

ORDEN DE IMPOSICIÓN DE PENALIDADES A LA EMPRESA FERROVIAL CONSTRUCCIÓN, S.A., ADJUDICATARIA DEL CONTRATO A/OBR-028670/2019, DENOMINADO “OBRAS DEL TERCER CARRIL EN LA CARRETERA M-607. TRAMO: TRES CANTOS NORTE – VARIANTE SUR DE COLMENAR VIEJO (M-618)”.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Mediante Orden de 31 de agosto de 2020 de la Consejería de Transportes, Movilidad e Infraestructuras se adjudica el contrato denominado “Obras de construcción del tercer carril en la carretera M-607. Tramo: Tres Cantos Norte-Variante Sur de Colmenar Viejo (M-618)” a la empresa FERROVIAL CONSTRUCCIÓN, S.A. NIF: A28019206, por un importe de 29.128.509,99 euros y un plazo de ejecución de veinticuatro meses. Con fecha 7 de octubre de 2020 se formaliza el contrato entre las partes.

SEGUNDO. La Consejería de Transportes, Movilidad e Infraestructuras ordena el inicio de las obras con fecha efectiva el 17 de febrero de 2021.

TERCERO. Mediante Orden de la Consejería de Transportes, Movilidad e Infraestructuras de fecha 9 de marzo de 2021 se dicta la suspensión temporal total de las obras, siendo notificada a la empresa con esa misma fecha, teniendo efectos desde el día siguiente a la notificación, el día 10 de marzo de 2021.

Se levanta acta de suspensión de las obras con fecha de firma 15 de marzo de 2021.

CUARTO. El 15 de julio de 2021 la Consejería de Transportes e Infraestructuras dicta Orden de autorización de inicio de redacción de la modificación del proyecto del contrato.

QUINTO. Con fecha 29 de octubre de 2024 la Dirección General de Carreteras propone la modificación del contrato con fundamento en los apartados a) y c) del artículo 205.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del Sector Público (en adelante, LCSP).

Mediante Orden de fecha 26 de febrero de 2025 de la Consejería de Vivienda, Transportes e Infraestructuras, se aprueba el expediente de contrato modificado nº1, previo dictamen preceptivo de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, de 30 de enero de 2025 y de la autorización del modificado del contrato y aprobación del gasto por el Consejo de Gobierno. Con fecha 27 de marzo de 2025 tiene lugar la formalización del referido contrato modificado.

SEXTO. Con fecha 22 de abril la Consejería de Vivienda, Transportes e Infraestructuras ordena el levantamiento de la suspensión total del contrato de obras “TERCER CARRIL EN LA CARRETERA M-607. TRAMO: TRES CANTOS NORTE – VARIANTE SUR DE COLMENAR VIEJO (M-618).

El 23 de abril de 2025 se reanudan los trabajos de construcción del contrato de obras, encontrándose actualmente en ejecución.

SÉPTIMO. Con fecha 16 de febrero de 2026 la Subdirección General de Planificación, Proyectos y Construcción efectúa propuesta de imposición de penalidades por cumplimiento defectuoso de la prestación basándose en los siguientes hechos:

“Durante la ejecución de las obras, la Dirección Facultativa ha constatado que determinadas capas de mezcla bituminosa en caliente han sido ejecutadas empleando betún convencional en lugar de betún mejorado con caucho exigido en proyecto, hecho que se encuentra acreditado mediante los correspondientes ensayos de control de calidad in situ.

La ejecución de dichas capas de mezcla bituminosa con betún convencional en lugar de betún mejorado con caucho constituye una desviación respecto de las especificaciones técnicas obligatorias del proyecto. Dicho incumplimiento no ha sido autorizado por la Dirección Facultativa ni consta modificación contractual aprobada que habilite dicha sustitución de material habiendo por tanto el contratista incumplido las condiciones técnicas del contrato, alterando unilateralmente una prestación técnica del mismo”.

Respecto de la tipificación del incumplimiento, prosigue la propuesta:

“La ejecución de capas de mezcla bituminosa empleando betún sin caucho, cuando el Pliego de Prescripciones Técnicas exige la utilización de betún mejorado con caucho, constituye un incumplimiento material y sustancial de las obligaciones contractuales, calificable como cumplimiento defectuoso de la prestación”.

