



Sr. Estella Hoyos, Presidente en funciones y Ponente

Sr. Fernández Costales, Consejero

Sr. Pérez Solano, 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 Zamora el día 23 de julio de 2009, ha examinado el *expediente de resolución de contrato suscrito entre el Ayuntamiento de xxxx2 y D. 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 1 de abril de 2009, tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre *expediente para la resolución del contrato suscrito para la dirección e inspección de las obras de "Urbanización de la Unidad de Actuación xxxx1", entre el Ayuntamiento de xxxx2 y D. xxxxx*.

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 8 de abril de 2009, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 334/2009, 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 el Sr. Presidente del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Estella Hoyos.

Primero.- Mediante Decreto de la Alcaldía de xxxx2, de 3 de mayo de 2006, se resuelve contratar con D. xxxxx la dirección e inspección de las obras de "Urbanización de la Unidad de Actuación xxxx1", por un precio total de 10.730 euros. Dicho contrato, calificado como contrato menor, se celebra al amparo de los artículos 196.2 y 201, en relación con el artículo 56, de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.



Segundo.- El 17 de mayo de 2007, el Servicio Técnico de Urbanismo del Ayuntamiento de xxxx2 emite informe sobre el estado de las obras, en el que se manifiesta que existen importantes deficiencias en la ejecución material de aquéllas y en la seguridad y salud de los trabajadores.

Tercero.- Previo requerimiento de la Concejala Delegada de Hacienda y Patrimonio del Ayuntamiento, el 24 de mayo de 2007 D. xxxxx, adjudicatario del contrato, informa sobre el estado de ejecución de las obras, manifestando lo siguiente:

Que se han producido importantes modificaciones en el desarrollo de la obra a partir del día 23 de mayo, (se ha nombrado por parte de la empresa constructora nuevos encargados).

Que se ha ordenado el levante del firme de viales que no reunía las condiciones y compactación con zahorras artificiales.

Que se ha ordenado la demolición de todas las ríogolas mal realizadas y zonas de acera no compactadas.

Que se ha comprobado presión de línea de abastecimiento.

Que sobre el firme del vial (...) se realizarán las correspondientes comprobaciones de placas y, si resultan positivas, se realizará extendido de aglomerado de base con rebaje de tapas de pozos, realizándose el aglomerado de rodadura completo en su día para toda la unidad.

Que cuando se obtengan los resultados de las placas de firmes se enviará su resultado y certificados de calidad de los materiales.

Que con respecto al calendario de esta primera fase, no se sabrá hasta la semana siguiente, que se concretará más exhaustivamente.

Cuarto.- El 4 de marzo de 2008, el Servicio Técnico de Urbanismo informa de la existencia de importantes deficiencias e inexactitudes en las certificaciones números 11, 12 y 13 firmadas por el contratista, del importante retraso en la ejecución de las obras, así como que están certificándose



cantidades superiores a lo realmente ejecutado. En el mismo informe se manifiesta que las deficiencias en la ejecución son achacables a la dirección facultativa de las obras y a la empresa contratista.

Quinto.- Requerido el contratista para que rectifique las certificaciones antes señaladas, el 17 de marzo de 2008 se informa por aquél que los importes de facturación nº 12 y nº 13 no son correctos, por lo que se ha contactado con la empresa urbanizadora para su rectificación.

El 27 de marzo de 2008 el contratista informa de nuevo que el 18 de marzo de 2008 "se presentó certificación a origen de las obras de urbanización de la xxxx1 y que, por error mecanográfico, se incorporó como obra realizada el capítulo X que no está realizado" y declara haber iniciado las gestiones oportunas para su rectificación.

Sexto.- Con fecha de 31 de marzo de 2008, la UTE qqqqq, adjudicataria de las obras de urbanización, presenta ante el Ayuntamiento nueva certificación nº 12, que modifica y anula las anteriores certificaciones números 12 y 13.

