

JDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 1 ZAMORA

SENTENCIA: 00278/2019

-

Modelo: N11600
C/ EL RIEGO, N° 5
Teléfono: (980) 559489 **Fax:** (980) 536896
Correo electrónico:

Equipo/usuario: MTC

N.I.G: 49275 45 3 2018 0000147
Procedimiento: PO PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000108 /2018 /
Sobre: ADMINISTRACION LOCAL
De D/Dª: [REDACTED]
Abogado:
Procurador D./Dª: [REDACTED]
Contra D./Dª AYUNTAMIENTO DE ZAMORA AYUNTAMIENTO DE ZAMORA
Abogado: LETRADO AYUNTAMIENTO
Procurador D./Dª

SENTENCIA

En Zamora a 21 de octubre de 2019

Visto por mí, Celia Aparicio Mínguez (Magistrado Juez del Juzgado Contencioso Administrativo número uno de los Zamora y su partido) el presente **Procedimiento Ordinario 108/2018** en el que han sido partes, como demandante [REDACTED] (representada por el procurador Sr. [REDACTED] y asistida de la letrada Sra. [REDACTED]) y como demandada el AYUNTAMIENTO DE ZAMORA (representado y asistido por el letrado del Ayuntamiento Sr. [REDACTED]), siendo la cuantía del procedimiento indeterminada, procede dictar la presente Sentencia sobre la base de los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por el citado demandante se interpuso recurso contencioso que fue admitido a trámite y, tras reclamarse el expediente administrativo, la actora formuló demanda sobre la base de los hechos que alegaba, y respecto de los que invocó los fundamentos jurídicos que estimó oportunos, terminando con la solicitud de que se admitiera la demanda y se dictase sentencia en la que, estimando el recurso en todas sus partes, se anulara la resolución impugnada.

Segundo.- Admitida a trámite la demanda, se dio traslado de la misma a la Administración demandada, quien manifestó su voluntad de oponerse a la misma sobre la base de los hechos que alegaban, y respecto de los que invocaron los fundamentos jurídicos que estimaron oportunos, terminando con la solicitud de

que se desestimara la demanda y se dictara sentencia por la que se les absolviera de las pretensiones en su contra formuladas.

Tercero.- Practicadas las pruebas que fueron admitidas y tras las respectivas conclusiones por escrito has que dado los autos pendientes de dictarse la correspondiente sentencia.

Cuarto.- En la sustanciación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Es objeto del procedimiento el Decreto del Sr. Alcalde del Ayuntamiento de Zamora de 18 de abril de 2018 que, desestimando el recurso de reposición contra el Decreto de 13 de febrero de 2018, acuerda la resolución del contrato de obras para la adecuación de espacios y modernización de las instalaciones para Dependencias de la Policía Municipal y Archivo Municipal sito en la plaza de Cristo Rey núm. 3 D (OBR0116/G/1003/2017) así como el Decreto de 27 de abril de 2018 que desestima las alegaciones del recurrente [REDACTED] sobre la certificación final núm. 11 (liquidación) realizada el día 16 de marzo de 2018 por el Director de la Obra.

Entiende el recurrente que las resoluciones recurridas no se ajustan a derecho y deben ser revocadas en base a los siguientes argumentos:

- La caducidad del expediente de resolución contractual al amparo del art. 21 Ley 39/15 ya que desde que se inició (el 10 de octubre de 2017) hasta que se resolvió (Decreto de 13 de febrero de 2018) han transcurrido más de 3 meses sin que sea válida y eficaz jurídicamente la suspensión acordada para remitir el expediente a dictamen preceptivo del Consejo Consultivo.
- Falta de motivación del acuerdo que resuelve el contrato en aplicación del art. 35 Ley 39/15 ya que no se resuelven las cuestiones planteadas por el recurrente ni se les dio traslado de la propuesta de resolución.
- Inadecuada resolución del contrato de obras culpable del contratista ya que el mismo se debería haber resuelto vía art. 107 y 223.1.g) TRLCSP ya que el retraso en la ejecución no es imputable al contratista y porque además se habían dictado ya dos resoluciones sancionadoras por retraso (una de ellas incluso antes de la aprobación del modificado del proyecto mediante Decreto de 27 de mayo de 2017). Que ambas resoluciones sancionadoras al amparo del art. 212 TRLCSP impiden que posteriormente el Ayuntamiento pueda acudir a la resolución del contrato precisamente por la misma causa, el retraso en la ejecución.
- Que el plazo de ejecución del contrato no era una obligación esencial cuyo incumplimiento pueda generar la resolución del contrato en aplicación del art.

237 TRLCSP y la cláusula 42 y 43 del PCAP al no constar expresamente recogida como causa de resolución contractual.

- Que no se pudo realizar alegación alguna al modificado del proyecto aprobado por cuanto no tuvo conocimiento del mismo sino cuando tuvo conocimiento del expediente íntegro.
- Que el modificado del proyecto según el informe pericial aportado es superior al 10% del precio por lo que debió haberse resuelto el contrato y no haberse acordado un modificado del proyecto.
- Que no cabe la incautación de la garantía ni la indemnización de daños y perjuicios en aplicación de las cláusulas 42 y 43 PCAP.

Segundo.- La Administración demandada solicita la declaración de inadmisibilidad del recurso respecto de aquellas pretensiones que se refieren a actos consentidos y firmes del recurrente como la imposición de la segunda de las penalidades por retraso en Decreto de 12 de junio de 2017, a la aprobación definitiva del proyecto modificado que no fue objeto de recurso contencioso-administrativo o a las circunstancias referentes al Decreto de 22 de marzo de 2017.

En cuanto al fondo del asunto entiende que la resolución recurrida es conforme a derecho y que no se han incumplido los plazos de tramitación del expediente al estar suspendido mediatne Decreto de 5 de diciembre de 2017, que la resolución está oportunamente motivada y que se basa en todos los informes jurídicos y técnicos que obran en los expedientes de los que tuvo oportuno conocimiento el recurrente; que el recurrente abandonó la ejecución de la obra según se aprecia en el propio libro de órdenes desde finales de 2017, no realizándose más que un 36% de la ejecución de la obra; que el recurrente debió firmar y formalizar el contrato de modificado de la obra y no lo hizo, incurriendo así en otra causa de resolución culpable del contrato, sin que haya causa que justifique la negativa a firmar al tener más valor jurídico los informes de los técnicos del Ayuntamiento que las periciales de partes.

