



Sra. Salgueiro Cortiñas, Presidenta

Sr. Estella Hoyos, Consejero

Sr. Fernández Costales, Consejero

Sr. Pérez Solano, Consejero y

Ponente

Sr. Quijano González, Consejero

Sr. Madrid López, Consejero

Sr. Nalda García, Consejero

Sr. Sobrini Lacruz, Secretario

La Sección Primera del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Ávila el día 3 de mayo de 2007, ha examinado el *expediente relativo a la resolución del contrato suscrito entre la Consejería de Fomento de la Junta de Castilla y León y la empresa xxxxx*, y a la vista del mismo y tal como corresponde a sus competencias, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

I

ANTECEDENTES DE HECHO

El día 16 de febrero de 2007 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *expediente relativo a la resolución del contrato de obras suscrito entre la Consejería de Fomento de la Junta de Castilla y León y la empresa xxxxx, para la edificación de siete xxxxx en xxxxx*.

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 21 de febrero de 2007, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 150/2007, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal como dispone el artículo 53 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo, aprobado por el Decreto 102/2003, de 11 de septiembre. Turnado por la Sra. Presidenta del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Pérez Solano.

Primero.- Por Orden de 22 de diciembre de 2003 de la Consejería de Fomento de la Junta de Castilla y León se acuerda la adjudicación del contrato de ejecución de la obra "xxxxx, en xxxxx", por un importe de adjudicación de 583.303,21 euros a la empresa xxxxx, que presenta la correspondiente garantía definitiva por importe de 23.332,13 euros.



Segundo.- El 27 de febrero de 2004 se levanta el acta de comprobación del replanteo y de paralización del inicio de la obra como consecuencia de la falta de aprobación del Plan de Seguridad y Salud presentado por la empresa contratista. La Dirección General de Vivienda, Urbanismo y Ordenación del Territorio de la Consejería de Fomento aprueba el citado Plan mediante Resolución de fecha 3 de marzo de 2004, y el 17 de marzo se firma una nueva acta de comprobación del replanteo mediante la que se levanta la paralización del inicio de las obras.

El Programa de Trabajo y Plazos Mensuales es aprobado mediante Resolución de fecha 11 de octubre de 2004 de la Dirección General de Vivienda, Urbanismo y Ordenación del Territorio, figurando como plazo de ejecución el de 11 meses y 20 días, y como fecha de terminación de la obra la de 15 de marzo de 2005.

El 10 de marzo de 2005 se dicta Resolución de la Dirección General de Vivienda, Urbanismo y Ordenación del Territorio mediante la que se aprueba y concede la prórroga del plazo de ejecución de la obra solicitada por la empresa constructora, fijándose como nueva fecha de terminación de la obra la de 15 de septiembre de 2005.

Tercero.- El 6 de junio de 2005, el Servicio de Vivienda Pública de la Dirección General de Vivienda, Urbanismo y Ordenación del Territorio emite un informe en el que se pone de manifiesto que "la obra ha sufrido una serie de incidencias como consecuencia (de la) demora de los trabajos por falta de personal y descoordinación de la empresa. Todo ello ha provocado confusión y retrasos importantes, así como errores graves de ejecución". Como consecuencia de lo expuesto, y "dado el grave perjuicio que está originando, este Servicio solicita que se inicie la resolución de contrato a la empresa xxxxx".

Mediante escrito notificado a la empresa adjudicataria el 2 de agosto de 2005, se pone en conocimiento de ésta que, apreciado un incumplimiento del contrato derivado de la constitución de mora del contratista por causa a él imputable, se le otorga un plazo de diez días para que presente las alegaciones que tenga por convenientes.

El 14 de agosto de 2005 los representantes de la empresa adjudicataria presentan un escrito de alegaciones en el que señalan lo siguiente:

"(...).



»4. Dentro de las alegaciones, como causas generales de retraso están las debidas a «Las carencias de los Proyectos Visados y Aprobados por la Administración contratante» lo que conlleva la imposibilidad total de planificar la obra a ejecutar, ya que se van definiendo a plazos en los libros de órdenes obstaculizando a su vez la negociación efectiva con los proveedores en plazo y precio. Esta es la principal razón de los modificados y/o complementarios de última hora (...).

»5. Un hecho no valorado para los retrasos de las obras, es el tiempo que la Administración tarda en hacer el acta de aprobación del Plan de Seguridad y Salud, a veces meses, condición indispensable para abrir el centro de trabajo y poder comenzar la obra.

»6. Otros hechos frecuentes que producen serios retrasos en las obras son:

»a) Los solares no tienen los servicios esenciales (...).