En lo referente a la cuantía de la penalidad, la Subdirección General de Planificación, Proyectos y Construcción detalla el cálculo del importe de la penalidad propuesta de la siguiente forma:

1. *“Exceso de importe certificado:*

El importe certificado por “t de betún mejorado con caucho procedente de polvo de NFS, tipo BC35/50, asciende a 270.032,16 €, resultado del producto del precio de contrato en Ejecución Material de 480,00 €/t por la medición ejecutada de 562,567 t.

El precio del betún realmente empleado (“t de betún asfáltico en mezclas bituminosas 35/50”), obtenido de la Base de Precios de la Dirección General de Carreteras del Ministerio (OC 37/2016), que fue la que se utilizó para la redacción del Proyecto, es de 440,00 €/t, existiendo una diferencia de 40,00 €/t entre el betún utilizado y el betún mejorado con caucho; habiendo certificado un importe adicional de 22.502,68 € (562,567 t x 40,00 €/t).

PEM diferencia de betunes: 22.502,68 €
GG: Gastos generales (13%): 2.925,35 €
BI: Beneficio industrial (6%): 1.350,16 €
PEM+GG+BI diferencia de betunes: 26.778,19 €
Coeficiente de adjudicación: 0,7634741081
PRESUPUESTO por diferencia de betunes: 20.444,45 €

2. Importe de penalidad según cláusula 21 del PCAP:

PEM unidad de obra defectuosa: 270.032,16 €
GG: Gastos generales (13%): 35.104,18 €
BI: Beneficio industrial (6%): 16.201,93 €
PEM+GG+BI unidad de obra defectuosa: 321.338,27 €
Coeficiente de adjudicación: 0,7634741081
PRESUPUESTO ADJUDICACIÓN unidad defectuosa: 245.333,45 €
CUANTÍA DE LA PENALIDAD (8%): 19.626,68 €

En virtud de lo cual, la unidad promotora propone imponer una penalidad por importe total de 40.071,13 euros, por ejecución defectuosa, no estando afectado el resto de la obra.

OCTAVO. El 23 de febrero de 2026 se traslada a la empresa la propuesta de imposición de penalidades otorgándole un plazo de 10 días hábiles para la presentación de alegaciones.

NOVENO. La empresa FERROVIAL CONSTRUCCIÓN, S.A. formula alegaciones con fecha 2 de marzo de 2026 en las que, en síntesis, manifiesta lo siguiente:

- Sobre la revisión técnica de las fórmulas de trabajo y el conocimiento del ligante durante la ejecución:

En primer lugar, la empresa sostiene que no hubo incumplimiento deliberado, actuando con buena fe y transparencia. Alega que las fórmulas de trabajo de las mezclas bituminosas presentadas durante la ejecución de la obra reflejaban el empleo de betún convencional y que dichas fórmulas habrían sido revisadas sin que se formularan observaciones tanto por la Asistencia Técnica como por la Dirección de obra, lo que, a su entender, habría generado una confianza legítima en la adecuación de la ejecución.

En segundo lugar, el contratista argumenta que el empleo de betún convencional no supone una merma en las prestaciones del firme y aporta una nota técnica de un laboratorio en la que se afirma que las mezclas ejecutadas presentan resultados adecuados.

En tercer lugar, el contratista considera que, en el supuesto de apreciarse incumplimiento, la penalidad aplicable debería ser del 5% y no del 8% ya que, a su entender, no existe una pérdida de prestaciones ni afección a la funcionalidad de la obra.

- Sobre el precio unitario del betún convencional frente al betún mejorado con caucho:

El contratista afirma que, conforme al Anejo nº10 "Firmes" del proyecto de construcción, ambos betunes tendrían un precio de referencia de 480€/tonelada, por lo que no existiría exceso del importe certificado.

DÉCIMO. Realizado el trámite de audiencia, la Subdirección General de Planificación, Proyectos y Construcción eleva propuesta de inicio de imposición de penalidades de fecha 6 de marzo de 2026 al órgano de contratación por importe total de 40.071,13 €, en la que se procede al análisis de las alegaciones formuladas por la empresa contratista.

UNDÉCIMO. Por Orden de la Consejería de Vivienda, Transportes e Infraestructuras de 16 de marzo de 2026 se dispone el inicio del expediente de imposición de penalidades a la empresa FERROVIAL CONSTRUCCIÓN, S.A. por cumplimiento defectuoso del contrato.