Tercero.- Para resolver el presente procedimiento debemos partir necesariamente la sentencia dictada en el PO 329/2017 entre las mismas partes y con ocasión de la misma obra aunque allí el objeto del procedimiento era “el Decreto del Alcalde del Ayuntamiento de Zamora de 12 de junio de 2017 relativo al expediente sancionador por retraso en la ejecución de las obras del “Proyecto de Ejecución para adecuación de espacios y modernización de las instalaciones para dependencias de la policía municipal y archivo municipal, en el edificio sito en la Plaza de Cristo Rey núm. 3º D de Zamora”, resolución confirmada en recurso de

reposición resuelto mediante Decreto del Alcalde del Ayuntamiento de Zamora de 20 de octubre de 2017". Y ello por cuanto aun cuando la sentencia no sea aún firme (se dictó el día 5 de septiembre de 2019 y se ha interpuesto contra ella recurso de apelación por la demandante [REDACTED]) muchos de los hechos que aquí se recogen ya fueron resueltos en ella. Decir ahora algo diferente en base a los mismos argumentos jurídicos y de hecho (e incluso las mismas pruebas) supondría una vulneración del principio de seguridad jurídica y de congruencia.

Recordemos que en aquel procedimiento el recurrente sostenía que

“- Que se debió declarar la resolución del contrato porque las modificaciones que se debían introducir en dicho contrato superaban el límite del 10% del precio del contrato del art. 107 TRLCSP.

- Que dada la existencia de la tramitación de un modificado del proyecto y que los problemas habidos durante la ejecución (desde la suspensión por un mes entre septiembre y octubre de 2016 por la averiguación de la existencia de amianto), el plazo para la ejecución de la obra se debió haber suspendido, sin que hubiera obras que se pudieran realizar durante esta tramitación, ya que la obra que se estaba realizando era completamente diferente al proyecto aprobado.

- No procedencia de penalizaciones ni multas coercitivas en tanto en cuanto no se podía haber acabado la obra completa en el plazo puesto que estaba pendiente un modificado del contrato”.

Pues bien, sobre la tercera de las causas de nulidad de la resolución recurrida alegadas (que debería haberse resuelto el contrato en aplicación del art. 107 y 223.g) TRLCSP y que ya se había solicitado esta petición en el segundo expediente sancionador y en la tramitación del proyecto modificado) la precitada sentencia señaló (y aplicando al presente procedimiento lo allí argumentado) que:

“Nos encontramos con que si bien sí se planteó en fase administrativa la solicitud de resolución del contrato, lo cierto es que se hizo en una fase inadecuada. Ciertamente la ejecución del contrato presentó problemas apenas si se inició (presencia de asbestos que finalmente se descartó, cambios en la DO por la contratista, indefiniciones del proyecto...) y todo ello está relacionado. Pero esta relación no puede servir para hacer un totum revolutum en las peticiones dentro de la ejecución del contrato.

Evidentemente dentro del contrato pueden surgir multitud de problemas en cuanto a su ejecución y así el propio recurrente solicitó una prórroga del contrato por 3 meses (folio 1 EA sancionador primero), pero esta solicitud fue desestimada y únicamente se le concedió una ampliación del plazo desde el 11

de febrero de 2017 al 11 de marzo de 2017 por la paralización de la obra durante la investigación de la existencia de amianto y hasta el 11 de abril de 2017 con la consideración de retraso culpable del contratista del art. 98 RCGC (Decreto de 9 de febrero de 2017) -folios 60 y sig. EA sancionador, primero-. Dicho decreto además inició el expediente sancionador por retrasos que fueran más allá del día 11 de marzo de 2017. Contra este Decreto se interpuso el día 20 de febrero de 2017 recurso de reposición (folios 96 y sig. EA sancionador primero) pero únicamente para que la ampliación del plazo lo fuera hasta el 18 de marzo de 2018 y sin penalización alguna. El recurso y las alegaciones fueron desestimadas mediante Decreto de 22 de marzo de 2017 (folios 188 y sig. EA sancionador primero). Contra el mismo se interpuso recurso de reposición que fue desestimado expresamente mediante Decreto de 2 de agosto de 2017.

Pero una cosa es la solicitud de ampliaciones del plazo de ejecución, la existencia de sendos expedientes sancionadores (potestad de la Administración ante retrasos) e incluso de un modificado y otra muy diferente es que dentro de los supuestos de sanción por retraso se pueda entrar a valorar la resolución del contrato vía art. 211.2.b) y 213 TRLCSP. Y ello porque estimar esta pretensión implicaría “dejar sin efecto” resoluciones posteriores que no han sido recurrida por el demandante: el Decreto de 23 de mayo de 2017 de modificación del proyecto y el decreto de 2 de agosto de 2017 de imposición de primeras penalidades, que no ha sido objeto de recurso jurisdiccional.

Por lo tanto, sin perjuicio de que efectivamente deban examinarse las incidencias habidas durante el contrato para determinar la procedencia de las sanciones impuestas en la resolución recurrida, no existe una relación directa entre el contenido de la resolución recurrida y la pretensión de resolución del contrato pretendida como primer petitum del suplico, que en ningún caso podría ser declarada en esta acto y que debería haberse articulado al recurrir el Decreto que aprobó el proyecto modificado puesto que lo que realmente señala la recurrente es que las modificaciones superan el límite legal del 10% y no el 9'95% señalado por la Administración.

Es más, el propio art. 212 TRLCSP determina que es la Administración la que debe decidir entre imponer sanciones por el retraso o la resolución del contrato, sin que las partes se encuentren en una posición de igualdad.

(...)

Quinto.- Contempla el TRLCSP dos tipos de modificaciones: Las que se encuentran previstas en el pliego o en el anuncio de licitación, y las no

previstas en estos documentos, estableciendo regímenes, límites y procedimientos distintos para cada uno de ellas.

Siendo las que aquí nos ocupa las modificaciones no previstas en el pliego, se encuentra regulada en el art. 107 TRLCSP, que exige que:

- Concurran y se justifiquen suficientemente alguna de las circunstancias previstas para ello en la ley.*
- No se alteren las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación definidas en la ley.*

Para que se produzca una modificación es preciso que concurran las siguientes circunstancias:

- a.- Inadecuación de la prestación contratada para satisfacer las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato debido a errores u omisiones padecidos en la redacción del proyecto o de las especificaciones técnicas.*
- b.- Inadecuación del proyecto o de las especificaciones de la prestación por causas objetivas que determinen su falta de idoneidad, consistentes en circunstancias de tipo geológico, hídrico, arqueológico, medioambiental o similares, puestas de manifiesto con posterioridad a la adjudicación del contrato y que no fuesen previsibles con anterioridad aplicando toda la diligencia requerida de acuerdo con una buena práctica profesional en la elaboración del proyecto o en la redacción de las especificaciones técnicas del proyecto o en la redacción de las especificaciones técnicas.*
- c.- Fuerza mayor o caso fortuito que hiciesen imposible la realización de la prestación en los términos inicialmente definidos.*
- d.- Conveniencia de incorporar a la prestación avances técnicos que la mejoren notoriamente, siempre que su disponibilidad en el mercado, de acuerdo con el estado de la técnica, se haya producido con posterioridad a la adjudicación del contrato.*
- e.- Necesidad de ajustar la prestación a especificaciones técnicas, medioambientales, urbanísticas, de seguridad o de accesibilidad aprobadas con posterioridad a la adjudicación del contrato.*

