiere al plazo para resolver el expediente de resolución de contrato, ni el TRLCSP -del mismo modo que su antecesora la LCAP-, ni el RGCAP establecen nada al respecto. El Tribunal Supremo, en sentencias de 2 de octubre de 2007 (RJ 2007/7035) y de 13 de marzo de 2008 (RJ 2008/1379) ha declarado la aplicación supletoria de la LRJ-PAC de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional séptima del TRLCAP, de forma que si no se resuelve en un plazo de tres meses habiéndose iniciado de oficio, se entiende caducado.

En estos términos se ha pronunciado este Consejo Consultivo en dictámenes anteriores, entre otros, el dictamen 270/09 de 20 de mayo, 140/11, de 6 de abril y 515/12, de 19 de septiembre.

En el presente caso, el inicio del mismo tuvo lugar el 26 de septiembre de 2012, y ha sido remitido al Consejo Consultivo el 30 de noviembre de 2012, si bien consta Acuerdo de la Consejera de Educación, Juventud y Empleo, notificado al contratista y a la entidad, por el que se acordó la suspensión del procedimiento, por el tiempo que medie entre la petición del dictamen de este Órgano Consultivo y la recepción del mismo, por lo que el expediente de resolución del contrato no ha caducado.

**TERCERA.-** La propuesta de resolución del contrato de obras “*Construcción 2<sup>a</sup> fase de 6 unidades de primaria y gimnasio en el colegio público de Carabaña*” se fundamenta en la demora en la ejecución del contrato, de conformidad con lo establecido en el artículo 212 TRLCSP, cuyo apartado 2 establece “*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*”.

Y su apartado 4 prevé que “*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 de 0,20 euros por cada 1.000 euros del precio del contrato*”.

La ejecución de la obra en el plazo convenido es una obligación capital del contrato. Este Consejo Consultivo ya señaló en su Dictamen 532/09, la importancia que tiene el plazo de ejecución en los contratos administrativos, que ha dado lugar a que el Tribunal Supremo los haya calificado como “*negocios jurídicos a plazo fijo*”, debido al interés público que revisten los plazos. Así, el Tribunal Supremo califica el plazo como

trascendental, en su Sentencia de 26 de marzo de 1987 (RJ 1987\3944) al señalar:

*“Para resolver con acierto este problema hay que empezar por conceder al plazo, en el presente supuesto, la importancia que tiene en él, necesaria para evitar dilaciones retardatorias en la ejecución de la obra, que a su vez condicionan la puesta en marcha del servicio, que con la misma se trata de atender, pero sin llegar al extremo de considerar el plazo esencial para la validez del contrato, sino tan solo como un término calculado con prudencia, bajo el presupuesto de un desarrollo normal de los trabajos, sin interferencias entorpecedoras.*

*Que esto es así lo demuestra el que el propio Ordenamiento tenga previsto la concesión de prórrogas a los contratistas ante eventos imprevistos, sin que ello constituya una distorsión en la ejecución de la contrata, ni motivo para penalidades o resoluciones contractuales, ya que existen razones suficientes para que estas medidas solo se adopten cuando están plenamente justificadas puesto que la prudencia aconseja, salvo en casos extremos, no romper la atmósfera de concordia y colaboración que debe reinar en las relaciones contractuales administrativas, teniendo siempre presente la proporcionalidad entre el plazo pactado para la ejecución de la obra y el de la prórroga o prórrogas interesadas por los contratistas”.*

Como hemos señalado 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, a 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 vigésimo 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 24). 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 23. También el contrato suscrito por las partes el 27 de abril 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 23 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, estando ejecutada solo parcialmente la cimentación (un 5% 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 retraso en la ejecución de las obras, pues debiendo finalizar estas el 9 de noviembre de 2012, a fecha 19 de septiembre de 2012, según el informe del Director Facultativo, solo se había ejecutado un 5% del presupuesto, de manera que en ese momento aún estaba realizada parcialmente la cimentación. Por otra parte, si en una obra cuyo plazo total de ejecución es de seis meses, en cuatro meses de trabajo únicamente se ha ejecutado el 5%, es razonable presumir que en el tiempo que resta para el vencimiento del plazo contractual el contratista no ejecutará dentro del plazo total el 95% pendiente de ejecutar.