Séptimo.- El 24 de abril de 2008, el Servicio Técnico de Urbanismo emite nuevo informe en el que se concluye que no procede el abono de las certificaciones números 11, 12 y 13 y tampoco la nº 12 rectificada en marzo de 2008; que la dirección facultativa no está cumpliendo con sus obligaciones y está certificando cantidades muy superiores a lo realmente ejecutado, así como que se han apreciado irregularidades, numerosas contradicciones en la documentación presentada y una generalizada ausencia de rigor de la dirección facultativa.

Octavo.- Mediante Decreto de la Alcaldía de 28 de abril de 2008, se otorga al contratista un plazo de 10 días para presentar las alegaciones que estime convenientes en relación con los informes emitidos por el Servicio Técnico de Urbanismo del Ayuntamiento. En dicho Decreto no consta, de manera expresa, que la concesión de plazo para presentar alegaciones tenga por objeto el inicio de expediente de resolución del contrato.

Noveno.- El 29 de abril de 2008, D. xxxxx solicita la rescisión del contrato de mutuo acuerdo, si así lo estimara el Ayuntamiento. Posteriormente, el 15 de mayo de 2008 presenta nuevo escrito de alegaciones en el que



manifiesta su disconformidad con los informes evacuados por el Servicio de Urbanismo de la entidad local, concluyendo que "se mantiene el deseo de rescindir de mutuo acuerdo con el Ayuntamiento el contrato de dirección de obras y ejecución".

Décimo.- El 23 de mayo de 2008, el Servicio de Urbanismo emite informe sobre las alegaciones vertidas por el contratista, en el que expresa la disconformidad del Ayuntamiento con las alegaciones presentadas.

Decimoprimer.- Finalmente, el 4 de junio de 2008 la Concejala Delegada de Hacienda propone resolver el contrato de dirección e inspección de las obras de urbanización de la xxxx1, por incumplimiento del contratista, manifestado en los informes de 24 de abril y 23 de mayo del Servicio de Urbanismo, iniciar el expediente de determinación de indemnización de daños y perjuicios causados al Ayuntamiento como consecuencia de la resolución del contrato e iniciar, en su caso, expediente para la declaración de prohibición de contratar con la Administración.

Decimosegundo.- El 3 de diciembre de 2008 este Consejo Consultivo emite el Dictamen 1.043/2008 en el que, sin entrar en el análisis del fondo del asunto, considera que procede declarar la caducidad del procedimiento de resolución del contrato y acordar el archivo de las actuaciones.

Decimotercero.- Declarado caducado el procedimiento anterior e iniciado un nuevo procedimiento de resolución contractual, la Junta de Gobierno Local, en sesión celebrada el 10 de febrero de 2009, propone resolver el contrato de dirección e inspección de las obras de "Urbanización de la xxxx1", por incumplimiento del contratista, manifestado en los informes de 24 de abril y 23 de mayo del Servicio Técnico de Urbanismo, acordar la suspensión del plazo para resolver, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42.5 c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y notificar este acuerdo al interesado. No consta en el expediente remitido alegación alguna por parte de este último.

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

Mediante Acuerdo del Presidente del Consejo Consultivo de 30 de abril de 2009 se requiere al Ayuntamiento de xxxx2 para que complete el expediente



con determinada documentación complementaria y se suspende el plazo para la emisión del dictamen. Recibida la documentación, se reanuda el plazo para la emisión del dictamen, incorporándose el informe jurídico previsto en el artículo 109 párrafo c) del RGLCAP, y unas sucintas alegaciones relativas al trámite de audiencia, así como la notificación al interesado del acuerdo de suspensión del plazo para dictar resolución.

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), 1º 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.- De acuerdo con la disposición transitoria primera, apartado 2, de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos de Sector Público (en adelante LCSP), los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior.

