

DICTAMEN N.º 180/2011, de 7 de septiembre. *

Expediente relativo a la resolución del contrato de obra de construcción del Centro de Salud X.

ANTECEDENTES

Primero. Contrato.- Con fecha 1 de junio de 2010 el Director General de Gestión Económica e Infraestructuras del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha (en adelante SESCOAM) y un representante de la Unión Temporal de Empresas (en adelante UTE) formada por las entidades Z y W suscribieron contrato administrativo de obras cuyo objeto era la construcción del Centro de Salud X. El precio del contrato se cuantificaba en 1.855.543,55 euros (más 333.997,84 euros en concepto de IVA), fijándose el plazo total de ejecución de las obras en 18 meses.

La cláusula octava del contrato establecía que *“El contratista está obligado a cumplir el plazo total fijado para la realización del mismo, así como los plazos parciales señalados para su ejecución sucesiva, en los términos fijados por el artículo 196.2 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre de Contratos del Sector Público”*.

Por su parte, la cláusula novena disponía que *“Si el adjudicatario, por causas imputables al mismo, incurriera en ejecución defectuosa o demora en la entrega, la Administración podrá optar por la resolución del contrato con pérdida de la fianza o por la imposición de penalidades previstas en el artículo 196 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público”*.

Se acompaña al documento contractual el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares rector de la contratación, el cual esboza en su cláusula I.2.1 el régimen jurídico del contrato, concretado en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP); el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la misma; y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP) aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

En la cláusula IX.5 expresa que *“los plazos parciales que procedan fijarse al aprobar el programa de trabajo se entenderán como integrantes del contrato a los efectos de su exigibilidad”*. Asimismo, la cláusula XI.5 establece que *“El adjudicatario queda obligado al cumplimiento del plazo de ejecución del contrato y de los plazos parciales fijados por la Administración. Si llegado el término de cualquiera de los plazos citados el contratista hubiera incurrido en mora por causas imputables al mismo, la Administración podrá optar por la resolución del contrato o por la imposición de penalidades económicas. Éstas tendrán la cuantía determinada en el artículo 196.4 LCSP”*.

Segundo. Informe del Director Facultativo de las obras.- Con fecha 10 de marzo de 2011 el Director Facultativo de las obras emitió informe en el que tras señalar que el acta de comprobación del replanteo que autorizó el inicio de la obra se suscribió el 28 de octubre de 2010, y que el 24 de enero de 2011 quedaron retiradas de la fachada las líneas telefónica y eléctrica, expresaba que *“Los trabajos de demolición podían haber dado comienzo desde el pasado 25 de enero de 2011, dado que [...] no hay ningún tipo de instalación que se apoye sobre la fachada del edificio”*.

Añadía que *“A fecha de hoy la obra está sin actividad”*.

Tercero. Incoación del expediente resolutorio.- Con base en dicho informe, el Director General de Gestión Económica e Infraestructuras del SESCOAM acordó con fecha 7 de abril de 2011, la incoación del expediente de resolución del contrato, al considerar que existían indicios de concurrencia de las causas de resolución previstas en el artículo 206.d), f) y h) de la LCSP.

Planteaba además la incautación de la garantía definitiva constituida que ascendía a 92.777,18 euros y designaba instructor del procedimiento al Jefe de la Sección de Patrimonio adscrito al Servicio de Contratación del SESCOAM.

Cuarto. Audiencia.- A fin de impulsar el procedimiento iniciado, el Jefe del Servicio de Contratación dio traslado de tal acuerdo tanto a la entidad aseguradora como a la UTE contratista mediante sendos escritos del 11 de abril de 2011, otorgándoles además un plazo de diez días para que pudieran formular cuantas alegaciones estimaran oportunas.

No consta que la entidad aseguradora haya formulado alegación alguna.

La contratista, por su parte, presentó escrito de alegaciones con fecha 28 de abril posterior, en el que señalaba que el plazo de ejecución no debería computarse desde la fecha de comprobación del replanteo, sino desde que dejaron de existir obstáculos -tales como la línea telefónica y eléctrica pertenecientes al edificio antiguo- para iniciar la obra; que se les había comunicado verbalmente que la falta de liquidez obligaría a la Administración a no efectuar pagos durante el ejercicio 2011, lo que revertía en la programación de la obra, debiendo proceder además la Administración al abono de las certificaciones que tenía pendientes; y que ni en el Pliego ni en el contrato se establecían plazos parciales, sin que tampoco figuraran en el programa de trabajo presentado por el contratista y aprobado por la Administración.

Afirmaba a su vez que la ejecución de la obra conllevaba alteraciones en el proyecto y diferentes soluciones técnicas en base a necesidades detectadas que se encontraban sin clarificar y que afectaban a la excavación y sus efectos en edificios

* Ponente: José Sanroma Aldea

colindantes, práctica de la demolición en la franja próxima a los edificios medianeros, ruido de la maquinaria en la realización del pilotaje y sobrecarga en los forjados.

Tras citar jurisprudencia relativa a que la potestad resolutoria sólo puede ser ejercida por la Administración si ésta ha dado debido cumplimiento a las obligaciones que le corresponden, aludía a la improcedencia de la incautación de la fianza que se proponía, en cuanto no existía culpabilidad alguna del contratista.

Concluía solicitando se declarara la improcedencia de la resolución al no existir plazos parciales ni culpabilidad de la contrata en las circunstancias que mediatizan la ejecución, afirmando expresamente la posibilidad de dar cumplimiento al contrato en el plazo que resta.