Y lo que está claro que era precisa una modificación del contrato en los términos del art. 219 TRLCSP, esto es, por razones de interés general. Modificación que como ya hemos dicho se realizó mediante Decreto de 23 de mayo de 2017 cuyo contenido debe ser tomado por cierto: tanto en cuanto a las partidas que faltaban por concretar en el proyecto como en cuanto al porcentaje y precio que dicha modificación supuso de un 9'95% y un coste adicional de 62.882'22 euros. Las partidas cuya ejecución habría que realizar constan al

folio 476/13 y sig. de su expediente y sin que en ningún caso pueda darse por acreditadas las conclusiones del informe pericial del Sr. Sánchez que determinan que las modificaciones a realizar superaron ampliamente el límite del 10% porque no se recogen las variaciones del art. 234.3 TRLCSP y ello porque todo ello se debió hacer valer al recurrir el Decreto que aprobó la modificación del proyecto y no ahora. Las controversias sobre cuál debía ser el contenido de la modificación, la existencia de precios nuevo o de aumento de mediciones, los problemas de electricidad con Iberdrola, la tabiquería... todo ello hay que dejarlo tanto al proyecto inicial (conocido por el recurrente y sobre el que presentó una baja a priori calificada como temeraria y que pudo justificar) como al modificado no recurrido. El resto con cuestiones que surgen durante la ejecución y que deben ser resueltas mediante las reuniones con la arrendataria del edificio y el proyectista (como se observa en los numerosos correos que obran al expediente con la Jefa de Obra).

La única circunstancia cierta es que a pesar de que el plazo inicial concluía el día 11 de febrero de 2017 y que se amplió hasta el 11 de abril de 2017 las obras no habían concluido (ni lo fueron nunca, construyéndose aproximadamente un 36% de la obra). Y también es una declaración legal que para la constitución en mora del contratista no es precisa intimación alguna de la Administración, a pesar de lo cual constan multitud de requerimiento de que las obras no van a buen ritmo o de que la obra directamente está cerrada y no se está trabajando. En el expediente hay la multitud de informes técnicos elaborados por el Ayuntamiento sobre este retraso y existe un hecho cierto, cual es que a marzo de 2017 (fecha en la que los trabajos dejaron de realizarse en el edificio) únicamente estaba realizado un 36% del edificio y que en mayo de 2017 (incluso antes de aprobar la modificación) la contratista no solo no tenía a nadie trabajando sino que incluso había retirado la seta de obra, por lo que se presume que su voluntad de cumplir el contrato era nula, por más que la Jefe de obra Sra. [REDACTED] haya manifestado que “se iban haciendo cosas según se podía”. Y decimos esta fecha porque es a la que se debería haber terminado la obra, aunque excepcionalmente se concedió un mes más para la terminación pero ya con penalidades, de nuevo, para el contratista en los términos del contrato firmado: cláusula 35ª, serán incumplimientos leves los “incumplimientos de los plazos establecidos en este pliego para la realización de los sucesivos trámites administrativos y para la ejecución de las obras cuando este incumplimiento sea inferior a un 50% del plazo previsto para cada trámite” mientras que tienen la calificación de graves cuando el

incumplimiento de los plazos del pliego “sea superior a un 50% e inferior a un 100% del plazo previsto para cada trámite, cuando no se hubiera ofertado por el contratista reducción en el plazo de ejecución previsto en el proyecto”. El plazo para la ejecución del contrato se amplió pues del 11 de febrero de 2017 (puesto que el acta de replanteo tuvo lugar el 11 de agosto de 2016) hasta el 11 de abril de 2017 como consecuencia de la paralización de la obra en septiembre de 2016 por la posible existencia de amianto. Ninguna otra consecuencia se puede dar a esta paralización puesto que ya está contemplada en el Decreto de 9 de febrero de 2017 ya que no se recurrió el Decreto de 22 de marzo de 2017 que confirmó este plazo.

La cuestión será si durante la tramitación del modificado era posible continuar con la obra que no estaba afecta a la modificación (puesto que es evidente que no se podía terminar en tanto en cuanto no se aprobase la modificación) y en qué porcentaje, al menos para demostrar la voluntad de la empresa contratista de cumplir el contrato firmado.

Al folio 97 EA modificado consta un informe de la DF de la obra, Sr. Esteban Granados de 16 de febrero de 2017, emitido con ocasión de la solicitud de modificación del proyecto en el que se determina que “las soluciones propuestas por la dirección facultativa en este informe dan solución técnica para continuar la obra sin superar el porcentaje del 10% del precio de ejecución material de proyecto. Los precios propuestos son acordes con los de proyecto en cuanto a las unidades de la obra contenidas en él y los precios de las partidas nuevas son obtenidos de bases de precios de edificación y precios de mercado obtenidos de varios tarifarios. No obstante se puede seguir desarrollando la obra en tiempo y forma para concluirla hasta su conclusión final. Por ejemplo, se pueden seguir ejecutando vestuarios, tabiquería, fontanería, electricidad salvo el tramo mencionado, luminarias y cableado hasta cajas de registro, rampa en el exterior, toda la climatización, carpinterías, yesos...”. Esta posibilidad también es compartida por la técnico del Ayuntamiento al folio 384 EA modificado, en su informe de 20 de febrero de 2017 y fue ratificada en el acto de la vista por la Sra. Marcos.

La autorización para la redacción del proyecto modificado en los términos del informe de la DF y en aplicación del art. 234.3 TRLCSP se hace mediante Decreto de 8 de marzo de 2017 (folios 448 y siguientes EA, modificado) y lo hace en base a las siguientes consideraciones (según el informe de la TGA del Servicio de Contratación de 22 de febrero de 2017):

- Errores de proyecto en cuanto a la tabiquería de yeso-cartón (considerada en las mediciones como un trasdosado cuando se necesitaba un tabique), falta de previsión de impermeabilización de fosos de ascensores, cálculo de potencia de electricidad y no idoneidad del grupo de previsión contra incendios.

- Otras cuestiones surgidas durante la obra y que obligaron a realizar cambios: chapa metálica en el muro del mostrador, apertura de hueco para el paso entre el hall y la escalera, corte de 1 m² de peto de fábrica, red de saneamiento, cableados, alicatado existente...