En el presente caso, teniendo en cuenta la fecha del contrato (3 de mayo de 2006), la normativa aplicable viene determinada fundamentalmente 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 1.098/2001, de 12 de octubre (en adelante, RGLCAP).

Conforme al artículo 59.3. a) LCAP, es preceptiva la intervención del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los supuestos de resolución de contratos administrativos, cuando se formule oposición por parte del contratista.



La competencia para acordar la resolución del contrato y determinar sus efectos corresponde, conforme dispone el artículo 59 LCAP, al igual que se establece en la disposición adicional segunda, apartados 1 y 2 LCSP, en los municipios de régimen común, al órgano de contratación, esto es, al Alcalde, y no a la Junta de Gobierno Local.

El procedimiento seguido para la resolución del contrato es el consignado en el artículo 109.1 RGLCAP.

No obstante, es preciso señalar también que la audiencia del interesado es un trámite esencial, recogido en el artículo 84 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, a través del cual se posibilita el ejercicio del derecho de defensa de aquél, mediante la concesión de la oportunidad de alegar y probar lo que estime pertinente. De este modo puede rebatir dialécticamente la posición de la Administración, a los efectos de no permitir una fijación de los hechos realizada por ésta de forma unilateral, con salvaguarda así de las exigencias del principio de contradicción que debe presidir todo procedimiento administrativo.

Sin perjuicio de las consideraciones que pudieran hacerse en el presente caso respecto de la audiencia concedida, conviene señalar que según la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 17 de junio de 1991, "Una jurisprudencia reiterada y constante de esta Sala -cuya evolución se recoge ejemplarmente en la Sentencia de 27 de marzo de 1984- ha venido resaltando tanto la importancia fundamental del trámite de audiencia al interesado (...). El principio *audi alteram partem* es esencial en todo proceso ajustado a Derecho por afectar al derecho de defensa y es un corolario de la prohibición absoluta de indefensión que se encuentra proclamada en el art. 24.1 de la Constitución como derecho fundamental. Precisamente atendiendo a esta finalidad defensora los Tribunales -como se declara en la Sentencia que acaba de citarse-, han procurado atemperarlo en su funcionalidad, a la razón de su existencia, despojándolo de toda consideración dogmática y de ritualidad curialesca de manera que cuando la garantía del administrado se consigue efectivamente no es necesario decretar nulidades si éstas sólo han de servir para dilatar la resolución de la cuestión de fondo, sin influencia alguna en su sentido, o sea, condicionando las nulidades a que se haya producido indefensión" (Sentencias de 14 de junio de 1985, 3 de julio y 16 de noviembre de 1987 y 22 de junio de 1988)".



Por otro lado, el informe exigido en el artículo 109.1 c) RGLCAP, es un trámite que se considera necesario, pues todo procedimiento administrativo es un procedimiento jurídico en el que la Administración debe interpretar y aplicar reglas de derecho a las circunstancias del caso concreto, de ahí que el criterio manifestado en el informe de la Asesoría Jurídica constituya una garantía de legalidad en la aplicación del procedimiento de resolución del contrato, por lo que, previo requerimiento, ha sido incorporado al expediente.

Respecto a lo indicado en el párrafo anterior, conviene señalar, que la disposición adicional segunda, "Normas específicas de contratación en las Entidades Locales" de la LCSP establece que "Los informes que la Ley asigna a los servicios jurídicos se evacuarán por el Secretario o por el órgano que tenga atribuida la función de asesoramiento jurídico de la Corporación". En este sentido, el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, aprobado por el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 abril, disponía en su artículo 113. 4ª que "Los informes que la Ley asigna a las Asesorías Jurídicas se evacuarán por la Secretaría de la Corporación". En el régimen local 'común' la función de asesoramiento legal preceptivo se reserva al Secretario de la Corporación, pero en los municipios de gran población esta función se atribuye, según los casos, a la Asesoría Jurídica o al Secretario del Pleno: a la primera corresponde asesorar al Alcalde, a la Junta de Gobierno Local y a los órganos directivos; al segundo le corresponde el asesoramiento legal del Pleno de la Corporación.

