



Sr. Amilivia González, Presidente
Sr. Velasco Rodríguez, Consejero y
Ponente
Sr. Nalda García, Consejero
Sr. Sobrini Lacruz, Secretario

La Sección Primera del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 29 de agosto de 2013, ha examinado el *procedimiento de resolución del contrato suscrito entre la Diputación Provincial de xxxx1 y D. qqqqq*, 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 19 de julio de 2013 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *expediente relativo a la resolución del contrato suscrito entre la Diputación de xxxx1 y D. qqqqq para la ejecución de la obra "pavimentación, saneamiento y abastecimiento en xxxx2 y anejos"*.

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 24 de julio de 2013, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 600/2013, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, previa ampliación de éste. Turnado por el Sr. Presidente del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Velasco Rodríguez.

Primero.- Por Decreto de la Presidencia de la Diputación Provincial de xxxx1 de 27 de octubre de 2011 se adjudica el contrato de obras de pavimentación, saneamiento y abastecimiento en xxxx2 y anejos a D. qqqqq (en el expediente figura como "Construcciones qqqqq") por un importe de 58.492,60 euros (IVA incluido).



El 18 de noviembre de 2011 se formaliza el contrato, en el que se establece un plazo de ejecución de las obras de 9 meses, contados a partir del día siguiente a la firma del acta de comprobación del replanteo.

Segundo.- Consta en el expediente un informe de 7 de mayo de 2013, en el que el ingeniero técnico de obras públicas director facultativo de la obra señala:

“Las obras correspondientes a la pavimentación con mezcla bituminosa en caliente en xxxx3 no han sido ejecutadas. Las obras correspondientes a la pavimentación en xxxx4, han sido ejecutadas.

»Las obras correspondientes a xxxx2, están ejecutadas en parte pero ya informé en el acta de replanteo: "Se desprende que las obras diseñadas para la sustitución del abastecimiento y saneamiento en la Calle xx1 en xxxx2 no son necesarias puesto que dichos servicios existen, y siendo además de reciente ejecución." En estos momentos de la sustitución del abastecimiento y saneamiento en la travesía de xxxx2 se han realizado 460 metros, faltando aproximadamente unos 73 metros que corresponden al cruce de la carretera de xxxx5. Esto hace que los servicios de abastecimiento y saneamiento de nueva ejecución realizados desde el cruce de la carretera de xxxx5 hasta el final de la travesía no se puedan poner en servicio, y el uso de los mismos se esté prestando por las antiguas tuberías.

»En estos momentos el contratista no se encuentra trabajando en la obra y habrá que tener en cuenta que, además de que queden por ejecutar la totalidad de las obras correspondientes a xxxx3, en xxxx2 se encuentran demolidos 82 metros cuadrados de hormigón en aceras sin reponer, que son un peligro para los viandantes y la sustitución de aproximadamente 73 mts del cruce de carretera de los servicios de abastecimiento y saneamiento, así como las acometidas de estos servicios a las tuberías que en la actualidad no están en servicio. Estos metros habría que realizarlos con la mayor urgencia, puesto que la situación actual hace, como ya se ha explicado antes, que las unidades ejecutadas por el contratista de abastecimiento y saneamiento desde el cruce de la carretera de xxxx5, al final de la travesía no están puestas al uso público.

»Por todo lo anteriormente expuesto se concluye: que las unidades de obra contempladas en el proyecto, que quedan por ejecutar, no se



han realizado en la actualidad, a pesar de estar el plazo de la obra concluido, por causas imputables a la empresa constructora. Así mismo la realización de la medición final de la obra ejecutada, ofrece una liquidación de 0 €”.

Tercero.- El 27 de mayo de 2013 se acuerda el inicio del procedimiento para la resolución del contrato.

Cuarto.- El 28 de mayo un técnico de administración general de la Diputación Provincial emite informe jurídico sobre la resolución contractual.

Quinto.- El 6 de junio el Secretario de la Diputación emite informe jurídico sobre el procedimiento a seguir.

Sexto.- El 13 de junio la Intervención de la Diputación emite informe de fiscalización previa.

Séptimo.- El 14 de junio el Diputado Delegado de Obras resuelve que se proceda a la liquidación de la obra, sin devolución de la garantía.

Octavo.- Concedido trámite de audiencia al contratista y a su avalista, el 28 de junio el contratista presenta alegaciones en las que, de forma muy escueta, se opone a la resolución del contrato al considerar que una parte de las obras estaban ejecutadas antes de su contratación, que otra parte no figura en su proyecto de ejecución y que ha realizado otras obras “a mayores” que no han sido cobradas.