Quinto. Nuevo informe de la Dirección Facultativa de la obra.- A la vista de las alegaciones formuladas, los técnicos que ejercen la dirección facultativa de la obra emitieron nuevo informe con fecha 10 de mayo de 2011, dando respuesta a las disfunciones técnicas señaladas por el contratista y afirmando que, en ningún caso, impiden las labores de inicio de la demolición, posibles desde el día 25 de enero anterior.

Sexto. Informe de la Jefa del Servicio de Obras.- Se incorpora a continuación a la tramitación un informe emitido el 11 de mayo siguiente por la Jefa del Servicio de Obras en el que concluía que, atendiendo a *“los aspectos meramente técnicos de la obra [...], no hay razón para que la [misma] permanezca parada desde el 25 de enero de 2011 pues una vez solucionado el problema relativo a las líneas telefónica y eléctrica, las otras cuestiones planteadas [...] bien se pueden solventar durante el proceso normal de ejecución de la obra o bien ya se encuentran resueltas, sin necesidad de llegar a parar la obra como consecuencia de no iniciar la demolición y posterior construcción”*.

Séptimo. Informe del Arquitecto Coordinador.- Figura seguidamente en el expediente el informe emitido el 7 de junio de 2011 por el Arquitecto Coordinador de la Administración, en el que expresaba que *“A día de hoy han transcurrido más de 7 meses (3 meses para el desvío de instalaciones, más 4 en los que no existía problema alguno) sin que se haya trabajado en la obra. [] Parece razonable considerar que es, de hecho y por la experiencia en obras similares, muy difícil ejecutar las obras en los 11 meses de plazo que restan, descontando de los 18 meses iniciales previstos 7 de ellos ya transcurridos (40 % del plazo total previsto) sin que se haya avanzado nada”*.

Octavo. Propuesta de resolución.- A la vista de lo actuado, el instructor del procedimiento formuló propuesta de resolución con igual fecha 7 de junio, en el sentido de resolver el contrato suscrito por demora en el cumplimiento de plazos imputable al contratista, con fundamento en las causas resolutorias previstas en el artículo 206.d), f) y h) de la LCSP, y con incautación de la garantía definitiva constituida.

Noveno. Informe del Servicio de Asesoramiento y Desarrollo Normativo.- Con fecha 17 de junio de 2011 emitió informe un Técnico Jurídico con el visto bueno de la Jefa del Servicio de Asesoramiento y Desarrollo Normativo en el que se pronunciaba favorablemente sobre la propuesta de resolución del contrato.

Décimo. Suspensión de la tramitación.- Se aporta a continuación acuerdo adoptado el 22 de junio posterior por el Director General de Gestión Económica e Infraestructuras en el sentido de suspender el plazo legal para resolver el procedimiento en tanto era emitido el dictamen de este Consejo Consultivo, todo ello en aplicación de lo previsto en el artículo 42.5.c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

De dicho acuerdo ha dado traslado el instructor al contratista y a la entidad aseguradora mediante sendos escritos de 24 de junio posterior, sin que se incorporen al expediente los acuses de recibo que acrediten la efectiva recepción de las notificaciones por sus destinatarios.

En tal estado de tramitación V.E. dispuso la remisión del expediente con carácter urgente a este Consejo Consultivo, en el que tuvo entrada con fecha 26 de julio de 2011.

En respuesta a lo solicitado por este Consejo, desde el Servicio de Contratación de la Dirección General de Gestión Económica e Infraestructuras del SESCAM se dio traslado con fecha 29 de julio de 2011 del programa de trabajo presentado por la entidad contratista y de la resolución del titular de dicho centro directivo datada el 28 de octubre de 2010 aprobatoria del mismo, en la que se expresa que *“Se considerarán plazos parciales los reflejados en el presente programa de trabajo de periodicidad mensual”*. El programa de trabajo establece un *“Calendario de obras e inversiones”* que recoge las tareas pertenecientes a las diversas partidas a desarrollar en los distintos meses (identificados como mes 1, mes 2, mes 3, etc.) que conforman plazos de ejecución, determinando el coste de las mismas para cada periodo.

Igualmente, mediante escrito de fecha 1 de agosto de 2011, la Jefa del Servicio de Obras remitió a este Consejo copia de las certificaciones mensuales giradas por el contratista y aprobadas por la Administración; y certificado expedido en igual fecha por el Asesor Técnico del aludido Servicio expresivo de que en el acto de comprobación del replanteo *“por quien suscribe este certificado, designado por el Director General de Gestión Económica e Infraestructuras del SESCAM para actuar como representante del SESCAM en este acto, se le hizo entrega a la empresa constructora de la obra en cuestión de la Aprobación del Programa de Trabajo, el cual contaba con informe favorable de la Dirección Facultativa correspondiente a la obra”*.

A la vista de dichos antecedentes, procede formular las siguientes

CONSIDERACIONES

I

Carácter del dictamen.- El artículo 195.3.a) de la LCSP, dispone que *“será preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de: [] a) [...] resolución, cuando se formule oposición por parte del contratista”*.

Por su parte, el artículo 109 del RGLCAP establece en su apartado 1.d), como uno de los requisitos con que ha de contar el expediente de resolución del contrato, el dictamen del órgano consultivo si se da la circunstancia de que se formule oposición a la misma por parte del contratista.

Los mencionados preceptos deben ser puestos en conexión con el artículo 54.9.c) de la Ley 11/2003, de 25 de septiembre, del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, que determina que el Consejo Consultivo deberá ser consultado en los procedimientos tramitados por la Administración de la Junta de Comunidades que versen sobre resolución de contratos administrativos cuando se formule oposición por parte del contratista.