3ª.- El asunto sometido a consulta versa sobre el expediente iniciado por el Ayuntamiento de xxxx2, para acordar la resolución del contrato administrativo para la dirección e inspección de las obras de "Urbanización de la Unidad de Actuación xxxx1", suscrito con D. xxxxx.

La intervención del Consejo Consultivo en un caso como el presente, ha de centrarse en examinar la concurrencia de la causa de resolución alegada y si este incumplimiento puede considerarse imputable al contratista.

Ha de tenerse en cuenta la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo expresiva de que cada parte ha de probar el supuesto de hecho de la norma que invoca a su favor, a parte la presunción de legalidad de los actos que realizan las Administraciones Públicas dentro de sus competencias; así lo



proclaman las Sentencias de 10 de febrero de 2001, 27 de abril de 2000 y 27 de mayo y 6 de marzo de 1999.

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 1999 ha declarado que “a los efectos de apreciar un incumplimiento bastante para la resolución, lo determinante debe ser: que afecte a la prestación principal del contrato, y que se exteriorice a través de una inobservancia total o esencial de dicha prestación”. Más aún, dice la Sentencia de 26 de marzo de 1987, también del Tribunal Supremo, que existen razones suficientes para que las penalidades o resoluciones contractuales “sólo se adopten cuando están plenamente justificadas puesto que la prudencia aconseja, salvo en casos extremos, no romper la atmósfera de concordia y colaboración que debe reinar en las relaciones contractuales administrativas, teniendo siempre presente la proporcionalidad entre el plazo pactado para la ejecución de la obra y el de la prórroga o prórrogas interesadas por los contratistas”, pues, como añade esta misma sentencia, “lo peor para todos, es una resolución del contrato y una vuelta a empezar en la selección de un nuevo contratista”.

El Consejo de Estado al tratar el poder resolutorio de la Administración ha mantenido, ya desde su Dictamen nº 41.941, de 1 de marzo de 1979, que “la facultad de resolución constituye de suyo una consecuencia tan grave que obliga a estimarla aplicable tan sólo en los casos más graves de incumplimiento, pues resultaría notoriamente desproporcionado e injusto que cualquier incumplimiento, aun mínimo, supusiera tal resolución, ya que ésta constituye una opción que la Administración ha de ejercer siempre con obligada medida”. En su Dictamen nº 42.000, de 22 de febrero de 1979, mantiene además que “es justamente el principio de buena fe el que debe servir de guía capital para determinar la causa de resolución aplicable y las consecuencias económicas de la misma, partiendo de la realidad de las actuaciones y omisiones producidas”.

Por consiguiente, habrá de ponderarse, en atención a las circunstancias del caso, si el incumplimiento es de tanta trascendencia que justifica la resolución, o si, por el contrario, procede sólo, en su caso, la imposición de penalidades, sin que pueda caracterizarse este juicio de ponderación como el fruto de un voluntarismo inmotivado y carente de cualquier posibilidad de control.



Respecto a la posibilidad de resolver el contrato por mutuo disenso, cabe señalar, que el incumplimiento es anterior a tal propuesta, y que el fin público y de satisfacción de intereses generales a que obedece todo contrato administrativo, impide a la Administración contratante que cuando conste una causa de resolución del contrato por dolo o culpa del adjudicatario acudir a la vía del mutuo disenso como forma de extinguir el contrato.

En este sentido, el Consejo de Estado ha venido sosteniendo que el fin público y de satisfacción de intereses generales a que obedece todo contrato administrativo impide a la Administración contratante, cuando conste una causa de resolución del contrato por dolo o culpa, acudir a la vía del mutuo disenso como forma de extinguir el contrato. Así, entre otros, Dictámenes del Consejo de Estado 50776, de 25 de junio de 1987, 50571, de 21 de mayo de 1987, 46236, de 26 de abril de 1984 o 55279, de 27 de septiembre de 1990.