Noveno.- El 8 de julio el ingeniero técnico de obras públicas emite informe en los siguientes términos:

“Respecto a la primera de las alegaciones, donde se manifiesta que las obras correspondientes a la C/ xx1 ya estaban ejecutadas, tengo que decir que ya quedó de manifiesto este hecho, por las dos partes, Contrata y Dirección de Obra en el acta de replanteo de la obra, sin que la contrata manifestara estar en desacuerdo con realizar el resto de las obras descritas en el proyecto. En todo caso las obras correspondientes a la C/ xx1 podrían suponer aproximadamente en torno al 13 % del presupuesto del contrato.



»En la segunda de las alegaciones se hace referencia a las obras correspondientes a la carretera de xxxx5. Que no están ubicadas en esta carretera sino en la propia travesía de xxxx2, N-xx2, en el enlace de la carretera de xxxx5. Estas obras que corresponden a las de sustitución de tuberías que como el resto de tuberías de la travesía tienen contempladas sus unidades en el proyecto (demolición, excavación y relleno de la zanja y posterior pavimentación con hormigón), así como la colocación de la señalización necesaria para la ejecución de las obras y las precauciones precisas para una correcta ejecución de las mismas, que el pliego de condiciones particular del proyecto dice que son a cuenta de la contrata y en todo caso deben de ser objeto del plan de seguridad y salud cuya elaboración ha sido realizada por la propia empresa.

»En la tercera de las alegaciones solicita que le sean abonados los trabajos realizados a mayores en la travesía de xxxx2 correspondientes a las demoliciones por medios manuales de pozos existentes, sobre esto este Director de obra tiene que manifestar que: Estos y otros trabajos que como también se manifestó en el acta de replanteo, podrían ser necesarios, si como parecía intuirse, la coincidencia, en la traza del abastecimiento y saneamiento a sustituir, con otros servicios ocultos en la travesía de xxxx2 (línea de alumbrado, telefonía, tráfico, etc.) han sido abonados en la certificación nº 4, previa a la definición de los precios contradictorios aprobados por el órgano de contratación y que el contratista ha firmado previamente, mostrando su acuerdo con los mismos.

»Así mismo, reitero lo manifestado en mi anterior informe, en estos momentos el contratista no se encuentra trabajando en la obra que se encuentra fuera de plazo y habrá que tener en cuenta, que, además de que queden por ejecutar la totalidad de las obras correspondientes a la pavimentación con mezcla bituminosa en xxxx3, en xxxx2 se encuentran demolidos 82 metros cuadrados de hormigón en aceras, sin reponer, que son un peligro para los viandantes y la sustitución de aproximadamente 73 mts en la carretera N-xx2 de los servicios de abastecimiento y saneamiento, así como las acometidas de estos servicios a las tuberías, que en la actualidad no están en servicio. Estos metros habría que realizarlos con la mayor urgencia, puesto que la situación actual hace, como ya se ha explicado en anteriores informes, que las unidades ejecutadas por el contratista de abastecimiento y



saneamiento, desde el enlace de la carretera de xxxx5, al final de la travesía no están puestas al uso público”.

Décimo.- El 8 de julio un técnico de administración de la Diputación Provincial informa que procede desestimar las alegaciones realizadas por el contratista.

Decimoprimer.- Mediante de Decreto de la Presidencia de la Diputación de 8 de julio se acuerda suspender el plazo máximo para resolver el procedimiento, de conformidad con el 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, lo que se notifica el 10 de julio.

Decimosegundo.- El 10 de julio se formula propuesta de resolución del contrato por causa de incumplimiento culpable del contratista, al demorar la ejecución de las obras. Se añade que debe procederse a aprobar la liquidación de la obra, sin devolución de la garantía en tanto no se determine la responsabilidad del 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, 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 Consultivo de Castilla y León, por el que se determina la 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 30/2007, de 30



octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) -aplicable de acuerdo con la disposición transitoria primera, apartado 2, del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre-, por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente dicha ley, 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).

La competencia para acordar la resolución del contrato y determinar sus efectos corresponde al órgano de contratación, conforme dispone el artículo 210 del TRLCSP. En el presente caso, al Presidente de la Diputación, de acuerdo con el apartado 1 de la disposición adicional segunda de la LCSP.

En cuanto al procedimiento para resolver el contrato, el artículo 197 de la LCSP, relativo a la "Resolución por demora y prórroga de los contratos", dispone en su apartado 1 que "En el supuesto a que se refiere el artículo anterior (relativo a la demora en la ejecución de los contratos), 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, el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva". Estos trámites se cumplimentan en el procedimiento, así como la audiencia al avalista que prevé el artículo 109.1.b) del RGLCAP, cuando se propone, como parece deducirse en este caso, la incautación de la garantía.