Es objeto del presente expediente la resolución del contrato de obra de construcción de un Centro de Salud X fundada en la demora en el cumplimiento de los plazos imputable al contratista. Teniendo en cuenta que, en el periodo de audiencia concedido al efecto por el organismo instructor, la entidad contratista ha manifestado su oposición expresa a la pretensión de la Administración de resolver el contrato, procederá, en virtud de los artículos anteriormente citados, la intervención de este órgano consultivo en el procedimiento con carácter preceptivo.

II

Examen del procedimiento tramitado.- De manera previa al examen de las cuestiones sustantivas que derivan del expediente sometido a dictamen, se estima preciso realizar el análisis de los requisitos procedimentales necesarios para proceder a la resolución del contrato y comprobar si en este caso se ha dado cumplimiento a los mismos.

El artículo 207 de la LCSP remite a las normas de desarrollo de la misma el procedimiento a seguir para la aplicación de las causas de resolución de los contratos. Como quiera que tal procedimiento no ha sido establecido hasta la fecha, no existen dudas sobre la aplicación de las normas de procedimiento contenidas en el RGLCAP.

La citada norma reglamentaria establece en su artículo 109 los requisitos que son exigibles al procedimiento de resolución de los contratos, concretándolos en los siguientes: *“a) Audiencia al contratista por plazo de diez días naturales, en el caso de propuesta de oficio. [] b) Audiencia, en el mismo plazo anterior, del avalista o asegurador si se propone la incautación de la garantía. [] c) Informe del Servicio Jurídico, salvo en los casos previstos en los artículos 41 y 96 de la Ley (referentes a la falta de constitución de la garantía definitiva y demora en el cumplimiento de los plazos, respectivamente). [] d) Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, cuando se formule oposición por parte del contratista”*.

Además, es preciso indicar que el artículo 197 de la LCSP establece, para los supuestos de resolución por incumplimiento de los plazos imputable al contratista, que los únicos trámites a sustanciar serán la audiencia a éste y, cuando formule oposición, el dictamen del órgano consultivo.

Contrastadas las actuaciones realizadas con el citado referente normativo se ha de constatar el cumplimiento formal de los trámites esenciales fijados en el mismo, pues tras la incoación del procedimiento por la Administración fijando las causas resolutorias que pretendían hacerse valer, se dio traslado de dicho acuerdo a las entidades contratista y aseguradora, formulando la primera cuantas alegaciones estimó oportunas.

Una vez incorporados a la instrucción diversos informes técnicos en orden a la aclaración de las alegaciones planteadas, se procedió por el instructor a formular la correspondiente propuesta de resolución de acuerdo con lo exigido en el artículo 84.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, tras de lo cual culminó el expediente con su traslado a este Consejo Consultivo solicitando la emisión de su dictamen con carácter urgente.

Sin perjuicio de lo anterior cabe observar, en primer término, que en la propuesta de resolución no se ha dado respuesta a la afirmación planteada por la contratista en sus alegaciones -y que ha resultado sustancial para la elucidación del fondo del asunto- de que no se habían fijado plazos parciales que pudieran serle exigibles. La ausencia de tal dato ha sido subsanada a instancia de este Consejo mediante la aportación por el organismo instructor tanto del programa de trabajo presentado en su día por la entidad contratista, como de la resolución aprobatoria del mismo en la que se constata que los hitos en él reflejados han de ser considerados plazos parciales a efectos de su exigibilidad. Dicha resolución fue entregada a la entidad adjudicataria en el acto de comprobación del replanteo, según se acredita en certificación emitida por el Asesor Técnico del Servicio de Obras que participó en ese acto, por lo que, pese a la deficiencia destacada, no es posible apreciar que la entidad interesada haya padecido indefensión alguna que pudiera viciar de nulidad el procedimiento sustanciado.

Igualmente es necesario destacar que, como se ha expresado en antecedentes, el presente dictamen ha sido solicitado con carácter urgente con amparo en lo previsto en el artículo 51.2 de la citada Ley 11/2003, de 25 de septiembre, si bien sin

que resulte justificado el motivo en que pretende fundarse dicha circunstancia. Sin perjuicio de ello y atendiendo a la urgencia manifestada, se emite el dictamen en el plazo reducido que fija tal precepto, aun constatando que el expediente no aparecía completo inicialmente y tuvo que ser completado en sendas ocasiones con el envío de diversa documentación necesaria para la emisión del pronunciamiento de este Consejo.

Por último es preciso significar que la petición del dictamen ha llevado consigo la suspensión de la tramitación, en virtud de la posibilidad prevista en el artículo 42.5.c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, precepto que exige que se comunique a los interesados la petición de dictamen. A tal mandato se ha dado cumplimiento en el expediente mediante la incorporación al mismo de las respectivas notificaciones practicadas al contratista y a la entidad aseguradora, si bien sin que se hayan aportado los documentos que acrediten la efectividad de las mismas.

Sin perjuicio de las observaciones manifestadas, hay que concluir indicando la conformidad de la tramitación realizada con el procedimiento previsto en los preceptos que lo regulan, procediendo iniciar el análisis de la aplicación de las causas de resolución alegadas al supuesto objeto de consulta, no sin antes incidir en el significado de la potestad resolutoria que ostenta la Administración y en el alcance y límites de la misma en relación con las causas invocadas.