El proyecto modificado se presenta el 23 de marzo de 2017 por la contratista (doc. 476 EA modificado) y se adjunta el informe de la DO de 29 de marzo de 2017 (folios 479 y sig. EA modificado), sin admitir todos los cambios y en los precios que solicitan los recurrentes. Pendiente por lo tanto solo de su aprobación formal, sin embargo no haya actividad apenas en la obra (hasta febrero la obra solo está ejecutada al 32'69 % y durante el mes de abril y mayo el importe de las certificaciones mensuales fue 0), alegando a fecha 11 de abril de 2017 (precisamente la fecha en la que se debería haber terminado la obra o más bien aquella parte de la obra que sí se podía continuar) que el presupuesto de ejecución del modificado asciende ampliamente el 10% del precio del contrato por lo que se debe proceder a su resolución. La DO, en el traslado conferido, folios 539 y sig. EA, desestimando tal pretensión y alegando que la recurrente realizó una baja en su oferta superior al 24% y que lo que está haciendo es poner impedimentos para continuar la obra, poniendo en duda todas las órdenes dadas por la DF. En ningún momento en el EA consta que no se pudiera continuar con la obra, entendiendo como un impedimento material y fáctico. No es sino hasta el informe pericial del Sr. Sánchez cuando al folio 23 y 24 especifica que no era posible realizar los trabajos que se indicaba por la DO como el alicatado o remate de los vestuarios, fontanería, electricidad o rampa porque dependían de precios nuevos pendientes de la aprobación del proyecto, aunque a preguntas de las partes el perito lo que ha indicado es que existía una imposibilidad "jurídica" y no fáctica. Sin embargo, esta imposibilidad jurídica no debería haber obstado a la continuación de las obras (no solo las que no estaban afectas por la modificación sino incluso estas, ya que constaba el proyecto con las obras a realizar y su oportuna cuantificación) aunque ello podría dar lugar a que hubieran terminado las obras antes de la aprobación del modificado.

A juicio de esta Juzgadora nos encontramos, conforme ha apreciado también el Consejo Consultivo (en el expediente de resolución del contrato -doc. 1 de la

contestación-), con una decisión voluntaria y consciente de la contratista de no ejecutar la obra que desde un primer momento tuvo problemas de ejecución, cuestionando todas las órdenes de ejecución (y recordemos que las obras eran obligatorias para el contratista y ante las posibles modificaciones que no superasen el 10%). Obra que conocía ya que presentó una justificación de su baja de más de 170 folios conforme se ha puesto de manifiesto en el expediente. Probablemente por razones económicas la obra ya no era rentable económicamente a la contratista, por lo que se intentó aumentar unidades de obras y justificar precios nuevos para aumentar el porcentaje de obra a cobrar al principio y al ver que esto no era posible, realizó una dejación de la construcción tratando de forzar una resolución de mutuo acuerdo primero y después por vulneración del art. 107 TRLCSP. Prueba de todo ello son los innumerables correos electrónicos remitidos por la Jefe de Obra tanto a la DO como al Ayuntamiento, incidiendo una y otra vez en cuestiones ya resueltas de precios, aumento de unidades o problemas con DBT-SI.

Pero no olvidemos que la modificación del contrato por debajo del 10% es obligatoria para el contratista (art. 234.2 TRLCSP y STS 3293/2011) y ante esta negativa la Administración podría contratar las obras con un tercero. Pero no hay una negativa explícita del contratista sino directamente un abandono de la obra. Y ello a pesar de que la técnico del Ayuntamiento (folio 3 EA sancionador 2) propuso una ampliación del plazo de 45 días para la ejecución para “al menos” la ejecución de los trabajos que la DO había señalado como posible su realización (según el informe de 29 de marzo de 2017 – folios 5 y sig. EA sancionador 2-) y así se admitió en el Decreto de 11 de abril de 2017 por el que se concede una ampliación de plazo de 45 días para la ejecución de las obras y se incoa el expediente sancionador y que finaliza con el Decreto sancionador de 12 de junio de 2017, sin que ninguna de estas obras se realizara.

De todo ello se desprende:

- Que el plazo era un elemento esencial en la formalización del contrato (cláusulas 4, 33, 35 y 36 del pliego), además de la previsión del art. 212.2 TRLCSP según el cual el contratista está obligado a cumplir el contrato dentro del plazo total fijado para la realización del mismo.
- Que el retraso originado por el estudio del amianto ya fue recogido en el Decreto de 9 de febrero de 2017 (hasta el 11 de marzo de 2017), por lo que no se puede ampliar el plazo de ejecución posteriormente por la misma causa.

- *Que los trabajos que se podían realizar durante la tramitación del modificado están claramente definidos en los informes de la Técnico y de la DO de febrero y marzo de 2017, y que la recurrente no realizó trabajo alguno en la obra desde abril de 2017. Se produjo por lo tanto una paralización unilateral de las obras por la contratista obviando su posición jurídica en el contrato y que debía estar a la interpretación del contrato y modificaciones del contrato conforme al proyecto que ya tenía en su poder, realizada por la Administración.*

- *Que estos trabajos que se debían realizar son independientes del modificado cuya autorización se produjo apenas unos días antes de concluir el plazo, por lo que la Administración sabía que a fecha 11 de abril de 2017 la obra no podía estar concluida e incluso concedió 45 días más para la realización de los trabajos que faltaban (de conformidad con los términos del art. 98 RGC), sin que a la fecha de imposición de las penalidades durante estos 45 días se hubieran realizado estas obras.*

- *Si se hubiera visto que durante el mes de marzo-mayo de 2017 (concedido ya con penalidades no recurridas por el contratista) los trabajos hubieran seguido avanzando, tanto respecto de las obras no afectadas por el modificado como incluso poder haber ido realizando los trabajos del propio modificado (presentado el proyecto el 31 de marzo de 2017), la Administración probablemente hubiera concedido el plazo de los 45 días sin penalización alguna.*

- *La sanción impuesta en la resolución recurrida lo es no solo por no acabar la obra, que era imposible dado que se estaba tramitando un procedimiento de modificación, sino por no realizar ninguna de las obras (a excepción de la climatización) que a juicio de los técnicos del Ayuntamiento se podían haber realizado. Así consta en el informe de la Jefa del Servicio de Contratación de 8 de mayo de 2017 (folios 113 y sig. EA, sancionador 2):*

“En el expediente consta una solicitud de suspensión en el plazo ejecución de las obras presentada en el Registro General de Entrada de este Excmo. Ayuntamiento el 6 de abril de 2017, realizada por la UTE adjudicataria de las obras dentro del plazo de ejecución del contrato. En dicho escrito se solicita, basándose en que la fecha de finalización de la obra previsto es el 11 de abril de 2017, y es obvio que con un modificado tramitándose no va a ser posible terminar la obra en dicha fecha, por causas que no son imputables a la contratista, tal y como se ha venido exponiendo en diferentes escritos, que se suspenda la obra hasta que esté el proyecto modificado, y se conceda una ampliación de plazo atendiendo al proyecto modificado que se va a aprobar, y el

tiempo en el que no ha podido ejecutarse obra por estar afectada por dicho modificado. No obstante, en el presente contrato ya se concedió una ampliación en el plazo de ejecución de las obras de dos meses, un mes entendiendo que la demora no debía ser únicamente imputable al contratista y el segundo por causas imputables al contratista y, por lo tanto, acordando la imposición de sanciones. Sin embargo, finalizando el día 11 de abril el plazo que estimó la Administración suficiente para la ejecución de las obras no afectadas por el proyecto modificado, éstas no han finalizado, por lo que se propuso, y así consta en el informe de la Sra. Arquitecta Municipal y Supervisora Municipal de las citadas obras, un nuevo plazo de cuarenta y cinco días para la ejecución de estos trabajos, considerando que su no ejecución se debe únicamente a causas imputables al contratista, por los motivos expuestos en el citado informe de fecha 7 de abril de 2017. No procede, por lo tanto, en opinión de la informante acordar la suspensión en el plazo de ejecución solicitada por el contratista, a la vista de que existen unidades de obra que el contratista puede continuar ejecutando por no estar afectadas por el proyecto modificado y su no ejecución se debe a causas únicamente imputables a él. El plazo que se fije, en su caso, para la ejecución de las unidades de obra incluidas en el proyecto modificado, deberá, de acuerdo con lo previsto en el artículo 162 del RGLCAP, estar en proporción a lo que afecte al importe del contrato las modificaciones introducidas.”

