CONSEJO CONSULTIVO
DE CASTILLA Y LEÓN

Sr. Amilivia González, Presidente

Sr. Rey Martínez, Consejero
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 25 de septiembre de 2013, ha examinado el *procedimiento de resolución del contrato de obras suscrito con 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 23 de agosto de 2013 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *procedimiento de resolución del contrato de ejecución de las obras de reparación de la urbanización del grupo de viviendas "xx" de xxxxx,* suscrito entre la entonces Consejería de Fomento y qqqqq, S.L.

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 29 de agosto de 2013, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 660/2013, 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. Nalda García.

Primero.- Mediante Orden de la entonces Consejería de Fomento de 14 de julio de 2009 se adjudica a la empresa qqqqq, S.L. la ejecución del contrato de obras para la reparación de la urbanización del grupo de viviendas "xx" en xxxxx por un importe de 239.539,56 euros.

El 24 de julio de 2009 tiene lugar la formalización del contrato. La ejecución prevista es de tres 3 meses contados desde el día siguiente al de la firma del acta de comprobación del replanteo (suscrita el 19 de octubre de 2009).

El 11 de octubre de 2012 se levanta acta de recepción de obras en la que se acuerda no recibirlas. Se incluye un anexo con el listado de las deficiencias encontradas, con el objeto de que en el plazo de un mes sean subsanadas por el contratista siguiendo las instrucciones del facultativo director de obra.

El 26 de octubre de 2012 la empresa presenta tres escritos de alegaciones sobre la recepción negativa, el plazo de recepción de las obras y la solicitud de liquidación de obra.

El 3 de enero de 2013 el director de obra informa que la empresa adjudicataria no ha aportado la documentación necesaria para llevar a cabo la recepción, no ha realizado las mejoras ofertadas y, pese a los requerimientos realizados, la obra continúa presentando deficiencias.

El 2 de abril de 2013 el Servicio Territorial de Fomento de xxxxx informa sobre las obras realizadas y su coste económico. Se concluye que la garantía constituida por la empresa no resulta suficiente para cubrir los daños, por lo que, subsiste la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda de la garantía incautada.

Segundo.- El 15 de abril se dicta Orden de la Consejería de Fomento y Medio Ambiente por la que se inicia el procedimiento para la resolución del contrato de obras para la reparación de la urbanización del grupo de viviendas "xx" en xxxxx, lo que se notifica a la empresa adjudicataria y a su avalista.

Tercero.- El 30 de abril D. yyyyy, en nombre y representación de qqqqq, S.L. solicita una reunión con el Director General de la Vivienda para solucionar la controversia plateada. El 16 de mayo presenta alegaciones en las que manifiesta su disconformidad con los hechos que fundamentan la resolución.

Cuarto.- El 21 de junio se formula propuesta de resolución del contrato fundada en la concurrencia de la causa del artículo 206 h) de la Ley 30/2007, de 30 octubre, de Contratos del Sector Público. Se propone "(…) la incautación de la garantía definitiva por importe de 11.976,98 euros, (…) e iniciar con instrucción de expediente contradictorio, procedimiento para resarcir los daños y perjuicios ocasionados en cuantía superior a la garantía incautada (que ascienden a 29.369,02 euros), conforme a los artículos 208.4 de la LCSP y 113 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones".

Quinto.- El 19 de julio de 2013 la Asesoría Jurídica de la Consejería informa favorablemente la propuesta de resolución.

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 al contrato, tal y como se recoge en el pliego de cláusulas administrativas particulares, viene determinada fundamentalmente, además de por dicho pliego, por la Ley 30/2007, de 30 octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), 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).

Debe recordarse que la disposición transitoria primera, apartado 2, del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, 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 tuvo lugar el 16 de diciembre de 2011- que se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior, esto es, por la LCSP.

No obstante, el procedimiento para el ejercicio de la facultad resolutoria se rige por la normativa vigente en el momento de su inicio -el procedimiento de resolución contractual se ha iniciado bajo la vigencia del TRLCSP- 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 del TRLCSP.