III

Significado y alcance de la potestad de resolución contractual.- Como ha manifestado este Consejo en su reciente dictamen 102/2011, de 4 de mayo, la potestad resolutoria conferida a la Administración en relación con los contratos sometidos al Derecho Administrativo se enmarca dentro del ámbito de las denominadas prerrogativas previstas en el artículo 194 de la LCSP, concebidas por la doctrina como privilegios o facultades exorbitantes, cuyo ejercicio no se produce de manera automática sino sólo cuando lo exija el interés público implícito en cada relación contractual, fundándose así en el servicio objetivo a los intereses generales que el artículo 103 de la Constitución proclama de la actuación administrativa.

La existencia de estas prerrogativas no es incompatible con la noción de contrato configurada en el ámbito civil, al contemplar el propio Código Civil, en su artículo 1258, que la buena fe, el uso o la ley pueden imponer a las partes contratantes obligaciones que, aun no estando expresamente pactadas, deriven de la naturaleza de su contenido.

El sentido y funcionalidad de la resolución contractual encuentra cobertura legal en el Derecho común de obligaciones y contratos, en tanto que, como ha señalado el Tribunal Supremo en su Sentencia de 17 de marzo de 1989 (RJ 2234), *“los contratos administrativos no son sino una figura especial, con modulaciones características impuestas por su vinculación al cumplimiento de los intereses públicos de la institución contractual, siéndoles de aplicación en definitiva, salvando esas peculiaridades y características, las normas y principios de la dogmática del negocio jurídico, entre los que se encuentra la figura de la resolución contractual para el caso de su incumplimiento en las obligaciones recíprocas (artículo 1.124 del Código Civil y preceptos concordantes) y la institución del resarcimiento de daños y perjuicios a favor del acreedor, que no es sino una manifestación del principio del Derecho de obligaciones de que el deudor debe reparar las consecuencias nocivas producidas por causa de su incumplimiento culpable (artículo 1.101 del Código Civil)...”*.

El ejercicio de esta potestad se encuentra reglado desde el punto de vista formal y material, de tal forma que sólo puede ser ejercida *“siguiendo el procedimiento que en las normas de desarrollo de esta Ley se establezca”* (artículo 207.1 de la LCSP) y cuando concurren las causas definidas en la Ley.

La LCSP, contempla, en sus artículos 206 a 208, una regulación general de las causas por las que puede operar la prerrogativa resolutoria, estableciendo otra específica para cada tipo de contratos, recogiendo en concreto la aplicable al contrato de obras en los artículos 220 a 222.

Dentro de las citadas causas distingue la Ley aquéllas cuyo régimen de aplicación es potestativo para la Administración atendiendo a las circunstancias que concurren en cada caso concreto, de aquellas otras que determinan siempre y de manera obligatoria la resolución del contrato, en tanto que su mera concurrencia implica una vulneración del interés público inherente a la contratación administrativa.

De este modo, el artículo 207.2 del referido texto legal, relativo a la aplicación de las diversas causas de resolución, establece que *“la declaración de insolvencia en cualquier procedimiento y, en el caso de concurso, la apertura de la fase de liquidación, darán siempre lugar a la resolución del contrato. [] En los restantes casos la resolución podrá instarse por aquella parte a la que no le sea imputable la circunstancia que diere lugar a la misma, [...]”*.

No se contempla entre las causas que, en todo caso, dan lugar a la resolución del contrato, la demora del contratista en el cumplimiento de los plazos pactados, recogida en el artículo 206.d) de la LCSP como causa de resolución contractual, la cual comprende tanto el incumplimiento del plazo total fijado para la realización de la prestación, como los de carácter parcial cuando la demora en su cumplimiento haga presumir razonablemente la imposibilidad de cumplimiento del plazo total, según se infiere de su interpretación sistemática integradora en relación con lo previsto en el artículo 196.2, 4 y 6 del indicado texto legal.

Esta causa habrá de ser considerada, por tanto, conforme al artículo 207.2 citado, entre las de ejercicio potestativo para la Administración. En tal sentido, el artículo 196.2 de la LCSP afirma que *“El contratista está obligado a cumplir el contrato dentro del plazo total fijado para la realización del mismo, así como de los plazos parciales señalados para su*

ejecución sucesiva”, previendo de no ser así, en su apartado cuarto, la facultad de la Administración de optar por la resolución del contrato, con los efectos que lleva aparejada, o de imponer penalidades al adjudicatario incumplidor.

La ejecución de la obra en el plazo convenido por las partes es, de este modo, una obligación capital del contratista. En este sentido se ha expresado el Tribunal Supremo (entre otras, en su Sentencia de 20 de marzo de 1972) al vincular el plazo a la satisfacción del interés público inherente al contrato, afirmando que “[...] *se ha ajustado la Administración a estos fines al velar por el interés público que exigía que la obra se terminase dentro del plazo fijado en el contrato, pues, por definición y por la propia exigencia de las obras públicas, el interés está en que se realicen dentro del plazo previsto y en la forma estipulada*”.

No obstante, la jurisprudencia ha matizado la importancia de dicho elemento temporal, vinculándolo a la evitación de retrasos en la ejecución de la obra que a su vez ralentizan la puesta en marcha del servicio, *“sin llegar al extremo de considerar el plazo esencial para la validez del contrato, sino tan sólo como un término calculado con prudencia, bajo el presupuesto de un desarrollo normal de los trabajos, sin interferencias entorpecedoras”* (Sentencia de 26 de marzo de 1987).

Será, por ello, preciso que la Administración contratante valore en cada caso el modo en que se verá afectado el interés público en juego, a fin de optar por una de las soluciones que le confiere la Ley (resolutoria o penalizadora), atendiendo a las concretas circunstancias que concurren.