- Que la sanción a imponer es conforme a los términos contractuales pactados según el cual los incumplimientos contractuales leves serán sancionados con multas coercitivas de entre el 0'1 y el 0'5% del precio de adjudicación y además la demora en la ejecución será penalizada con una multa coercitiva del 0'20 euros por cada mil euros de precio del contrato, por cada día de retraso (cláusula 36ª).

- La tardanza de 2 meses en aprobar el proyecto modificado (desde el 8 de marzo de 2017 hasta el 23 de mayo de 2017) no obsta para que pudieran haber ido realizando las obras constatadas por el DO y la técnico del Ayuntamiento e incluso las contenidas en el propio proyecto. Es más, en el Decreto de 23 de mayo de 2017 de aprobación del modificado ni siquiera consta un reajuste del plazo de ejecución del art. 159 y 162 RGC, porque precisamente ya se habían concedido los 45 días en abril de 2017 para la terminación de la obra. Y desde luego un plazo de 45 días (con un importe de modificación de aproximadamente 62.000 euros) no puede considerarse una modificación sustancial y susceptible de resolución de contrato cuando el plazo de ejecución total era de 6 meses y el

precio de adjudicación de más de 500.000 euros más IVA, máxime cuando en el Proyecto de 31 de marzo de 2017 se puede observar como la mayoría de las modificaciones por precios nuevos que pretendía el recurrente se podían reconducir a precios ya existentes, por lo que la obra se podía haber continuado en tanto en cuanto se tramitaba esta modificación”.

La mercantil recurrente vuelve a realizar alegaciones en este procedimiento sobre la improcedencia del modificado del contrato aprobado mediante Decreto de 23 de mayo de 2017 (folios 624 y sig. EA). Contra este Decreto se presentó recurso de reposición en fecha 16 de junio de 2017 que se resolvió en Decreto de 28 de julio de 2017 (que oportunamente notificado -folio 773 EA modificado- a pesar de que haya manifestado que no llegó a conocer este modificado sino hasta cuando se le dio traslado del expediente completo, lo que es a todas luces una contradicción con las notificaciones que obran en el expediente del modificado) y se dejó firme. Pero aún así el recurrente pretende que recurriendo el Decreto que resuelve el contrato por retraso en la ejecución de las obras (retraso que está más que acreditado en el expediente administrativo) y una vez determinado que las obras a realizar en el modificado no excedían del 10%, se vuelva a plantear y discutir sobre los retrasos y las penalizaciones impuestas, las modificaciones del contrato que eran o no pertinentes y, en definitiva, si procedía la resolución del contrato vía art. 223.g) TRLCSP.

Partiendo por tanto de esta realidad jurídica (la existencia de un Decreto aprobando un modificado de un proyecto inferior al 10% del precio que es firme para el recurrente y que no firmó obviando así su obligatoriedad -art. 156 y art. 219 TRLCSP) y que el recurrente había abandonado la obra el día 21 de abril de 2017 (folio 140 EA resolución), deben desestimarse las causas de nulidad recogidas como en los puntos tercero y cuarto de la demanda y que se refieren a la solicitud de resolución del contrato por exceso del importe del modificado del 10% legal y sobre la manipulación de las partidas y precios del proyecto modificado para que superara este límite legal (acreditada también esta circunstancia para el Consejo consultivo que señaló en su informe que del Proyecto no se desprende que la modificación aprobada sea sustancial ni supere el 10% fijado como límite en la norma). Y ello por cuanto como dice también el Consejo consultivo el importe del modificado (por mucho que se haya aportado en este momento un informe pericial del Sr. [REDACTED], ratificado en el acto de la vista) debió ser recurrido en tiempo y forma. Es decir, contra el Decreto de 28 de julio de 2017 el recurrente no manifestó nada, ni formalizó el contrato ni constituyó garantía. Dejó dicho acto firme y consentido y ahora, al recurrir la resolución contractual,

pretende hacer valer una prueba pericial contra un acto no recurrido (referido al porcentaje de obra que es modificación o variación, precios nuevos y contradictorios o incluso porcentaje de la obra que se podría ejecutar mientras se estaba tramitando el modificado).

Cuarto.- El primero de los motivos de nulidad esgrimidos por el recurrente es la caducidad del expediente de resolución del contrato (que se inició en fecha 10 de octubre de 2017-folios 255 y sig. EA resolución) y que se notificó el día 18 de octubre de 2017 (folios 270 y 271 EA resolución) ya que han transcurrido más de tres meses desde la incoación hasta la resolución del expediente administrativo (Acuerdo de la JGL de 13 de febrero de 2018) al iniciado de oficio, de conformidad con el art. 21 Ley 39/15.

El art. 22.1.d) Ley 39/15 señala que “*el transcurso del plazo máximo legal para resolver un procedimiento y notificar la resolución se podrá suspender en los siguientes casos: d) Cuando deban solicitarse informes que sean preceptivos y determinantes del contenido de la resolución a órgano de la misma o distinta Administración, por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos. Este plazo de suspensión no podrá exceder en ningún caso de tres meses. En el caso de no recibirse el informe en el plazo indicado, proseguirá el procedimiento*”. Esta norma ya se contenía en el art. 22.5.d) Ley 30/92.

El recurrente lo que entiende es que dado que cuando se solicitó el informe la se tuvo que devolver por el Consejo Consultivo ya que faltaba la propuesta de resolución y el informe de intervención, la suspensión acordada el día 30 de noviembre de 2017 no puede ser considerada como tal ni suspende la tramitación del expediente de resolución por lo que cuando se solicitó de nuevo el Dictamen el día 17 de enero de 2017 (y cuando se dictó la resolución recurrida) ya había transcurrido el plazo legal de 3 meses.