3ª.- El asunto sometido a consulta versa sobre el expediente relativo a la resolución del contrato suscrito entre la Diputación de xxxx1 y D. qqqq para la ejecución de la obra "pavimentación, saneamiento y abastecimiento en xxxx2 y anejos".

La propuesta de resolución del contrato se fundamenta en un incumplimiento contractual imputable al contratista, conforme a la letra e) del artículo 206 de la LCSP.

Previamente a su análisis debe advertirse, para su consideración en la resolución que se dicte en el procedimiento, que la Ley 34/2010, de 5 de agosto, modificó el artículo 206 de la LCSP suprimiendo su letra d), al tiempo



que dio nueva enumeración alfabética sucesiva a las restantes letras. De este modo, “La demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista” que figuraba en la redacción inicial de la LCSP en la letra e) del artículo citado, aparece ahora como causa de resolución de la letra d) del artículo 206 de la LCSP y “El incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato”, antes letra g), figura como letra f) del referido artículo 206 de la LCSP.

4ª.- En el supuesto analizado, una vez vencido el plazo fijado para la ejecución de la obra la empresa no había finalizado su ejecución, sin que conste actuación alguna que justifique esta inacción.

Sólo una vez concedido el trámite audiencia tras haberse incoado el procedimiento de resolución del contrato, la contratista presenta alegaciones en las que invoca de forma somera que ha cumplido con la ejecución del contrato, circunstancia negada por el ingeniero técnico de obras públicas director facultativo del proyecto.

La Administración contratante fundamenta la resolución del contrato en el incumplimiento del contratista, ya que las obras no están finalizadas. El abandono de la obra por parte del contratista supone el incumplimiento de una de las obligaciones contractuales esenciales, pues es obligación del contratista ejecutar la obra, y tal ejecución no se llevó a cabo en el plazo debido. Por ello, este incumplimiento constituye causa de resolución según lo previsto en el artículo 206.d) de la LCSP (artículo 223 del texto refundido).

A mayor abundamiento, el artículo 196, apartado 4 de la LCSP (artículo 212 del texto refundido) faculta a la Administración para acordar la resolución del contrato cuando el contratista, por causas a él imputables, hubiera incurrido en demora respecto al cumplimiento del plazo total.

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, es evidente que el abandono de las obras sin su finalización puede ser calificado de incumplimiento grave y culpable del contratista.

De todo lo anterior se desprende que, transcurrido el término previsto en el contrato para su realización sin haberse éste ejecutado, el contrato estaría



incurso en esa causa de resolución puesto que, como señaló el Consejo de Estado en su Dictamen 912/1997, de 27 de febrero, "(...) el simple vencimiento de los plazos sin que la prestación del contratista esté realizada implica *ipso iure* la calificación de incumplimiento, pues el contrato administrativo tiene como elemento característico ser un negocio a plazo fijo, en el que el tiempo constituye una condición esencial".

Respecto a la causa resolutoria por incumplimiento culpable del contratista, existe una reiterada doctrina jurisprudencial (entre todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1999), del Consejo de Estado y de este Consejo Consultivo, 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 la 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".

5ª.-En cuanto a la incautación automática de la garantía, a diferencia de lo que ocurría con la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, en la actual regulación no se prevé dicha incautación en los supuestos de incumplimiento culpable del contratista. El artículo 208.4 de la LCSP (artículo 225 del texto refundido) dispone que "En todo caso el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que, en su caso, hubiese sido constituida. Sólo se acordará la pérdida de la garantía en caso de resolución del contrato por concurso del contratista cuando el concurso hubiera sido calificado como culpable".

Por su parte el artículo 208.3 de la LCSP (artículo 225 del texto refundido) prevé 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”.

Debe tenerse en cuenta que, de acuerdo con el artículo 222.1 de la LCSP (artículo 239 del texto refundido) “La resolución del contrato dará lugar a la comprobación, medición y liquidación de las obras realizadas con arreglo al proyecto, fijando los saldos pertinentes a favor o en contra del contratista (...)”.

En el presente caso se propone la resolución del contrato con posterior determinación de daños y perjuicios, sin que proceda la devolución de la garantía hasta que no se determinen las responsabilidades a que ésta se encuentra afecta.

III CONCLUSIONES

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

Procede resolver el contrato suscrito entre la Diputación de xxxx1 y D. qqqqq para la ejecución de la obra “pavimentación, saneamiento y abastecimiento en xxxx2 y anejos”.

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