»b) Durante la ejecución de la obra hay que adaptar las construcciones a los diferentes cambios de normativa, en cuanto a instalaciones y materiales, no recogidos por los proyectos.

»c) El solar no se suele adecuar a la definición de la planta del proyecto produciendo modificaciones ya en la comprobación del replanteo de la obra y atrasando el comienzo efectivo de las mismas.

»d) Dada la evolución del sector los proveedores no garantizan en plazo y forma los trabajos realizados, produciéndose situaciones de no suministro temporal de determinados materiales (por ejemplo cerámicos) y/o trabajos (por ejemplo los trabajos de electricidad)".

En relación con el contrato de construcción de siete viviendas en xxxxx, señala lo siguiente:

"1. La situación geográfica de xxxxx, unido a la evolución del mercado de la vivienda en España, origina un retraso importante en el suministro de materiales (todos ellos de fuera de xxxxx), así como dificultades



para encontrar personal suficientemente cualificado dispuesto a desplazarse a zonas deprimidas.

»2. Determinados materiales (...) se han exigido por la D. Facultativa que sean de unas marcas comerciales específicas (...) originando además de unos perjuicios económicos, la imposibilidad de exigir plazos de entrega, superando las calidades contratadas para la obra.

»3. La población de xxxxx no dispone de transformadores eléctricos que puedan suministrar corriente eléctrica a 360 voltios. Esto nos ha obligado a funcionar la grúa torre (...) incrementando los costes (...).

»4. La conexión del saneamiento de la parcela con la red general prevista en el proyecto no se puede ejecutar (...). Todo ello se quiere recoger en un complementario que a día de hoy no está redactado, ni consensuados los precios contradictorios (...).

»5. (...) en este contrato la última certificación es de febrero de 2005. No cursándose ninguna posteriormente, a día de hoy hay una obra ejecutada por un importe aproximado de 120.000'00 €, superior a lo certificado, no entendiendo la empresa este incumplimiento de la legislación vigente, que unido a los incrementos de costes anteriores, provocan una tensión financiera de la obra totalmente innecesaria.

»6. La mayoría de las partidas se van definiendo sobre la marcha, contraviniendo en ocasiones el proyecto contratado e impidiendo la planificación de la obra, en la compra de materiales (...).

»7. Pese a lo expuesto La Empresa se encuentra en condiciones de acabar los trabajos, solucionando todos los imprevistos que van sucediendo".

Cuarto.- El 16 de noviembre de 2005 la Dirección General de Vivienda, Urbanismo y Ordenación del Territorio elabora la propuesta de orden de inicio del procedimiento para la resolución del contrato de obras de "xxxxx en xxxxx, Expte. xxxx". La orden de inicio del expediente es notificada a la empresa concesionaria y a la sssss el 20 de diciembre de ese año.



El 30 de diciembre de 2005 D. jjjjj, en nombre y representación de la empresa concesionaria presenta, además del correspondiente apoderamiento, un escrito de alegaciones mediante el que se pone de manifiesto la oposición de la empresa adjudicataria a la resolución del contrato en base a los siguientes motivos:

- la nulidad de pleno derecho del procedimiento de resolución iniciado por falta de dictamen del Consejo Consultivo de Castilla y León;

- la demora en el cumplimiento del contrato, a causa del "ahogo económico y financiero" al que se ha visto sometido la mercantil debido, según el escrito, al hecho de que llevan "10 meses sin certificar (recordemos que la última certificación emitida lo fue en noviembre respecto de trabajos, según la Administración, realizados en agosto aunque ejecutados mucho antes), sin por supuesto abonar los trabajos realizados en la obra desde hace casi un año".

- "otras irregularidades cometidas por esa Administración": falta de resolución sobre la solicitud de ampliación de la obra efectuada por la adjudicataria, prohibición verbal de ejecución de trabajos, etc.

Quinto.- El 13 de enero de 2006 se solicita al Servicio Público de Vivienda un informe acerca de las alegaciones efectuadas por la empresa adjudicataria relativas a la demora en los plazos de ejecución y a las presuntas irregularidades cometidas por la Administración.

El 15 de mayo de 2006 se remite el informe emitido por la dirección facultativa de la obra sobre los extremos indicados, en el que se señala:

"No pudo validarse el acta de inicio de las obras, por problemas de aprobación del Plan de Seguridad, hasta el 17/03/2004 (...) de forma que se llegó al mes de abril de 2004 sin comenzar las excavaciones. Estos trabajos, al principio entorpecidos por las lluvias caídas en el mes de abril citado, se prolongaron demasiado tiempo, con paradas de obra inexplicables (...).