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, 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 dos certificaciones emitidas y aprobadas hasta la fecha de inicio del expediente de resolución contractual. Además, alega que el retraso en la ejecución de la obra no le es imputable, porque no pudo dar inicio a las mismas hasta que el Ayuntamiento de Carabaña procedió a la retirada del mobiliario urbano que se encontraba en el solar (parque infantil, red de alumbrado público, fuente, bancos, papeleras, etc), que se efectuó, finalmente, el día 26 de junio de 2012, esto es, mes y medio después de la firma del acta de replanteo. Después, una vez expedido el terreno e iniciadas las obras aparecieron elementos no previstos en el proyecto, como un depósito de gasoil, una red de baja tensión y un aliviadero de hormigón de pluviales, que motivaron una modificación de la cimentación inicialmente proyectada. También apareció un colector de saneamiento cuyo desvío se solicitó por la empresa contratista para evitar una avería al ejecutar el pilotaje y que no fue autorizado por la dirección facultativa, afectándose –finalmente- al citado colector y produciéndose una inundación de las obras y la imposibilidad de ejecutar obra alguna, acordándose la paralización temporal total de las obras hasta la realización de las obras de desvío de saneamiento no recogidas en el proyecto contratado.

Sobre la primera de las cuestiones alegadas por el contratista – incumplimiento de la Administración de su obligación de pago, ya se ha pronunciado este Consejo Consultivo en su dictamen 656/12, de 12 de diciembre y ha declarado lo siguiente:

*«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<sup>a</sup>, de 11 de octubre de 1982; 19 de junio de 1984 y 20 de diciembre de 1989*), y el Consejo de Estado, cuyo dictamen nº 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 de 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 a la normativa privada como aduce la contratista, y en particular al artículo 1.100 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”».*

Por tanto, debe concluirse que el incumplimiento de la obligación de pago de la Administración no exonera de responsabilidad al contratista en la demora en la ejecución del contrato.

A distinta conclusión debe llegarse, sin embargo, en cuanto al resto de las alegaciones formuladas por la empresa contratista. Así, a juicio de este Consejo Consultivo, resulta acreditado en el expediente que concurren causas que exoneran de responsabilidad al contratista en la demora en la ejecución del contrato.

Así, en primer lugar, frente a la alegación de imposibilidad material de iniciar las obras hasta un mes y medio después del acta de comprobación del replanteo por no haber procedido a la retirada del mobiliario urbano existente en el solar por el Ayuntamiento de Carabaña, si queda acreditado en el expediente que la entidad contratista intentó la retirada del citado mobiliario y, por correo electrónico remitido a la dirección facultativa el día 22 de junio de 2012, comunicó que la retirada de dichos elementos no se produciría hasta el martes 26 de junio por querer esperar a la terminación del período lectivo, *“ya que aún teniendo en cuenta las medidas de seguridad necesarias para la ejecución de la obra, no quieren que coloquemos maquinaria pesada en los trabajos iniciales de excavación y pilotaje mientras no finalice el curso”*. Además, esta circunstancia se hizo constar en el acta de obra nº 1, extendida el día 11 de julio de 2012.

Esta imposibilidad de iniciar la realización de las obras, aunque no afectase a la totalidad del solar, como afirma el informe de los técnicos, debería haber sido tenida en cuenta por la Administración al tiempo de iniciar la resolución del contrato. En este sentido, el artículo 213.2 TRLCSP prevé que *“si el retraso fuese producido por motivos no*

*imputables al contratista y este ofreciera cumplir sus compromisos dándole prórroga del tiempo que se le había señalado, se concederá por la Administración un plazo que será, por lo menos, igual al tiempo perdido, a no ser que el contratista pidiese otro menor”.*

Consta en el expediente la comunicación realizada por el jefe de obra al arquitecto director de la obra en la que pone en conocimiento esta circunstancia y manifiesta que “*por estos motivos y por causas ajenas a nosotros, no podemos dar inicio a la obra hasta pasada la citada fecha*” y en la que se recoge su voluntad de cumplir su compromiso.

Además, el informe del arquitecto director de la obra de 26 de octubre de 2012, en respuesta a esta alegación del contratista, que dice que se podían haber iniciado las obras al estar las incidencias localizadas únicamente en una zona del solar, se contradice con lo recogido en el acta de obra nº 1 firmada, entre otros, por el propio arquitecto director de la obra como dirección facultativa y en la que se manifiesta en el apartado relativo al estado de la obra lo siguiente: “*Se han realizado estos trabajos previos, una vez que los servicios municipales han procedido a la retirada por sus medios del mobiliario urbano, parque infantil y red de alumbrado público que discurría por toda la superficie de la obra*”.

Además, en esa misma acta y en relación con las certificaciones correspondientes a los meses de mayo y junio se establece: “*Se acuerda entre Dirección Facultativa y Constructora, independientemente de la obra ejecutada hasta la fecha, la emisión de certificaciones a cero correspondientes a los meses de mayo y junio*”.