La STS de 2 de octubre de 2007 recordaba que “*arrancando de lo expuesto hemos de coincidir con la posición que mantiene el motivo de modo que al haberse iniciado de oficio por el órgano de contratación competente para ello el procedimiento de resolución del contrato, y atendiendo a la obligación de resolver y notificar su resolución que a las Administraciones Públicas impone el art. 42 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común, la Administración hubo de resolver el procedimiento dentro de plazo, que al no estar establecido por su norma reguladora la Ley lo fija en tres meses en el artículo citado. Lo expuesto ha de completarse con lo que mantiene el art. 44 de la Ley 30/1992 , en la redacción*

que le dio la Ley 4/1999 , en vigor cuando se inició el procedimiento, que en su apartado 1 mantiene que "en los procedimientos iniciados de oficio, el vencimiento del plazo máximo establecido sin que se haya dictado y notificado resolución expresa no exime a la Administración del cumplimiento de la obligación legal de resolver, produciendo los siguientes efectos" y que en su número 2 dispone como efecto del vencimiento del plazo que "en los procedimientos en que la Administración ejerce potestades de intervención susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, se producirá la caducidad. En estos casos, la resolución que declare la caducidad ordenará el archivo de las actuaciones, con los efectos previstos en el art. 92 ". En similar sentido se pronuncia la STS de 28 de junio de 2011, recurso 3003/2009, al decir: "... es jurisprudencia reiterada de esta Sala la de considerar aplicable el instituto de la caducidad a los procedimientos específicos de resolución de contratos administrativos. En este sentido, se ha de destacar, entre otras y además de la ya citada por la Sala de instancia, la sentencia de esta Sala de fecha 2 de octubre de 2007 (recurso de casación nº 7736/2004) ", añadiendo "...cuando la Administración dictó la resolución por la que resolvía definitivamente el contrato y procedía a la incautación de la garantía había transcurrido en exceso el plazo de tres meses de que disponía para hacerlo, de modo que en ese momento no podía acordar la resolución del contrato ni la incautación de la garantía, y lejos de ello lo que debió decidir fue la caducidad del expediente".

Al folio 469 EA consta la remisión del expediente 1003/2017 sobre resolución del contrato al Consejo consultivo de Castilla y León de conformidad con el art. 211 TRLCSP y añade "incluyendo la propuesta de resolver el contrato el contrato de obras del "PROYECTO DE EJECUCIÓN PARA ADECUACIÓN DE ESPACIOS Y MODERNIZACIÓN DE LAS INSTALACIONES PARA DEPENDENCIAS DE LA POLICÍA MUNICIPAL Y ARCHIVO MUNICIPAL, EN EL EDIFICIO SITO EN LA PLAZA DE CRISTO REY NÚM. 3D". A los folios 473 y sig. EA resolución consta el Decreto de alcaldía de 5 de diciembre de 2015 acordando suspender el plazo para resolver en tanto en cuanto no emita el informe contando dicho plazo desde el 1 de diciembre de 2017 (se notifica este Decreto el 12 de diciembre de 2017 al Consejo Consultivo y el día 21 de diciembre de 2017 al recurrente). El Consejo emite informe devolviendo el expediente el día 21 de diciembre de 2017 porque "no consta el informe de intervención municipal ni una propuesta de resolución sobre la que emitir el dictamen requerido" y añade que la suspensión se debe acordar cuando se solicita el dictamen del Consejo Consultivo y tras la elaboración de la correspondiente propuesta de resolución y que "dado el tiempo

transcurrido deberá procederse con la máxima celeridad, pues en otro caso resultaría necesario que por parte de la Administración consultante se valorara la conveniencia de declarar la caducidad del procedimiento, por la imposibilidad que pudiera concurrir, pese a la suspensión acordada, de dictar y notificar en plazo un resolución de fondo sobre el asunto en el plazo máximo de 3 meses” (folio 501 EA). Es decir, que el Consejo Consultivo en ningún caso dice que la suspensión acordada mediante Decreto de 5 de diciembre de 2017 no tenga efectos (aunque esté mal remitido el expediente porque falta la propuesta de resolución) sino que, asumiendo esta suspensión como válida, duda de que pueda emitir el informe en el plazo de los 3 meses de suspensión. Esta previsión sin embargo no se cumplió por cuanto emitió Dictamen el día 17 de enero de 2018.

La interpretación que hace el recurrente de la devolución del expediente por el Consejo Consultivo es contraria al propio tenor literal de sus expresiones e incluso al propio tenor literal de la norma. Es más porque también podríamos entender que aun cuando la Administración no dictó otro acto suspendiendo el plazo después de la devolución del expediente (que tuvo efecto el día 2 de enero de 2018), éste se completó y se remitió al Consejo Consultivo en fecha 17 de enero de 2018 (folio 511 EA), alzándose la suspensión durante este espacio de tiempo entre el 2 de enero al 17 de enero de 2018, para posteriormente dictarse resolución el día 1 de febrero de 2018 (folios 515 y sig. EA). De esta forma tampoco se habrían superado ni los 3 meses de caducidad del expediente de resolución ni los 3 meses de suspensión acordada y notificada al recurrente (folio 485 EA). Pero es que además en este Dictamen se da por válida la solicitud de informe del día 1 de diciembre de 2017 y no la completada el día 17 de enero de 2018, por lo que en ningún caso puede entenderse que el Decreto de 5 de diciembre de 2017 carece de eficacia jurídica como pretende el recurrente.

Quinto.- Respecto al defecto de motivación del art. 35 Ley 39/15, el recurrente solicita la declaración de nulidad del acto administrativo por entender (como le advirtió el Consejo Consultivo) que dicho acto no responde a las cuestiones planteadas por el recurrente y que se limita a hacer referencia a los diversos informes técnicos y jurídicos que obran en el expediente y que la falta de motivación no se salva por haber tenido el recurrente acceso al expediente administrativo y que tampoco se le dio traslado de la propuesta de resolución.

La Administración recurrente entiende que la motivación de la resolución es conforme a derecho (in aliunde) puesto que en ella se recogen los diferentes informes en los que se basa la decisión de resolución por incumplimiento culpable del contratista y que el recurrente tuvo cumplido conocimiento de todos y cada

uno de ellos, realizando alegaciones al acuerdo de incoación en el que se basa la propuesta de resolución.

Es preciso comenzar señalando que si bien se solicita la declaración de nulidad de pleno derecho del acto recurrido, un acto administrativo huérfano de motivación incurre como regla general en un vicio de anulabilidad o en una mera irregularidad no invalidante. Así lo señala por ejemplo la STS de 31 de diciembre de 1998 cuando dice que *“El deslinde de ambos supuestos ha de hacerse atendiendo a un criterio que tiene dos manifestaciones: a) desde el punto de vista subjetivo, y dado que el procedimiento administrativo tienen una función de garantía del administrado, habrá que indagar si realmente ha existido o no indefensión; b) en el aspecto objetivo, y puesto que el proceso tiene por objeto determinar si el acto impugnado se ajusta o no a Derecho, será preciso verificar si se cuenta o no con los datos necesarios para llegar a la conclusión indicada”*.