En este sentido el Tribunal Supremo ha manifestado, en su Sentencia de 16 de octubre de 1984 (RJ 5655), que *“ha de prestarse en cada caso una exquisita atención a las circunstancias concurrentes, con el fin de dilucidar si se está ante un verdadero y efectivo incumplimiento de las obligaciones contractuales, revelador de una voluntad clara de no atender, dolosa o culposamente, los compromisos contraídos o, por el contrario, más bien ante un mero retraso, desfase o desajuste en modo alguno expresivo de aquella voluntad y, en definitiva, de un efectivo incumplimiento de la esencia de la obligación”*.

Vinculada a la demora en el plazo aduce también la Administración la causa resolutoria prevista en el artículo 206.f) LCSP relativa a *“Incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato”*.

Este Consejo ha venido manteniendo a lo largo de sus dictámenes que la medida de resolución del contrato ha de reservarse para las situaciones extremas como corresponde a una actuación de indudable trascendencia para el patrimonio del contratista; esta conclusión permite extraerse de los pronunciamientos de la jurisprudencia que reserva la resolución para los casos de notorio incumplimiento de las condiciones pactadas que constituye causa de entidad suficiente para producir el efecto resolutorio del contrato [Sentencia de 17 de julio de 1995, RJ 5856], o el incumplimiento de las obligaciones con entidad suficiente para decretar la rescisión del contrato, por exigencias del interés público con sucesivos requerimientos previos [Sentencia de 17 de mayo de 1995, RJ 3805].

En similar sentido, el Consejo de Estado ha venido afirmando que *“como ha declarado la doctrina más autorizada, no cualquier incumplimiento puede provocar la resolución del contrato. La legislación de contratos administrativos exige que se trate del incumplimiento de obligaciones contractuales esenciales. Sólo cuando la obligación incumplida constituya un aspecto esencial en el contexto de la relación jurídica entablada entre las partes contratantes, podrá llegarse a la resolución del contrato”* (dictamen de 18 de mayo de 2000, expediente n.º 3428/1999).

De lo expuesto se desprende que delimitar cuando se está ante una obligación contractual de carácter *“esencial”* -con los trascendentales efectos que su incumplimiento puede llevar aparejados- constituye una solución casuística que debería además encontrarse prevista expresamente en los pliegos o en el contrato suscrito, exigencia esta última que constituye una novedad de la LCSP, y que pretende contribuir a la seguridad jurídica de las partes.

Finalmente se alega en el expediente la causa prevista en el artículo 206.h) concerniente a *“Las establecidas expresamente en el contrato”*, dejando abierta la posibilidad de que las partes puedan pactar, para la concreta relación negocial que las une, las causas específicas que consideren convenientes en orden a reforzar y garantizar la debida ejecución del contrato.

IV

Examen de la concurrencia de las causas de resolución invocadas.- Invoca la Administración, en primer término, la causa de resolución contractual prevista en el artículo 206.d) de la LCSP relativa a *“la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista”*, al estimar que tras la realización de algunos trabajos previos a la demolición del edificio existente, la obra se encuentra paralizada y no se podrá dar cumplimiento al plazo final de ejecución. Así, en el acuerdo de incoación del expediente resolutorio se afirma que *“a la vista en el retraso de los plazos parciales establecidos en el Plan de Trabajo se presume fundadamente el incumplimiento total del plazo de ejecución del contrato de obras”*. Tras la instrucción del expediente se mantiene en la propuesta de resolución que *“la obra no va a estar finalizada dentro del plazo final de 18 meses, plazo establecido en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares”*.

La exigencia del cumplimiento de los plazos pactados se recoge expresamente en el artículo 196 de la LCSP cuyo apartado 2 establece que *“El contratista está obligado a cumplir el contrato dentro del plazo total fijado para la realización del mismo, así como en los plazos parciales fijados para su ejecución sucesiva”*.

En relación al plazo final de ejecución dispone el apartado 4 de dicho precepto legal 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 cuanto a los plazos parciales expresa el apartado 6 que *“La Administración tendrá la misma facultad a que se refiere el apartado anterior -optar por la penalización o la resolución- respecto al incumplimiento por parte del contratista de los plazos parciales, cuando se hubiese previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares o cuando la demora en el cumplimiento de aquéllos haga presumir razonablemente la imposibilidad de cumplir el plazo total”*.

La apreciación de la demora en el cumplimiento de los plazos como causa resolutoria ha de hacerse ponderando en cada caso concreto las circunstancias concurrentes y afectantes al interés público, sin que proceda aquélla de modo automático. Así lo ha expresado el Tribunal Supremo en su jurisprudencia (recogida, entre otras, en las Sentencias de 14 de diciembre de 2001, Ar. RJ 2002\1433, y de 14 de junio de 2002, Ar. RJ 2002\8053, en las que se examinan supuestos en los que se ha incumplido el plazo final de ejecución) conforme a la cual *“la mera constatación del vencimiento del plazo contractual sin que el contratista haya cumplido satisfactoriamente sus obligaciones no determina, por sí misma e indefectiblemente, la resolución del contrato, pues habrá que ponderar, en relación a las circunstancias del caso, si el incumplimiento es de tanta trascendencia que justifica la resolución y nueva apertura del procedimiento de selección de contratistas”*.