A los precedentes antecedentes de hecho les son de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. El presente contrato tiene carácter administrativo. Las partes quedan sometidas expresamente a lo establecido en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y en el Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares. Para lo no previsto en los pliegos, el contrato se regirá por la legislación básica del Estado en materia de contratos públicos: Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP), y en cuanto no se oponga a lo establecido la LCSP, rige el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), por el Pliego de Cláusulas Administrativas Generales para la Contratación de Obras del Estado, aprobado por Decreto 3854/1970, de 31 de diciembre, por las Leyes aprobadas por la Asamblea de Madrid y por el Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, aprobado por Decreto 49/2003, de 3 de abril (RGPCM) y sus normas complementarias. Supletoriamente, se aplicarán las normas

estatales sobre contratos públicos que no tengan carácter básico, las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las de derecho privado.

SEGUNDO. El artículo 192 de la LCSP establece que los pliegos podrán prever penalidades para el caso de cumplimiento defectuoso de la prestación objeto del mismo o para el supuesto de incumplimiento de los compromisos o de las condiciones especiales de ejecución del contrato que se hubiesen establecido conforme al apartado 2 del artículo 76 y al apartado 1 del artículo 202. Estas penalidades deberán ser proporcionales a la gravedad del incumplimiento y las cuantías de cada una de ellas no podrán ser superiores al 10 por ciento del precio del contrato, IVA excluido, ni el total de las mismas superar el 50 por cien del precio del contrato.

TERCERO. Asimismo, el artículo 194.2 del mismo texto legal determina que las penalidades previstas se impondrán por acuerdo del órgano de contratación, adoptado a propuesta del responsable del contrato si se hubiese designado, que será inmediatamente ejecutivo, y se harán efectivas mediante deducción de las cantidades que, en concepto de pago total o parcial, deban abonarse al contratista o sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, cuando no puedan deducirse de los mencionados pagos.

CUARTO. La cláusula 27 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rige el presente contrato, vinculando a ambas partes, dispone:

“En caso de cumplimiento defectuoso de la ejecución del contrato o, en su caso, incumplimiento del compromiso de dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios personales y materiales suficientes o de las condiciones especiales de ejecución del contrato, la Administración podrá imponer al contratista las penalidades indicadas en el apartado 21 de la cláusula 1, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 192.1 de la LCSP.”

Por su parte, el apartado 21 de la cláusula 1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares señala que:

“Tendrá la consideración de cumplimiento defectuoso del contrato:

- *El incumplimiento de las prescripciones técnicas establecidas en la parte 2 del pliego para las distintas unidades de obra (capítulos I a X).*
- *El incumplimiento de lo establecido en la definición geométrica detallada en los planos del proyecto.*

Se impondrán penalidades por cumplimiento defectuoso del contrato en los siguientes supuestos: (...)

- *Cuando como consecuencia del incumplimiento quede afectada la funcionalidad final de la obra ejecutada y, aun posibilitando su puesta en servicio, disminuya las prestaciones previstas, se penalizará con un 8% del presupuesto la adjudicación del contrato. (...)*

QUINTO. La cláusula citada en el fundamento jurídico anterior establece también que el responsable del contrato formulará propuesta de penalidad que se notificará al contratista concediéndole el plazo de 10 días hábiles para formular alegaciones. Efectuado el trámite de alegaciones, el responsable del contrato elevará propuesta al órgano de contratación que resolverá, resultando de aplicación lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 194 de la LCSP. Los citados trámites se han cumplido en este supuesto y consta que se dio audiencia a la empresa contratista, que formuló alegaciones en tiempo y forma, que serán examinadas más adelante.

SEXTO. Según la propuesta de la Subdirección General de Planificación, Proyectos y Construcción, durante la ejecución de las obras, la Dirección Facultativa ha constatado que determinadas capas de mezcla bituminosa en caliente han sido ejecutadas empleando betún convencional en lugar de betún mejorado con caucho exigido en el proyecto, hecho que se encuentra acreditado mediante los correspondientes ensayos de control de calidad *in situ*. Este hecho constituye una desviación respecto de las especificaciones técnicas obligatorias del proyecto.