O como dicen las SSTs 13 de febrero de 1992 y de 15 de enero de 2009, la ausencia de motivación sería constitutiva de anulabilidad si el administrado se ha visto imposibilitado a la hora de conocer las razones que han conducido a la Administración a dictar el acto en cuestión, lo que, como se ha dicho más arriba, podría generar indefensión; o de una mera irregularidad no invalidante, confirmándose en el caso de que no se haya producido ese desconocimiento de los motivos y razones en que se funda la decisión administrativa. Por ello, resulta primordial determinar si efectivamente se ha cumplido, o no, con la finalidad que exige la motivación de los actos administrativos, es decir, si el administrado ha llegado a conocer las razones de la decisión adoptada por la Administración. Solo tras esa indagación podrá valorarse si concurre o no la indefensión referida en el art.48.2 Ley 39/15. La consecuencia de todo lo anterior no es sino que la insuficiencia de motivación del acto administrativo dará lugar a su invalidez cuando carezca de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o produzca indefensión de los administrados (art.48.2 LPA 39/2015).

Por ello, de entrada, hay que desestimar la petición de nulidad de pleno derecho que hace el recurrente por la defectuosa motivación del acto recurrido y por lo tanto entrar a valorar su posible anulabilidad.

El expediente de resolución del contrato remitido al procedimiento no se inicia con el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 10 de octubre de 2017 (folios 255 y sig. EA) sino que hasta llegar a este folio hay diversos informes tanto de la DF de la obra Sr. Granados (que además incorpora los informes emitidos durante la dirección de la obra), informes técnicos del servicio de urbanismo y del servicio de contratación, informes jurídicos ... En todos ellos se analiza la cuestión de cómo

se ha ido desarrollando la obra (circunstancia conocida por el recurrente puesto que no solo era el contratista sino que participó activamente en la emisión de los informes puesto que eran contestación a todas sus requerimiento) y todo ellos son a juicio de la Administración justificación bastante para incoar el expediente de resolución del contrato de obra puesto que el contratista no ha firmado el modificado del proyecto y abandonó la obra en a finales de 2017. Notificado el Acuerdo el día 18 de octubre de 2017, el recurrente realiza alegaciones (folios 282 y sig. EA) sobre esta resolución: la circunstancia de que no se pueden utilizar diversas causas de resolución, que ya había optado previamente por la imposición de penalidades, que se tenía que resolver sobre la solicitud de resolución planteada por el recurrente en marzo y abril de 2017 al amparo del art. 223.g) TRLCSP, falta de retraso culpable y que no cabe resolver el contrato por la falta de formalización del contrato modificado. Y solicita, en su lugar que se declare la resolución al amparo del art. 223 g) TRLCSP.

A pesar de las manifestaciones del Consejo Consultivo, en la propuesta de resolución (folios 504 y sig. EA resolución) sí se recoge una contestación expresa a las alegaciones formuladas por el contratista el 31 de octubre de 2017 y ello haciendo referencia expresa al informe técnico del Sr. Barrios Costa de fecha 22 de noviembre de 2017.

Ciertamente la Resolución de 13 de febrero de 2018 podría haber sido mejor redactada puesto que únicamente hace referencia a la existencia del informe del Consejo Consultivo y que incluso este informe debió remitirse a recurrente y que no tuviera que solicitarlo (folio 593 EA). Pero lo cierto es que se formuló recurso de reposición el 22 de marzo de 2018 (reiterando las alegaciones de 31 de octubre de 2018 además de recalcar que dicha Resolución de la JGL era un mero formulismo y que no estaba motivada y la caducidad del expediente). Es entonces cuando se dicta el Decreto de Alcaldía de 18 de abril de 2018 (folios 668 y sig. EA) en el que se resuelven todas y cada una de las alegaciones del recurrente, subsanando de esta forma la propia Administración (en base a informes precedentes y que el recurrente conocía) la falta de motivación del Acuerdo de 13 de febrero de 2018. Por todo ello esta causa de invalidez del acto administrativo debe ser desestimada.

Sexto.- La última de las cuestiones a debatir es si puede o no declararse la resolución del contrato después de que la Administración haya optado por la imposición de sanciones por retraso en el cumplimiento del contrato (puesto que como ya hemos dicho en el FJ3º de la resolución el plazo de 6 meses para la ejecución del contrato era un elemento esencial según el PCAP -cláusulas 42 y 43-

y el art. 223 TRLCSP), debemos resaltar que la Administración procede a incoar el expediente porque se ha incumplido la obligación de firmar el modificado (apreciando “incumplimientos imputables a la adjudicataria, consistentes en la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista y el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, como son los plazos de ejecución de la obra, habiéndose producido el abandono de la misma, en virtud de lo dispuesto en el artículo 223 TRLSP, así como en los Pliegos de Condiciones Administrativas particulares, pliegos de prescripciones técnicas y en la propia oferta de la UTE que forman parte inseparable del contrato”) además de porque no se procedió por el contratista a la formalización del modificado del proyecto del art. 234 TRLCSP (así consta en la propuesta al folio 235 EA y en la resolución de incoación del expediente a los folios 255 y sig. EA).

Y ambas circunstancias se producen en este caso. Efectivamente al recurrente se le impusieron no una sino hasta dos penalidades por retrasos en el cumplimiento. El primero en Decreto de 22 de marzo de 2017 (y resuelto mediante Decreto de 2 de agosto de 2017 -folios 285 y sig.) por que el se había concedido una ampliación del plazo de 2 meses (uno sin penalidades por la posible existencia de amianto desde el 12 de febrero hasta el 11 de marzo de 2017 y otro con penalidades por retraso culpable hasta el 11 de abril de 2017). A esta fecha las obras que no estaban afectadas por la tramitación del proyecto modificado no estaban acabadas. El segundo expediente sancionador se resuelve mediante Decreto de 12 de junio de 2017 (folios 153 y sig. EA) como consecuencia de que habiéndose ampliado de nuevo el plazo para la ejecución de las obras “no afectadas por el proyecto modificado” a otros 45 días (hasta el 26 de mayo de 2017) mediante Decreto de 11 de abril de 2017, al llegar esta fecha la obra no estaba terminada (notificado el 15 de junio de 2017, folio 179 EA 2º exped. sancionador).

Recordemos que el art. 212.4 y 5 TRLCSP establece que “4. 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. El órgano de contratación podrá acordar la inclusión en el pliego de cláusulas administrativas particulares de unas penalidades distintas a las enumeradas en el párrafo anterior cuando, atendiendo a las especiales características del contrato, se considere necesario para su correcta ejecución y así se justifique en el expediente. 5. Cada vez que las penalidades por demora alcancen un múltiplo del 5 por 100 del precio del contrato, el órgano de

contratación estará facultado para proceder a la resolución del mismo o acordar la continuidad de su ejecución con imposición de nuevas penalidades". Y estos artículos fueron los aplicados en las dos primeras penalidades por retraso. Lo que ocurre es que no solo se incumplieron estos plazos sino que, además, transcurridos estos plazos (de 26 de mayo de 2017) el recurrente no continuó con la obra ni firmó el modificado del proyecto, algo que el demandante dice que no tenía por qué hacerlo porque excedía de los límites del art. 107 TRLCSP.