Si dicho automatismo en la aplicación de la medida resolutoria no procede aun habiéndose apreciado el transcurso del plazo contractual final, a mayor abundamiento no procederá dicha consecuencia extrema cuando el mencionado plazo aún no ha fenecido o el retraso se ha producido en el cumplimiento de los plazos parciales. En relación a los mismos el Consejo de Estado ha venido afirmando en su doctrina (mantenida desde el dictamen 50776/1987, de 25 de junio) que la apreciación de si la demora en el cumplimiento de los plazos parciales imposibilita el cumplimiento del plazo total debe hacerse casuísticamente, atendiendo especialmente al periodo de tiempo transcurrido, al porcentaje de la prestación realizada y a la situación económica de la empresa contratista.

En el supuesto examinado la documentación enviada acredita que el contrato se suscribió el 1 de junio de 2010, fijando en la cláusula tercera como plazo de ejecución total del mismo el de 18 meses. El 29 de junio posterior se firmó un acta de comprobación del replanteo negativa, en cuanto el edificio existente no se encontraba aún desalojado, debiendo ser trasladados los servicios sanitarios a una nueva ubicación temporal hasta la finalización de las obras. Una vez efectuado por la Administración dicho traslado, se formalizó el 28 de octubre siguiente el acta de comprobación del replanteo positiva, autorizándose el inicio de la obra y comenzando a computarse desde tal fecha el plazo fijado para la ejecución del contrato, el cual habría de concluir teóricamente el 28 de abril de 2012.

Consta en los informes técnicos que desde la firma del acta de comprobación del replanteo hasta el 24 de enero de 2011 sólo se procedió a retirar del edificio antiguo las líneas telefónica y eléctrica, sin que existiera obstáculo alguno a partir del día 25 siguiente para proceder a la demolición de dicho edificio, paso previo al comienzo de la construcción de la nueva instalación -así se ha constatado en el informe de la Dirección Facultativa en el que se da respuesta a diversas cuestiones técnicas planteadas por el contratista como obstativas a la demolición hasta que fueran debidamente resueltas-. De las certificaciones aportadas se desprende que ha habido actividad en la obra -aunque mínima- desde noviembre de 2010 hasta marzo de 2011, mes anterior al inicio del expediente resolutorio. Desde el mes de abril de 2011 en que se incoa el expediente de resolución del contrato hasta la actualidad se han venido girando certificaciones mensuales a cero.

En el examen del incumplimiento de plazos parciales que se imputa hay que partir de que la cláusula IX.5 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares determina que los mismos se fijarán al aprobarse el Programa de Trabajo y se entenderán como parte integrante del contrato a efectos de su exigibilidad, si bien en el apartado K) del Anexo I de tal documento aparece en blanco el epígrafe 2 relativo a aquéllos, sin fijarlos o remitir a documento alguno su determinación.

La entidad contratista ha afirmado en alegaciones que *“ni en el pliego ni en el contrato se establecen plazos parciales algunos y en el programa de trabajo presentado por el contratista y autorizado por la Administración tampoco se fijan plazos parciales de obligado cumplimiento. Así el programa de trabajo no establece fechas límite para fase alguna ni hitos de obligado cumplimiento en la ejecución”*. Tal alegación no ha sido ni respondida ni contrastada por la Administración. No obstante, a instancia de este Consejo el SESCAM ha aportado al expediente el programa de trabajo presentado en su día por el contratista y la resolución dictada el 28 de octubre de 2010 por el Director General de Gestión Económica e Infraestructuras aprobatoria del mismo, en la que se expresa que *“Se considerarán plazos parciales los reflejados en el presente programa de trabajo de periodicidad mensual”*. Esta resolución fue entregada a la entidad contratista en el acto de comprobación del replanteo por un Asesor Técnico del Servicio de Obras del SESCAM, según ha quedado acreditado en el certificado emitido por este último el 1 de agosto de 2011. Resultan, pues, exigibles a la adjudicataria los plazos parciales contenidos en el programa de trabajo aprobado, el cual enumera detalladamente, como ha quedado expresado en antecedentes, los meses que integran el plazo de ejecución total determinando las partidas a realizar en cada uno de ellos y el coste de las mismas. Tal determinación detallada no implica, no obstante, que en la valoración del eventual incumplimiento de los citados plazos y de la posibilidad de tomar tales plazos como causa de resolución del contrato, haya

que dejar de atender a la realidad de la obra y a las concretas circunstancias surgidas en la misma. De hecho la alegación del contratista sobre la inexistencia de plazos parciales no ha sido ni siquiera contestada por la Administración que pretende la resolución contractual.

Contemplando dicho programa se observa que del mes 1 al 5 -plazo que teóricamente habría de durar desde la fecha de comprobación del replanteo y autorización del inicio de obra, hasta la incoación del expediente resolutorio- se deberían haber ejecutado partidas correspondientes a demoliciones y trabajos previos, movimiento de tierras, saneamientos, cimentación y contenciones y de modo parcial estructura, albañilería, aislamientos e impermeabilizaciones, clasificación y tratamiento de residuos y seguridad y salud, trabajos para los que se había presupuestado un total de 250.259,64 euros (IVA excluido), cantidad que supone un 13,48 % del presupuesto de ejecución fijado.

De la documentación aportada al expediente se desprende que en dicho plazo la UTE adjudicataria sólo ha atendido a la partida de trabajos previos, habiéndose certificado un total de 4.202,10 euros, cantidad poco elevada que supone un 0,22% del presupuesto total y un 1,67 % del previsto en dichos plazos parciales, por lo que atendiendo a la previsión contenida en el programa de trabajo habría existido un desfase en la ejecución de los mismos de 11,81 %, porcentaje que no puede ser calificado de excesivo ni concluyente de modo indefectible de un incumplimiento del plazo final de ejecución.