En consecuencia, la citada unidad promotora propone iniciar el procedimiento de imposición de penalidad al contratista determinando la cuantía teniendo en cuenta el presupuesto de adjudicación de la unidad de obra afectada por dicho incumplimiento en lugar del presupuesto de adjudicación global de la obra, resultando un importe total de 40.071,13 € por incumplimiento defectuoso.

SÉPTIMO. Lo anterior no queda desvirtuado por las alegaciones formuladas por la empresa contratista, según va a señalarse a continuación, de conformidad con la propuesta de inicio del procedimiento de imposición de penalidades de fecha 6 de marzo de 2026:

1. **Respecto de la revisión técnica de las fórmulas de trabajo y el conocimiento del ligante durante la ejecución:**
 - 1.1. En primer lugar, la empresa alega que las fórmulas de trabajo de las mezclas bituminosas presentadas durante la ejecución de la obra reflejaban el empleo de betún convencional y que dichas fórmulas habrían sido revisadas sin que se formularan observaciones tanto por la Asistencia Técnica como por la Dirección de obra, lo que, a su entender, habría generado una confianza legítima en la adecuación de la ejecución.

Pues bien, el proyecto de construcción y el Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares establecen de forma expresa la obligación de emplear betún mejorado con caucho en las capas base e intermedia de mezcla bituminosa en caliente. Las prescripciones contenidas en los pliegos y en el proyecto tienen carácter contractual y vinculante, por lo que el contratista está obligado a ejecutar la obra con estricta sujeción a las mismas.

La eventual revisión o aceptación de fórmulas de trabajo no puede interpretarse como modificación de las condiciones contractuales ni como una autorización para alterar las especificaciones del proyecto. Las fórmulas de trabajo constituyen documentos de carácter operativo dentro del control de producción de las mezclas, pero no pueden modificar las prescripciones del contrato, modificación que únicamente puede realizarse mediante el correspondiente procedimiento de modificación contractual.

Debe recordarse que, conforme a la cláusula 43 del Pliego de Cláusulas Administrativas Generales para la Contratación de Obras del Estado, el contratista responde de la correcta ejecución de la obra, aunque los materiales o unidades hayan sido examinados o incluidos en certificaciones parciales durante la ejecución. Por tanto, la eventual disponibilidad de documentación de obra o controles durante la ejecución no exime al contratista de su responsabilidad en el cumplimiento de las especificaciones técnicas del contrato.

- 1.2. En segundo lugar, el contratista alega que el empleo de betún convencional no supone una merma en las prestaciones del firme y aporta una nota técnica de un laboratorio en la que se afirma que las mezclas ejecutadas presentan resultados adecuados.

A este respecto, cabe señalar que el objeto del procedimiento de penalización no se limita a la comprobación de la calidad puntual de las mezclas ejecutadas, sino al cumplimiento de las prescripciones técnicas establecidas en el contrato. El proyecto establece la utilización de betún mejorado con caucho con el fin de garantizar determinadas prestaciones en términos de durabilidad, comportamiento mecánico y sostenibilidad ambiental, aspectos que forman parte de las condiciones técnicas de la infraestructura proyectada. La utilización de un ligante bituminoso distinto del previsto constituye, por sí misma, una alteración de la solución técnica definida en el proyecto, con independencia de que los resultados obtenidos en determinados ensayos puedan cumplir parámetros mínimos de control.

Asimismo, la nota técnica aportada por el contratista tiene carácter informativo y no sustituye las prescripciones del proyecto ni puede modificar las especificaciones contractuales aprobadas.

Por tanto, la ejecución de las capas de mezcla bituminosa con un ligante distinto del previsto supone un incumplimiento material de las condiciones técnicas del contrato, circunstancia que justifica la imposición de penalidades por cumplimiento defectuoso.

- 1.3. En tercer lugar, el contratista considera que, en el supuesto de apreciarse incumplimiento, la penalidad aplicable debería ser del 5% y no del 8%, ya que a su entender no existe una pérdida de prestaciones ni afección a la funcionalidad final de la obra.