Ninguna duda cabe que en mayo la obra estaba completamente abandonada (baste ver las certificaciones de obra a los folios 213 y 214 EA correspondiente a los meses de abril y mayo de 2017) y que la obra ejecutada en total apenas llegó al 36% del total. Recordemos que el recurrente presentó una justificación de su oferta desproporcionada que ascendía a 522.292'86 euros frente al tipo de licitación de 688.858'95 euros y en un plazo de 5 meses frente a los 6 inicialmente previsto y que solo cuando se empieza a ejecutar la obra surgen problemas de indefiniciones del proyecto, precios nuevos y precios contradictorios...Si damos por bueno (como no puede ser de otra manera al no haber sido recurrido en tiempo y forma) que el modificado del proyecto no superaba el 10% y que multitud de informes de enero y febrero tanto de la arquitecto municipal como de la DF se indicaban las obras que se podían ir realizando, pero no se hicieron, la conclusión no puede ser otra que la recurrente no tuvo nunca una intención real de acabar el proyecto.

El nuevo retraso en la ejecución de la obra después del 26 de mayo de 2017 habilita a la Administración, a la vista del abandono de la obra y de su evolución, a iniciar el expediente de resolución de la cláusula 43 PCAP y del art. 212.4 y 215 TRLCSP. Entenderlo de otra manera y como lo hace el recurrente supondría que la Administración quedaría vinculada sine die frente a un contratista que incumple los sucesivos plazos de ejecución del contrato, eliminando de esta forma las facultades y prerrogativas que la propia norma concede a la Administración, máxime si tenemos en cuenta que el artículo 223 señala como causas de resolución del contrato, en sus apartados d) y e) "*la demora en el cumplimiento de los plazos por parte el contratista*" y "*la demora en el pago por parte de la Administración por plazo superior al establecido en el apartado 6 del art. 216*", y según el artículo 224 "*la resolución podrá instarse por aquella parte a la que no le sea imputable la circunstancia que diere lugar a la misma*". En todo caso, esta facultad de apreciación discrecional de la Administración sobre la entidad del incumplimiento por el retraso de la obra no surge ex novo, sino que es posterior a dos prórrogas del contrato por un total de 3 meses (la mitad de la duración

pactada de las obras), por lo que en todo caso esta decisión resolutoria es adecuada a las circunstancias del caso concreto

Y respecto de que la no firma del modificado no es causa de resolución del contrato al no ser una obligación esencial del mismo, no podemos sino hacer nuestra la argumentación esgrimida por el Consejo Consultivo en su dictamen. Ya hemos señalado que la modificación del contrato era obligatoria para el recurrente puesto que era inferior al 10% (art. 234 TLCSP en relación con el art. 211 y el art. 156 del mismo texto “1. (...) *En los restantes casos, la formalización del contrato deberá efectuarse no más tarde de los quince días hábiles siguientes a aquél en que se reciba la notificación de la adjudicación a los licitadores y candidatos en la forma prevista en el art. 151.4. 4. Cuando por causas imputables al adjudicatario no se hubiese formalizado el contrato dentro del plazo indicado, la Administración podrá acordar la incautación sobre la garantía definitiva del importe de la garantía provisional que, en su caso hubiese exigido*”) y que esta resolución quedó firme y consentida. Si el contrato modificado debía formalizarse en documento administrativo y tenía naturaleza ejecutiva, el recurrente debió cuando menos firmarlo y prestar la garantía adicional (art. 219 en relación con el art. 156 TRLCSP). Y era una obligación esencial aun cuando la misma como causa específica de resolución en la cláusula 42 (folio 72 EA pliegos) sino que es subsumible dentro del ordinal 5º cuando recoge como causa de resolución “el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales” de acuerdo con los arts. 223 y 237 TRLCSP.

Séptimo.- En cuanto a la imposibilidad de incautación de las garantías e improcedencia de la indemnización de daños y perjuicios, la cláusula 43 PCAP determina como “consecuencias de la resolución anticipada del contrato”: “*en todos los supuestos de resolución del contrato por causa imputable al contratista se incautará la totalidad de la garantía definitiva que tuviese depositada, con independencia de la cuantía de la indemnización que se reclame. En caso de impago de la diferencia entre el importe de la garantía y la cantidad reclamada en concepto de daños y perjuicios, se reclamará la cantidad correspondiente por vía de apremio*”. Esta norma es una concreción del art. 225.3 TRLCSP que dice 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*” y que no implica automáticamente la incautación de la

garantía constituida y que según el contrato firmado es de aplicación como ley de contrato a las partes con preferencia a la propia normativa vigente en materia de contratación (pacto 3º del contrato).

Siendo así, la incautación de la garantía es conforme a derecho sin perjuicio de que la Administración deba proceder a liquidar el contrato para la determinación de daños y perjuicios con la audiencia del contratista.

Octavo.- Por último, hay que recordar que también es objeto de impugnación el Decreto de 27 de abril de 2018 que desestima las alegaciones del recurrente [REDACTED] sobre la certificación final núm. 11 (liquidación) realizada el día 16 de marzo de 2018 por el Director de la Obra. Sin embargo, ni en la demanda ni en la prueba practicada se hace mención alguna a motivo alguno de nulidad de la liquidación practicada, ni siquiera en el informe pericial del Sr. [REDACTED] que se concreta a la modificación del contrato y su improcedencia al superar, a su juicio, el 10% del precio del contrato, por lo que debe confirmarse íntegramente.

Noveno.- Dada la desestimación de la demanda, la parte recurrente deberá abonar las costas del procedimiento con el límite de 1500 euros más IVA (art. 139 LJCA) dada la complejidad y cuantía del procedimiento.

Décimo.- En atención a la cuantía del procedimiento la presente sentencia es susceptible de ser recurrida en apelación ante el TSJ de Castilla y León (art. 81 LJCA).

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Que debo desestimar y desestimo el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de [REDACTED] contra el Decreto del Sr. Alcalde del Ayuntamiento de Zamora de 18 de abril de 2018 que, desestimando el recurso de reposición contra el Decreto de 13 de febrero de 2018, acuerda la resolución del contrato de obras para la adecuación de espacios y modernización de las instalaciones para Dependencias de la Policía Municipal y Archivo Municipal sito en la plaza de Cristo Rey núm. 3 D (OBR0116/G/1003/2017) y contra el Decreto de 27 de abril de 2018 que desestima las alegaciones del recurrente [REDACTED] sobre la certificación final núm. 11 (liquidación) realizada el día 16 de marzo de 2018 por el Director de la Obra, que confirmo por ser ajustados a derecho.

La parte recurrente deberá abonar las costas del procedimiento con el límite de 1500 euros más IVA.

Notifíquese esta resolución a las partes, indicándoles que es no firme, pudiendo interponer recurso de apelación ante el Ilmo. TSJ de Castilla y León.



Líbrese testimonio de esta Sentencia para su constancia en autos, llevando el original al Libro de las de su clase.

Así por esta mi Sentencia, definitivamente juzgando en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

La Magistrada Juez