» Todo el proceso de realización de la estructura se desarrolló con una extraordinaria lentitud y continuos cambios de cuadrillas de encofradores y ferrallas (...).



»Hasta final del año 2004 continúa el lento ritmo de obra, con la ejecución de la hoja exterior de cerramiento en las viviendas.

»Concluye 2004, después de casi un año de obra para siete viviendas (...) tras un lentísimo ritmo de ejecución.

»(...).

»Con estos antecedentes, se hace la anotación pertinente en el libro de órdenes, de fecha 19 de mayo de 2005 y se proporciona a la Contrata principal un listado de temas constructivos mal resueltos, el cual se le envió posteriormente por fax, tras una visita de obra a finales de mayo, a la que sólo acudió la D.F. y en la que se constató además que el Libro de Órdenes, (...) seguía sin devolverse a la obra.

»(...) se informa a la Dirección General de Vivienda con fecha 11 de julio de 2005. En este informe se solicita ya la paralización de la obra.

»Dichas obras, no obstante, siguen la marcha que impone la subcontrata, al margen ya de todo posible control, por su mala relación con la Contrata principal, de forma que ya, con fecha 1 de septiembre de 2005, se emite nuevo informe a la Dirección General de Vivienda, en el que se requiere la suspensión total de las obras, para evitar males mayores.

»Por último, ante la última solicitud de ampliación de plazo de ejecución de obra por la Empresa xxxxx los abajo firmantes emiten un nuevo informe en el que consideran improcedente la concesión de dicha prórroga, con fecha 23 de septiembre de 2005. (De la obra desaparece completamente el personal a finales de agosto de 2005).

»Con la llegada del final del año 2005 y la ya clara perspectiva de resolución del contrato de ejecución de obra con la Empresa xxxxx se procedió a revisar nuevamente lo ejecutado en obra, por indicación de la Dirección del Servicio de Vivienda Pública y a reconsiderar las cantidades reclamadas por la citada empresa, la cual aceptó sin condición alguna, a través de D. fffff, la cantidad que figura en la Certificación nº 18, de agosto de 2005, dejando a cero el resto de Certificaciones anteriores, entre marzo y julio de ese año. En dicha certificación se ajustaron tanto las partidas ejecutadas como los desacopios realizados”.



Sexto.- El 14 de septiembre de 2006 se elabora la propuesta de orden de la Consejería de Fomento por la que se acuerda la resolución del contrato de obras de "Edificación de xxxxx, en xxxxx", propuesta que fue informada favorablemente por la Asesoría Jurídica de la Consejería de Fomento el 1 de febrero de 2007.

En tal estado de tramitación, se dispuso la remisión del expediente al Consejo Consultivo de Castilla y León para que emitiera dictamen.

Séptimo.- Mediante Acuerdo de 2 de marzo de 2007 se requiere a la Consejería de Fomento para que complete el expediente mediante la incorporación a éste del contrato suscrito por la citada Consejería y la empresa xxxxx para la edificación de xxxxx en xxxxx, cuya resolución se pretende. El 12 de abril de 2007 se registra de entrada la documentación solicitada, reanudándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen.

II CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1ª.- El Consejo Consultivo de Castilla y León dictamina en el presente expediente, con carácter preceptivo, de conformidad con lo previsto en el artículo 4.1.h), 3º de la Ley 1/2002, de 9 de abril, reguladora del Consejo Consultivo de Castilla y León, correspondiendo a la Sección Primera emitir el dictamen según lo establecido en el punto 4º, regla A), apartado e), del Acuerdo de 30 de octubre de 2003, del Pleno del Consejo, por el que se determina el número, orden, composición y competencias de las Secciones.

2ª.- La normativa aplicable, tal y como se recoge en el pliego de cláusulas administrativas particulares que rige el contrato, viene determinada fundamentalmente, además de por dicho pliego, por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, (en adelante, LCAP), y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante, RGLCAP).



La competencia para acordar la resolución del contrato y determinar sus efectos corresponde al órgano de contratación, conforme dispone el artículo 59 del citado texto refundido de la LCAP.

En cuanto al procedimiento administrativo seguido para la instrucción del expediente, hay que señalar que se ha cumplido con los requisitos fijados en el artículo 109.1 del RGLCAP, dando audiencia tanto al contratista como al avalista, y cumpliéndose con el presente dictamen lo previsto en el apartado d) de dicho precepto. Además, en este caso también se ha incorporado al expediente el informe favorable emitido el 1 de febrero de 2007 por la Asesoría Jurídica de la Consejería de Fomento.

3ª.- El asunto sometido a consulta versa sobre el expediente relativo a la resolución del contrato de obras suscrito por la Consejería de Fomento de la Junta de Castilla y León con la empresa xxxxx, que se opone a tal actuación.