Pues bien, la utilización de un material distinto del previsto en el proyecto afecta directamente a las características técnicas y funcionales de la unidad de obra ejecutada, al tratarse de un elemento esencial del firme de la infraestructura. La pérdida de prestaciones por el empleo de betún convencional en lugar de betún con caucho está ampliamente respaldada por la normativa técnica que regula el empleo del caucho en mezclas bituminosas, tales como la Orden Circular 21/2007 de la Dirección General de Carreteras del Ministerio de Fomento sobre el uso y especificaciones que deben cumplir los ligantes y mezclas bituminosas que incorporen caucho procedente de neumáticos fuera de uso (NFU) así como el Manual de Empleo de Caucho de NFU en Mezclas Bituminosas, publicado por el Ministerio de Fomento a través del CEDEX. En dichas normas se reconoce expresamente que los betunes o mezclas que incorporan caucho presentan propiedades que mejoran el comportamiento frente a las mezclas con betunes convencionales, tales como mejor resistencia a las roderas, menor susceptibilidad a la temperatura, mayor resistencia al agrietamiento por fatiga o mayor resistencia al envejecimiento y a la oxidación.

En virtud de lo expuesto, se considera justificada la aplicación del porcentaje del 8% previsto en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato para los supuestos en que el incumplimiento afecta a la funcionalidad de la obra, aun cuando la infraestructura pueda ser puesta en servicio, resultando una cuantía de 19.626,68 €.

En consecuencia, la alegación primera debe ser desestimada.

2. **Sobre el precio unitario del betún convencional frente al betún mejorado con caucho:**

2.1 El contratista alega que, conforme al Anejo nº10 "*Firmes*" del proyecto de construcción, ambos betunes (betún convencional y betún mejorado con caucho) tendrían un precio de referencia de 480€/tonelada, por lo que, a su entender, no existiría exceso de importe certificado.

Pues bien, en relación al Anejo nº10 "*Firmes y pavimentos*" al que alude el contratista, hay que señalar lo que indica expresamente su epígrafe 5 "*Valoración económica de las alternativas estudiadas*" y que se reproduce a continuación:

"La evaluación económica de cada una de las secciones se realiza a partir de precios de unidades de obra que en ningún caso son contractuales. El precio contractual de dichas unidades aparece recogido en el anejo de justificación de precios y su única función en este apartado es la de realizar una evaluación económica de las distintas secciones permitiendo la elección de una de ellas".

El anejo de justificación de precios del proyecto recoge únicamente el precio de 480€/tonelada correspondiente al betún mejorado con caucho, no existiendo precio alguno en el presupuesto del proyecto para el supuesto de empleo de betún convencional 35/50. Por tanto, el cálculo del exceso de importe certificado se ha realizado tomando como referencia la Base de Precios de la Dirección General de Carreteras utilizada para la redacción del proyecto (Orden Circular OC

37/2016). De acuerdo con dicha base de precios, el betún convencional 35/50 presenta un precio inferior al del betún mejorado con caucho, en particular de 440€/tonelada, existiendo por tanto una diferencia económica entre ambos materiales.

En consecuencia, la certificación de la unidad de obra ejecutada como si se hubiera empleado betún mejorado con caucho ha supuesto un importe certificado superior al correspondiente al material realmente utilizado, circunstancia que justifica la regularización económica incluida en la propuesta de penalidad por importe de 20.444,45 €.

En consecuencia, la alegación segunda debe ser desestimada.

Por todo lo expuesto, este órgano de contratación

ORDENA

Imponer a la empresa FERROVIAL CONSTRUCCIÓN, S.A. con NIF A28019206, adjudicataria del contrato denominado A/OBR-028670/2019 "Obras de construcción del tercer carril en la carretera M-607. Tramo: Tres Cantos Norte-Variante Sur de Colmenar Viejo (M-618)" una penalidad por importe de 40.071,13 € (Cuarenta mil setenta y un euros con trece céntimos), que se hará efectiva mediante deducción de las cantidades que en concepto de pago total o parcial deban abonarse al contratista o sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, cuando no puedan deducirse de las mencionadas certificaciones.

Contra la presente Orden, que pone fin a la vía administrativa, podrá interponerse recurso de reposición ante el propio órgano que la ha dictado en el plazo de un mes desde el día siguiente a la notificación de la misma, o directamente recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el plazo de dos meses, sin perjuicio de cuantos otros recursos estime oportuno interponer.

**EL CONSEJERO DE VIVIENDA, TRANSPORTES
E INFRAESTRUCTURAS
P.D. (Orden 27/12/2023)
EL VICECONSEJERO**

Firmado digitalmente por: GARCIA GOMEZ JOSE MARIA
Fecha: 2026.04.08 18:36