Asimismo, en relación con la aparición de infraestructuras desconocidas tales como el colector de saneamiento, un aliviadero transversal, redes de agua y electricidad y el depósito de gasoil, el informe de los técnicos considera que los primeros estaban ya previstos en el proyecto y que el depósito de gasoil se construyó con posterioridad al proyecto. Sin embargo,

esta afirmación se contradice con lo manifestado por las partes en el acta de obra nº 2, levantada el 24 de julio de 2012, donde se recoge:

*«10.1.- Se comunica por parte de la Constructora que los trabajos de excavación se están viendo afectados por la incidencia de las diferentes instalaciones que concurren por la parcela.*

*10.2.- La Constructora comunica a la Dirección Facultativa, que el aliviadero que discurre entre ambas edificaciones, se encuentra a nivel de terreno, quedando la cota de pavimento terminado del gimnasio, más baja que la cota del aliviadero.*

*10.3.- Se acuerda entre Dirección Facultativa y Constructora, mantener la cota original de proyecto del edificio del gimnasio, cota + 800,05. En contra de lo acordado en la visita anterior.*

*10.4.- Se acuerda entre Dirección Facultativa y Constructora, independizar ambas edificaciones, “Unidad Escolar” y “Gimnasio”, estudiando una nueva cimentación independiente para cada edificio, y evitar así la incidencia que tenían algunos pilotes con el aliviadero.*

*10.5.- La D.F. solicita a la constructora un estudio topográfico de los diferentes elementos encontrados tras el vaciado; con la ubicación real del colector y ramal de la acometida del colegio existente, depósito de gasoil y aliviadero, para el estudio de la cimentación y la incidencia de los mismos en ella.*

*10.6.- La O.C.T. muestra la alternativa de cimentación en la zona afectada por el colector municipal, en la que se duplican los pilotes en dicha zona. Se acuerda, entre las diferentes partes, estudiar otra opción en la que no se incremente el número de pilotes, desplazando pilotes y redimensionando encepados únicamente.*

*10.7.- La Constructora comunica, tras indicaciones del Alguacil del pueblo, la posible existencia de un pozo antiguo de unos 30 m. de profundidad, en la zona anexa al Edificio de la Estación, zona en la que está proyectada la ejecución de tres pilotes.*

*10.8.- La Dirección Facultativa indica la posibilidad de independizar la cimentación de la pasarela que une la edificación con la Antigua Estación, quedando pendiente estudiar por parte de la O.C.T, la cimentación en esta zona una vez que se descubra el pavimento para localizar el posible pozo.*

*10.9.- Se comenta en la reunión la posibilidad de mantener el depósito existente de gasoil, bajo el forjado sanitario, en la zona actual, quedando pendiente el estudio de la cimentación de dicha zona».*

Finalmente, y en relación con la paralización temporal de la obra acordada el 27 de septiembre de 2012 y si es total, como se firmó en el acta levantada con la empresa contratista, o si es parcial, como luego se reflejó en la rectificación material o de hecho en la segunda acta levantada ese mismo día unilateralmente por la dirección facultativa de las obras, es preciso advertir que lo manifestado en el acta no puede ser rectificado unilateralmente por uno de los firmantes del acta y no por el otro. Más aún cuando la rectificación no consiste en cuestión aritmética o de hecho, sino que tiene importantes consecuencias jurídicas como es la paralización total de las obras y, por tanto, la imposibilidad de continuar los trabajos, o la paralización parcial y, por tanto, la obligación de la constructora de continuar con las obras en toda la zona no afectada por la paralización parcial. En cualquier caso, tanto la paralización total como la parcial de las obras, afectan al plazo de ejecución del contrato y debe tenerse en cuenta.

Por tanto, si –de acuerdo con la jurisprudencia antes expuesta- se contrapone el comportamiento del contratista con un patrón de diligencia

común al estándar ordinario de las obligaciones impuestas en el contrato, debe concluirse que, al tiempo de iniciarse al presente procedimiento de resolución del contrato, no existía una demora evidente imputable al contratista que justifique la resolución del contrato.

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

## CONCLUSIÓN

No procede la resolución del contrato de obras “*Construcción 2<sup>a</sup> fase de 6 unidades de primaria y gimnasio en el colegio público de Carabaña*” por demora en la ejecución imputable al contratista.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a este Consejo de conformidad con lo establecido en el artículo 3.7 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

Madrid, 19 de diciembre de 2012