La competencia para acordar la resolución del contrato y determinar sus efectos corresponde al órgano de contratación, en el presente caso al Consejero de Fomento y Medio Ambiente, conforme disponen los artículos 224 del TRLCSP y 109 del RGLCAP y de conformidad con lo previsto en el Decreto 2/2011, de 27 de junio, de Reestructuración de Consejerías, Decreto 34/2011, de 7 de julio, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Fomento, así como lo dispuesto en los artículos 78 y siguientes de la Ley 3/2001, de 3 de julio, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad de Castilla y León.

3ª.- El asunto sometido a consulta versa sobre el procedimiento de resolución del contrato de ejecución de las obras de reparación de la urbanización del grupo de viviendas "xx" en xxxxx.

El debate se centra en el análisis de la concurrencia de la causa de resolución del contrato prevista en el artículo 206 h) de la LCSP ("las establecidas expresamente en el contrato").

El pliego de cláusulas administrativas particulares indica que las recepciones y liquidaciones de las obras se regularán conforme a lo dispuesto en los artículos 205 y 218 de la LCSP. El artículo 218.2 de la LCSP dispone que "(…) cuando las obras no se hallen en estado de ser recibidas se hará constar

así en el acta y el Director de las mismas señalará los defectos observados y detallará las instrucciones precisas fijando un plazo para remediar aquéllos. Si transcurrido dicho plazo el contratista no lo hubiere efectuado, podrá concedérsele otro nuevo plazo improrrogable o declarar resuelto el contrato".

En el presente caso, la empresa adjudicataria niega los hechos, manifiesta que desconoce las deficiencias y mantiene que las obras terminaron cuando la dirección facultativa expidió el certificado final de la obra, por lo que considera que un acta de recepción negativa dos años después no es regular.

Consta acreditado en el expediente que se informó a la empresa contratista de las obligaciones formales que debía cumplir para que se produzca la recepción positiva de la obra y que se le requirió para que, con carácter previo a la recepción de las obras, procediese a realizar las mejoras a las que se había comprometido y subsanase las deficiencias surgidas en la ejecución de la obra, sin que se realizase actuación alguna. No obstante, advertido de todo ello, decide no hacer nada, incluso señala que las obras han de recibirse tal y como están, por lo que dicha actuación determina que se pueda proceder a la resolución del contrato.

La recepción consiste materialmente en un conjunto de actuaciones que comportan la inspección y comprobación de las obras para que los asistentes posteriormente presten su conformidad o disconformidad. La jurisprudencia califica este acto como unilateral, de carácter acto probatorio y no constitutivo, pues se limita a declarar conforme o disconforme una situación fáctica preexistente, a la que el ordenamiento jurídico seguidamente le atribuye unos efectos, pero nunca creará situaciones jurídicas *ex novo*. Por ello, que la dirección facultativa proceda a expedir la certificación final de la obra sólo implica que procede al pago respecto a la parte ejecutada, sin que suponga en ningún caso la aprobación o recepción de aquélla. La empresa contratista no puede entender sin más que dicha certificación lleva implícita la recepción, ya que dicha recepción corresponde a la Administración y para que ésta pueda llevarse a cabo resulta necesario que la obra esté ejecutada y que no presente deficiencias.

Por tanto, en el presente caso se ha producido un incumplimiento de la empresa contratista de su obligación de atender a los requerimientos que se le

han realizado para que subsane las deficiencias que presenta la obra ejecutada y, de este modo, pueda procederse a levantar acta de recepción positiva.

4ª.- En cuanto a la existencia de daños y perjuicios que, tal como se deduce del presente expediente, pretende reclamarse a la empresa contratista en favor de la Administración, la Sentencia del Tribunal Supremo 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".

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 la incautación automática de la garantía 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 TRLCSP) 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 TRLCSP) "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 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 de ejecución de las obras de reparación de la urbanización del grupo de viviendas "xx" de xxxxx, suscrito entre la entonces Consejería de Fomento y qqqqq, S.L.

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