No corresponde a este Consejo Consultivo expresar pronunciamientos o juicios de índole técnica pero, a la vista de la documentación obrante en el expediente, sí parece que concurre en el presente supuesto causa de resolución del contrato de dirección de obra. En efecto, aparece acreditado que se han producido una serie de problemas en la dirección de la obra, reflejados en los distintos informes incorporados al expediente y recogidos sumariamente en los antecedentes de este dictamen, que no han sido resueltos a satisfacción de la Administración.

Dentro de las obligaciones a cargo de un director de obra se encuentran las de velar por que las obras se ajusten al proyecto, la comprobación de la rectificación de las irregularidades producidas, la inspección y control de la ejecución de las obras y, en el caso de que éstas no se ajusten al proyecto, dar las órdenes correctoras necesarias, la expedición de certificaciones de obra en debida forma, y en general la total dirección y supervisión de cuanta actividad se desarrolle en la obra, con lo cual es evidente en el presente caso la dejación en sus funciones por parte del adjudicatario, tal y como ponen de manifiesto los informes obrantes en el expediente.

A la vista de cuanto ha quedado señalado cabe concluir que se ha producido un incumplimiento del contrato de dirección de obra imputable al contratista. Se aprecia, por tanto, la concurrencia de causa de resolución, como



es el incumplimiento por el contratista de sus obligaciones contractuales, no desvirtuado por las alegaciones presentadas por éste.

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

6ª.- En relación con los efectos de la resolución, el artículo 113 RGLCAP dispone que “En los casos de resolución por incumplimiento culpable del contratista, la determinación de los daños y perjuicios que debe 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”.

En cuanto a la existencia de daños y perjuicios, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 9 de diciembre de 1980, ha declarado que debe “(...) tenerse presente en esta materia de indemnización de daños y perjuicios la constante jurisprudencia que exige al que pretende hacer efectivo tal derecho que acredite la existencia real y efectiva de los daños, pues, sólo podrán ser tomados en consideración aquéllos perjuicios efectivos sufridos que estén suficientemente demostrados por cálculos obtenidos de datos fundados en valores reales y no meramente hipotéticos de resultados posibles pero no seguros”. Y en Sentencia de 6 de julio de 1968 ha mantenido que para que la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de contrato pueda ser estimada será necesario que quien la exige haya cumplido fielmente sus obligaciones y hubiere demostrado que la parte contraria incurrió en dolo, negligencia o morosidad.

En este sentido, el dictamen del Consejo de Estado núm. 3.747/1997, de 11 de septiembre, señala que “La Administración no puede renunciar a los efectos legalmente previstos para el caso de resolución del vínculo contractual por culpa del contratista. La razón estriba en que, si así se actuara, se estaría perjudicando al interés público”.

También se indica por el Consejo de Estado en su Dictamen núm. 46.155, de 29 de marzo de 1984, que “el incumplimiento del contrato por el contratista no equivale necesariamente a incumplimiento culpable, según ha



declarado la jurisprudencia (STS, Sala 4ª, de 24 de febrero de 1982, entre otras), y no puede decretarse la incautación de la fianza e indemnización de daños y perjuicios con sólo argumentar que las causas que alega como determinantes del incumplimiento corresponden a su esfera de riesgo contractual. Antes al contrario, no proceden dichas sanciones si el adjudicatario demuestra que esas causas son ajenas a su control, una vez desarrollada toda la diligencia posible”.

III CONCLUSIONES

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

Procede que por el órgano de contratación se declare la resolución del contrato suscrito para la dirección e inspección de las obras de “Urbanización de la Unidad de Actuación xxxx1”, entre el Ayuntamiento de xxxx2 y D. xxxxx.

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