



Sr. Amilivia González, Presidente

Sr. Velasco Rodríguez, Consejero
Sr. Nalda García, Consejero y
Ponente

Sr. Sobrini Lacruz, Secretario

La Sección Primera del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 24 de abril de 2013, ha examinado el *expediente de resolución de contrato suscrito entre el Ayuntamiento de xxxxx y qqqqq, S.L.*, 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 26 de marzo de 2013 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *procedimiento relativo a la resolución del contrato de ejecución de las obras "Guardería de xxxxx", suscrito por el Ayuntamiento de xxxxx y Construcciones qqqqq, S.L.*

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 2 de abril de 2013, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 226/2013, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal como dispone el artículo 55 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de Castilla y León, aprobado por el Decreto 17/2012, de 3 de mayo. Turnado por el Sr. Presidente del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Nalda García.

Primero.- El 24 de septiembre de 2010 se formaliza el contrato para la ejecución de las obras de la "Guardería de xxxxx" entre el Ayuntamiento de xxxxx y qqqqq, S.L. por un importe de 719.950 euros, IVA excluido.

La cláusula 10ª del pliego de la cláusulas administrativas particulares del contrato establece la posibilidad de presentar mejoras que "puedan afectar al



terreno donde se ejecute la obra o a otros terrenos anejos a los de la obra a ejecutar que sean, igualmente, de titularidad municipal de manera que mejoren las condiciones de la misma o faciliten el avance y la coordinación de obras anexas que estén siendo planificadas por el Ayuntamiento de xxxxx”.

El 14 de septiembre de 2011 el Ayuntamiento emite informe en el que se aceptan cambios en la obra en virtud de las mejoras ofertadas por la empresa constructora.

Segundo.- El 9 de septiembre de 2011 se extiende el certificado final de obra.

El acta de recepción de la obra suscrita el 19 de octubre señala:

“Nota: Quedan pendiente de ejecutar por parte de la empresa constructora las mejoras ofertadas y aprobadas en Junta de Gobierno Local celebrada el día 08/09/2011 para la total conclusión de las obras; sin embargo, y dado que las obras del edificio de la guardería en sí son independientes de las mejoras y están totalmente terminadas (según certificado final de obra), se realiza en este acto la recepción del edificio de la guardería. Una vez ejecutadas las mejoras ofertadas y emitido informe favorable por la dirección facultativa, se darán por finalizadas la totalidad de las obras y comenzará a contabilizarse el plazo de garantía correspondiente a las mejoras”.

Tercero.- Constan en el expediente, entre otros documentos, los siguientes:

-Informe de la dirección facultativa de 14 de mayo de 2012 sobre la falta de ejecución total de las mejoras ofertadas.

- Informe del secretario del Ayuntamiento de 13 de junio, en el que aconseja resolver el contrato.

-Informe de la interventora de 13 de junio, relativo a las certificaciones de obra abonadas al contratista.



Cuarto.- El 14 de junio de 2012 la Junta de Gobierno Local acuerda iniciar el procedimiento para la resolución del contrato, proceder a su liquidación y dar trámite de audiencia al contratista y al avalista.

El 26 de julio la empresa contratista presenta alegaciones en las que indica que no existe incumplimiento del plazo sino únicamente un simple retraso.

El 3 octubre de 2012 el Alcalde formula propuesta por la que se resuelve el referido contrato de ejecución de las obras "Guardería de xxxxx" y se incauta la garantía definitiva.

El Consejo Consultivo de Castilla y León en Dictamen 827/2012 de 5 de diciembre informa que procede declarar la caducidad del procedimiento.

Quinto.- El 8 de febrero de 2013 la Junta de Gobierno Local acuerda la caducidad del procedimiento iniciado el 14 de junio de 2012 anterior, e incoar un nuevo procedimiento para la resolución del contrato de ejecución de las obras "Guardería de xxxxx", suscrito por el Ayuntamiento de xxxxx y qqqqq, S.L. Asimismo se declara la conservación de actos y se practica la notificación a la empresa contratista y a sus avalistas

Sexto.- El 20 de febrero de 2013 la empresa contratista presenta un escrito en el que se remite íntegramente a los escritos de oposición presentados anteriormente.