Pero además no es posible desconocer que, según afirma el Arquitecto Coordinador en el informe emitido durante la tramitación, en este caso *“Una vez desalojado el Centro de Salud -actuación que correspondía realizar a la propia Administración y que demoró el comienzo de la obra durante cuatro meses- surgen problemas para el inicio de la demolición, esta vez derivados del desvío de instalaciones que discurren por la fachada del mismo y que imposibilitan este inicio”*, lo que conllevó que por la contrata se tuvieran que realizar las necesarias gestiones con las compañías suministradoras para la eliminación del cableado de la fachada. Tales problemas -que no han sido descritos ni especificados en el expediente- no son imputados por la Administración a la entidad contratista, pues la propia propuesta de resolución toma como fecha del inicio del cómputo del plazo total de ejecución el 25 de enero de 2011, cuando según el técnico informante ya *“no existe ningún impedimento para la demolición y correspondiente inicio de las obras propiamente dichas”*. Tomando como referencia tal data afirma el instructor que el plazo de ejecución total culmina el 25 de julio de 2012, teniendo en cuenta *“las ampliaciones del plazo establecidas”*, las cuales no resultan formalizadas y parecen atender a acuerdos tácitos de la Administración ante los problemas que iban surgiendo en el desarrollo del contrato -lo que avala que haya de estimarlos ajenos al contratista-.

Plantea así la Administración un nuevo cómputo del plazo atendiendo a la fecha de desaparición de tales problemas y posibilidad de inicio de la demolición, esto es, el 25 de enero de 2011. Tomando como referencia la misma debe indicarse que en los dos meses y medio que transcurren desde ésta hasta la incoación del expediente resolutorio del contrato deberían haberse culminado la partida de trabajos previos y demoliciones, movimiento de tierras y parte del saneamiento, cimentación y contenciones y estructura, clasificación y tratamiento de residuos y seguridad y salud, lo que se aproximaría a un 3 % del presupuesto de ejecución.

Sin hacer ponderación alguna de las circunstancias descritas -escaso retraso de dos meses y medio y desfase mínimo del presupuesto de ejecución-, el expediente resolutorio se funda por la Administración en la demora padecida, estimando el Arquitecto Coordinador que *“es, de hecho y por las experiencias en obras similares, muy difícil ejecutar las obras en los [...] meses que restan”*.

Esta pretendida motivación carece del fundamento técnico necesario para respaldar que el retraso existente *“haga presumir razonablemente la imposibilidad de cumplir el plazo total”*, según exige el aludido artículo 196.6 de la LCSP. En este caso ya se ha visto que se opta directamente por la resolución a los dos meses y medio de retraso en la realización de la demolición, afectando la demora imputable a la adjudicataria hasta ese momento a un 3 % del presupuesto de la obra. Además no puede obviarse que la entidad contratista ha afirmado expresamente poder cumplir sus compromisos en el tiempo que resta, sin que se haya plasmado en el expediente circunstancia alguna que le afecte y que permita dudar de su solvencia económica y técnica para afrontar la ejecución en el tiempo total fijado. La medida extrema que constituye la resolución contractual reservada -como se ha expresado en la consideración III- para los casos de notorio incumplimiento del contratista, no resulta aplicable en este caso en el que han concurrido desde la firma del contrato demoras y problemas técnicos no imputables al adjudicatario, y ni siquiera consta que se haya intimado al mismo al mantenimiento del ritmo de las obras y a la ejecución continuada de éstas, no habiendo optado tampoco, pese al escaso tiempo transcurrido desde la posibilidad de proceder a la demolición y el inicio del expediente resolutorio, por la solución penalizadora que prevé el artículo 196.6 citado, la cual habría sido menos gravosa tanto para la Administración como para la contratista, no llevaría aparejada la paralización de la ejecución y vendría a proteger en igual medida el interés público ínsito en la relación contractual que ha de llevarse a término.

Las razones expuestas pueden ser aducidas igualmente si el cómputo de la demora en el cumplimiento de los plazos parciales se realizara desde la fecha del acta de comprobación del replanteo, pues el desfase del 11,81 % del presupuesto que hubiera existido no resultaría suficiente, sin más motivación técnica, para fundamentar adecuadamente la opción por la resolución del contrato.

Por lo expuesto, dado que no se ha motivado que el retraso producido en la ejecución de los primeros plazos parciales haga presumir de modo razonable la imposibilidad de dar cumplimiento al plazo final pactado, estima este Consejo que no será de aplicación la causa resolutoria prevista en el artículo 206.d) de la LCSP.

En segundo término invoca la Administración la causa de resolución contractual recogida en el artículo 206.f) de la LCSP que afirma concierne a *“El incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales”*, dicción que viene a reproducir el ya derogado artículo 111.g) del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y obvia la redacción real del precepto legal vigente que añade a la anterior *“calificadas como tales en los pliegos o en el contrato”*. En fundamento de la aplicación de dicha causa resolutoria sostiene la Administración, tanto en el acuerdo incoatorio del procedimiento como en la propuesta de resolución, que el plazo es una obligación contractual esencial y que el retraso acumulado en la obra conducirá a la vulneración del mismo.