La Administración contratante fundamenta la resolución del contrato en que se ha incumplido el plazo final debido a que las obras no están finalizadas y a que se ha producido abandono de la obra.

La demora en el cumplimiento del plazo total es causa de resolución de los contratos administrativos y está prevista en los artículos 95.3, 96.1 y 111.e) de la LCAP. Además, según se contempla en la cláusula tercera del contrato celebrado el 30 de enero de 2004 con la contratista, incorporado al expediente a requerimiento de este Órgano Consultivo, "el plazo total de ejecución de las obras, una vez considerada la oferta del adjudicatario en la fase de concurso, es de once meses y veinte días, contados desde el día siguiente al de la firma del acta de comprobación del replanteo (...). La empresa adjudicataria se compromete, a su vez, al cumplimiento de los plazos parciales que se fijen al aprobarse el programa de trabajo", y en el pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato que nos ocupa (cláusula 1.4ª).

Los requisitos para que se dé la causa de resolución invocada por el Ayuntamiento son:

- 1) Que el plazo total de ejecución haya terminado.
- 2) Que la obra no esté finalizada.



3) Que el contratista haya incurrido en la demora por causas imputables a él.

En primer lugar, hay que poner de manifiesto que, a día de hoy, el plazo total de ejecución ha terminado, cumpliéndose, pues, el primer requisito.

En cuanto al cumplimiento del segundo requisito, que la obra no esté finalizada, es claro que no lo está. La propuesta de resolución señala en este sentido que "el programa de trabajo presentado por la mercantil contratista y aprobado por la Dirección General de Vivienda, Urbanismo y Ordenación del Territorio, tras la concesión de la prórroga, fija como plazo de terminación de las obras el 15 de septiembre de 2005.

»(...).

»El Servicio de Vivienda Pública, en informe de 6 de junio de 2005, señala la existencia de «retrasos importantes así como errores graves de ejecución» solicitando iniciar la resolución del contrato (...).

»Atendiendo a las certificaciones de obra, resulta que desde la correspondiente a marzo de 2005 hasta la última de agosto de 2005, se hace constar que la actividad constructiva es lenta y se prevé el incumplimiento de los plazos parciales.

»(...) en el libro de órdenes, aparece en la página 3, que en la visita de 28 de mayo de 2004 «se encuentra paralizada la obra por motivos no especificados por la empresa (...)», en la página 22, en la visita de 10 de marzo de 2005 se hace constar que «se revisa la obra (...) constatando el retraso existente en el desarrollo de los trabajos, en parte causados por el mal tiempo reinante. Se procede a solicitar una prórroga del plazo de ejecución de 6 meses (...)», en la página 27, en la visita de 19 de mayo de 2005 se hace constar que «visitada la obra se constata nuevamente el lentísimo ritmo de la obra y la falta de atención a las órdenes dadas en las visitas anteriores. Dado que ya se ha consumido buena parte de la prórroga concedida por la Consejería de Fomento, se procederá a informar a la misma de la marcha de las obras y la que se percibe como imposible solución en la mejora de los trabajos».

Al constante retraso casi desde los primeros trabajos, se añade que, tal y como señala el informe de la dirección facultativa de la obra de marzo de 2006,



llegó a “desaparecer completamente el personal de la obra a finales de agosto de 2005”. Además, las certificaciones de obra son desde febrero “a cero” por cuanto no se ejecutó ningún trabajo, haciendo obligada la solicitud de resolución del contrato que efectuó el Servicio de Vivienda Pública mediante informe de 6 de junio de 2005.

En cuanto al tercer requisito, que el contratista haya incurrido en demora por causas imputables al mismo (artículo 95.3 de la LCAP), debe tenerse en cuenta que la culpa de la empresa puede apreciarse partiendo de la consideración inicial de que la obra no se ha acabado de ejecutar, siendo de cuenta de aquella demostrar que este incumplimiento se debe a causas ajenas a ella misma.

Lo cierto es que la actitud de la empresa, que dejó en su momento de trabajar en la obra sin haberla acabado, implica un juicio de culpabilidad, pues no podían ser razones para esa actitud supuestos defectos del proyecto que no han sido probados, ya que, como señala la propuesta de resolución contractual, este proyecto está visado y aprobado por la Administración (informe de supervisión favorable de 28 de octubre de 2002), por lo que se presume válido y adecuado mientras no se pruebe lo contrario. A ello se añade que el contratista no ha solicitado (ni se ha tramitado por parte de la Administración) ningún modificado o complementario del contrato de obras, sin perjuicio de la concesión, a solicitud de la empresa adjudicataria y como “acto graciable”, tal y como pone de manifiesto la propuesta, de una prórroga de seis meses.