Séptimo.- El 5 de marzo de 2013 un técnico municipal informa sobre los incumplimientos producidos en la obra. Adjunta una estimación de las penalizaciones por incumplimiento.

En la misma fecha el secretario del Ayuntamiento informa que las alegaciones de la empresa contratista deben ser desestimadas y que debe resolverse el contrato.

Octavo.- El 6 marzo el Alcalde formula propuesta por la que se resuelve el contrato de ejecución de las obras "Guardería de xxxxx", suscrito por el Ayuntamiento de xxxxx y qqqqq, S.L., y se incauta la garantía definitiva.



Considera que concurren la causas enumerada en el artículo 206 d) y g) de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP), esto es, la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista y el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, y opta resolver con fundamento en la primera de ellas.

Igualmente, se acuerda la suspensión del plazo para resolver el procedimiento, al amparo del artículo 42.5.c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

La propuesta se notifica a la avalista y a la empresa contratista.

En tal estado de tramitación, se dispuso la remisión del expediente al Consejo Consultivo de Castilla y León para que emitiera 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 apartado tercero, 1.d) del Acuerdo de 31 de mayo de 2012, del Pleno del Consejo, por el que se determina la composición y competencias de las Secciones.

2ª.- La normativa aplicable, tal y como recoge el pliego de cláusulas administrativas particulares que rige el contrato, viene determinada fundamentalmente, además de por dicho pliego, por la Ley 30/2007, de 30 octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) 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).

Debe recordarse que la disposición transitoria primera, apartado 2, de la Ley de Contratos del Sector Público, texto refundido aprobado por Real Decreto



Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), establece para los contratos adjudicados con anterioridad a su entrada en vigor, que se registrarán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior, esto es, por la mencionada LCSP.

Por su parte, el procedimiento para el ejercicio de la facultad resolutoria se rige por la normativa vigente en el momento de su inicio, cuestión que aparece confirmada por lo dispuesto en la disposición transitoria segunda de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (“A los procedimientos ya iniciados antes de la entrada en vigor de la presente Ley no les será de aplicación la misma, rigiéndose por la normativa anterior”), norma de aplicación subsidiaria a los procedimientos en materia de contratación, según establece la disposición final tercera de la LCSP.

En este caso, el procedimiento de resolución contractual se ha iniciado bajo la vigencia del TRLCSP, por lo que cabe acudir a su artículo 211, relativo al “Procedimiento de ejercicio”, que establece como trámites preceptivos la audiencia al contratista y, cuando se formule oposición por parte de éste, el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva. Estos trámites se cumplimentan en el procedimiento. En particular, la oposición de la empresa contratista se formula mediante escrito del administrador concursal designado judicialmente. También se ha concedido audiencia al avalista, trámite que prevé el artículo 109.1.b) del RGLCAP cuando se propone la incautación de la garantía.

La Administración considera que concurren las causas enumeradas en el artículo 206 d) y g) LCSP. No obstante, ha de advertirse que el artículo 206 fue reenumerado por el apartado treinta y tres del artículo 1 de la Ley 34/2010, de 5 de agosto. Por ello, desde la entrada en vigor de la norma, el 9 septiembre 2010, la referencia correcta debería ser a las letras d) y f) del referido artículo:

“d).- La demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista y el incumplimiento del plazo señalado en la letra c) del apartado 2 del artículo 96.

»(...)



»f.- El incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato”.

La competencia para acordar la resolución del contrato y determinar sus efectos corresponde al órgano de contratación, en el presente caso a la Junta de Gobierno Local, de acuerdo con el apartado 1 de la disposición adicional segunda del TRLCSP.

3ª.- El asunto sometido a consulta versa sobre el procedimiento relativo a la resolución del contrato de ejecución de las obras “Guardería de xxxxx”, suscrito por el Ayuntamiento de xxxxx y qqqq, S.L.

En cuanto al fondo de la cuestión, lo primero que ha de subrayarse es que, de acuerdo con una consolidada doctrina del Consejo de Estado (por todos, Dictamen 681/2009, de 21 de mayo), “con carácter general en caso de concurrencia de varias causas de resolución de un contrato administrativo debe aplicarse de manera preferente la causa que se hubiere producido antes desde un punto de vista cronológico. Es paradigmático de esta doctrina el Dictamen 47.892, de 4 de julio de 1985, en el que se afirma que “cuando concurren diversas causas de resolución del contrato con diferentes efectos en cuanto a las consecuencias económicas de la extinción debe atenderse a la que haya aparecido con prioridad en el tiempo”.