En el presente caso ni en el Pliego ni en el contrato se califica como esencial la obligación de dar cumplimiento a los plazos pactados, por lo que no podrá ser aplicada dicha causa resolutoria. Por otro lado y como ha quedado expuesto en la consideración III, la apreciación de la esencialidad de una obligación lleva consigo una valoración previa de la entidad de la misma en la relación contractual en que se inserta, de modo que su trascendencia justifique la drástica medida que supone la resolución contractual. Por lo expuesto en párrafos precedentes no resulta encajable en tal categoría el supuesto presente, ya que se ha producido un retraso en el inicio de la ejecución de la obra, sin que se haya fundado debidamente que el mismo suponga de modo irreversible el incumplimiento del plazo total.

Por último aduce el organismo instructor la causa de resolución contemplada en el artículo 206.h) referida a *“Las establecidas expresamente en el contrato”*, haciendo mención a las cláusulas octava y novena -a la que enumera erróneamente como quinta- del documento contractual y a la cláusula XI.5 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

La cláusula octava del contrato dispone que *“El contratista está obligado a cumplir el plazo total fijado para la realización del mismo, así como los plazos parciales señalados para su ejecución sucesiva, en los términos fijados por el artículo 196.2 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre de Contratos del Sector Público”*. No prevé la cláusula una específica causa resolutoria remitiendo a lo previsto en el artículo 196 de la LCSP, el cual no es de aplicación por lo razonado en párrafos precedentes.

Por su parte, la cláusula novena establece que *“Si el adjudicatario, por causas imputables al mismo, incurriera en ejecución defectuosa o demora en la entrega, la Administración podrá optar por la resolución del contrato con pérdida de la fianza o por la imposición de penalidades previstas en el artículo 196 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público”*. Pese a la imprecisión de la dicción empleada en los términos *“demora en la entrega”*, más propios del contrato de suministros o de los supuestos en que se previeran recepciones parciales -lo cual no concurre en el presente caso-, es lo cierto que según lo expuesto en relación a las causas de resolución anteriormente comentadas, la opción por la medida resolutoria como la óptima para el interés público no aparece justificada en el presente caso en el que se ha producido un escaso retraso en la ejecución y no se ha justificado técnicamente la imposibilidad de dar cumplimiento al plazo final.

Idéntico fundamento ha de aducirse para afirmar la inaplicación de la cláusula XI.5 del Pliego, la cual expresa que *“El adjudicatario queda obligado al cumplimiento del plazo de ejecución del contrato y de los plazos parciales fijados por la Administración. Si llegado el término de cualquiera de los plazos citados el contratista hubiera incurrido en mora por causas imputables al mismo, la Administración podrá optar por la resolución del contrato o por la imposición de penalidades económicas. Éstas tendrán la cuantía determinada en el artículo 196.4 LCSP”*. El interés público hubiera requerido optar por la solución menos gravosa que, en este caso, no ha resultado motivado que fuera la resolución contractual.

A la vista de lo anteriormente expuesto es preciso concluir que tampoco será de aplicación la última causa invocada.

En suma, procede informar desfavorablemente la resolución del contrato propuesta por el SESCAM, al no concurrir las causas aducidas recogidas en el artículo 206.d), f) y h) de la LCSP.

V

Efectos de la resolución contractual.- Sin perjuicio del sentido del presente dictamen contrario a la resolución contractual propuesta, se estima necesario plasmar una reflexión en cuanto a los efectos que podrían derivar de la eventual resolución contractual que pudiera acordarse, al haberse concretado por la Administración instructora en la propuesta de resolución en la incautación de la garantía definitiva constituida.

Reiterando lo manifestado por este Consejo en los dictámenes 92/2011, de 13 de abril, y 102/2011, de 4 de mayo, hay que incidir en la discutida por la doctrina modificación que, en este aspecto, parece haber introducido la regulación de la LCSP en relación con la legislación anterior. Así, el artículo 113.4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo, 2/2000, de 16 de junio, determinaba que *“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”*. Es decir, el incumplimiento culpable del contratista comportaba la incautación automática de la fianza.

En la actualidad el artículo 208.3 de la LCSP dispone que *“Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista éste 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”*.

Según este precepto desaparece el carácter de cláusula penal de incautación de la garantía prestada y sólo se prevé el deber de resarcimiento del contratista, en caso de incumplimiento culpable, de los daños y perjuicios causados, que se harán efectivos, en primer término, sobre la garantía.

A la luz del tenor literal de la nueva normativa -aplicable al presente supuesto-, y aun sin contar en la actualidad con jurisprudencia que haya analizado el significado de dicho precepto que ha levantado cierta polémica doctrinal, en el caso examinado la incautación de la fianza no procedería de modo automático y directo en su totalidad una vez dictada la eventual resolución tal como pretende el organismo proponente, sino que quedaría vinculada en su cuantía a la determinación de los reales daños y perjuicios que por la situación de incumplimiento se hubieran irrogado a la Administración, por lo que procedería previamente la determinación y cuantificación de los mismos. Para ello el órgano de contratación, en decisión motivada y previa audiencia del contratista, habría de determinar la indemnización exigible que normalmente comprendería los conceptos derivados del retraso de la ejecución contractual y los que acarrearía la nueva licitación del contrato inconcluso, así como los derivados, en su caso, de la eventual ejecución imperfecta.

En la determinación de tales aspectos habrá de tenerse en cuenta lo previsto en el artículo 208.5 de la LCSP según el cual *“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”*.

En mérito de lo expuesto, el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha es de dictamen:

Que procede informar desfavorablemente la resolución del contrato de obra de construcción del Centro de Salud X, por incumplimiento de los plazos imputable al contratista, al no concurrir las causas resolutorias previstas en el artículo 206.d), f) y h) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.