Tampoco podía justificarse el retraso y posterior abandono de la obra en “la tardanza de la Administración en aprobar el Plan de Seguridad y Salud” a la que alude el contratista, por cuanto, tal y como señala la propuesta de resolución, “es el propio contratista quien debe presentar el Plan de Seguridad y Salud en condiciones de ser aprobado (artículo 7 del Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre), lo que ha ocurrido dentro de un plazo normal para su correcto análisis, y, por otro lado, el plazo de duración de la obra comienza desde la aprobación del plazo de seguridad y salud, como se ve en los planes de trabajo, por lo que no puede invocarse ahora como causa de retraso dicha suspensión en el inicio”.

También alude la empresa contratista a otros hechos frecuentes y factores que producen retrasos (situación geográfica de la localidad y del mercado de la vivienda, carencia de transformadores en la localidad, materiales



de marcas exigidas por la dirección facultativa, conexión con la red de saneamiento, falta de pago de certificaciones, o la existencia de partidas que se definen sobre la marcha, contraviniendo el proyecto contratado e impidiendo la planificación de la obra en la compra de materiales) que, o bien no resultan admisibles como causa del retraso por entrar dentro del principio del riesgo y ventura del contratista que recoge el artículo 98 de la LCAP, o bien, simple y llanamente, no pueden ser valorados al no encontrarse acreditados, careciendo por lo tanto de fundamento.

La culpabilidad de la empresa, en fin, resulta clara a la luz del informe de la dirección facultativa de la obra de 11 de julio de 2005, que pone de manifiesto, no sólo el incumplimiento primero de los plazos parciales, y, finalmente, el del plazo total con abandono de la obra, sino la existencia de certificaciones de obra "a cero" desde febrero de ese año, por cuanto no se ha ejecutado ningún trabajo.

Por ello el Consejo Consultivo, a la luz de la documentación remitida, entiende que la causa de resolución, la demora en el cumplimiento del plazo total de ejecución, sí es imputable a la empresa contratista.

4ª.- Por lo que se refiere a la entidad del incumplimiento en el presente caso, y en el contexto de la relación jurídica contractual que se examina, el presente expediente puede ser calificado de incumplimiento grave del contratista.

Respecto a esta causa resolutoria existe una reiterada doctrina jurisprudencial (entre todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1999) y del Consejo de Estado, en el sentido de que no basta cualquier incumplimiento contractual para que se produzca el efecto resolutorio, sino que ha de traducirse en una valoración del incumplimiento grave y de naturaleza sustancial del contrato, al ser la resolución la consecuencia más grave que puede derivarse de esta circunstancia.

Asimismo, tal y como ha mantenido el Tribunal Supremo en Sentencia de 14 de diciembre de 2001, la resolución por incumplimiento del contrato ha de limitarse a los supuestos en que sea patente "una voluntad rebelde a su cumplimiento, sin bastar el simple retraso, al requerirse una pasividad dolosa, culposa o negligente imputable al contratista, como ha venido exigiendo la jurisprudencia de esta Sala a tales efectos".



En el presente caso, de la apreciación de los hechos, dado que la obra no ha finalizado, resulta que no estamos ante un "simple retraso" del contratista, sino ante un incumplimiento imputable al mismo por su pasividad culposa o negligente de tal entidad que procede la resolución del contrato y la incautación de la garantía constituida, sin perjuicio de la indemnización de los daños y perjuicios que hayan podido seguirse para la Administración contratante por la actuación de la contrata, en lo que exceda de dicha garantía, de conformidad con el artículo 113.4 del texto refundido de la citada Ley.

Dicho artículo se ha de poner en relación con lo dispuesto en el artículo 113 del RGLCAP, que dispone que "en los casos de resolución por incumplimiento culpable del contratista, la determinación de los daños y perjuicios que deba indemnizar éste se llevará a cabo por el órgano de contratación en decisión motivada previa audiencia del mismo, atendiendo, entre otros factores, al retraso que implique para la inversión proyectada y a los mayores gastos que ocasione a la Administración".

Todo lo dicho se entiende sin perjuicio de la liquidación que corresponda de las obras ejecutadas.

III CONCLUSIONES

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo de Castilla y León informa:

Procede resolver, por incumplimiento del contratista, el contrato de obras suscrito entre la Consejería de Fomento de la Junta de Castilla y León y la empresa xxxxx, para la edificación de xxxxx en xxxxx.

No obstante, V.E. resolverá lo que estime más acertado.