En el presente supuesto se dan dos causas de resolución de contrato a juicio de la Administración: el incumplimiento del plazo contractual y el de las restantes obligaciones contractuales esenciales. Sin embargo, en ambos casos los efectos resolutorios son los mismos.

Así, el artículo 196 de la LCSP, establece que “Los pliegos o el documento contractual 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 a los artículos 53.2 y 102.1. Estas penalidades deberán ser proporcionales a la gravedad del incumplimiento y su cuantía no podrá ser superior al 10 por ciento del presupuesto del contrato.



»El contratista está obligado a cumplir el contrato dentro del plazo total fijado para la realización del mismo, así como de los plazos parciales señalados para su ejecución sucesiva.

»La constitución en mora del contratista no precisará intimación previa por parte de la Administración.

»(...) Cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiere incumplido la ejecución parcial de las prestaciones definidas en el contrato, la Administración podrá optar, indistintamente, por su resolución o por la imposición de las penalidades que, para tales supuestos, se determinen en el pliego de cláusulas administrativas particulares (...).

Igualmente, el artículo 197 del mismo texto legal dispone que “En el supuesto a que se refiere el artículo anterior, si la Administración optase por la resolución, ésta deberá acordarse por el órgano de contratación o por aquél que tenga atribuida esta competencia en las Comunidades Autónomas, sin otro trámite preceptivo que la audiencia del contratista y, cuando se formule oposición por parte de éste, del dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva”.

La Administración considera que, al haberse producido antes desde un punto de vista cronológico, corresponde la resolución del contrato por “la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista” (artículo 206.d LCSP).

Respecto de la causa resolutoria invocada por la Administración, la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 2000 señala que “el plazo fijado para el cumplimiento de la prestación contractual constituye el elemento básico de la relación jurídica establecida, de forma que cuando éste aparece como un elemento relevante, es una determinación esencial que no accesoria o agregada a la esencia de la prestación, de donde se desprende que si el plazo transcurrió el contrato quedó sustancialmente afectado por dicha situación y el incumplimiento resultó claramente imputable al contratista, resultando ajustada a derecho la resolución acordada por la Administración con la consecuencia de la incautación de la fianza constituida por el contratista como efecto propio del acuerdo resolutorio”.



Las alegaciones presentadas por la empresa adjudicataria sobre su intención de cumplir, en las que asegura que se está ante un simple retraso, no desvirtúan la causa de resolución del contrato por incumplimiento. Constan en el expediente diversos informes de la dirección facultativa en los que se pone de manifiesto la falta de colaboración de la empresa contratista. Se expone así que “desde el acta de recepción no se ha ejecutado ningún trabajo referente a las mejoras”, y se relata su reiterada incomparecencia (citada en dos ocasiones) a la realización de las mediciones de la obra, operación finalmente ejecutada sin su presencia.

5ª.- A la vista de lo expuesto puede concluirse que el incumplimiento del contratista puede calificarse de culpable. Por ello, no se trata de un simple retraso del contratista, sino de un incumplimiento a él imputable motivado por su pasividad, que ocasiona un grave perjuicio para el interés público. Tal actitud justifica la procedencia de la resolución del contrato y la incautación de la garantía constituida, sin perjuicio de la liquidación de la obra ejecutada que proceda y de la indemnización de los daños y perjuicios que hayan podido ocasionarse a la Administración contratante por la actuación de la contratista, en lo que exceda de dicha garantía, de conformidad con el artículo 208.4 de la LCSP.

Al respecto, el artículo 113 del RGLCAP dispone: “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”.

Para su fijación, si procede, deberá tenerse en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que en Sentencia de 9 de diciembre de 1980 declara: “(...) debiendo 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 aquellos 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”.



**CONSEJO
CONSULTIVO**
DE CASTILLA Y LEÓN

III CONCLUSIONES

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

Procede resolver el contrato de ejecución de las obras "Guardería de xxxxx", suscrito por el Ayuntamiento de xxxxx y qqqq, S.L.

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