



Sr. Amilivia González, Presidente

Sr. Rey Martínez, Consejero
Sr. Velasco Rodríguez, Consejero y
Ponente

Sra. García Fonseca, Secretaria

La Sección Primera del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 5 de febrero de 2015, ha examinado el *procedimiento de resolución de contrato suscrito con qqqq1, S.A.U.*, 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 enero de 2015 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *procedimiento relativo a la resolución del contrato de obras para la construcción de una instalación deportiva para uso educativo compartido en el colegio "cccc" de xxxx, suscrito con la empresa qqqq1, S.A.U.*

Examinada la solicitud y admitida a trámite en el mismo día, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 45/2015, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal como dispone el artículo 52 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo de Castilla y León, aprobado por la Resolución de 5 de febrero de 2014, de la Mesa de las Cortes de Castilla y León. Turnado por el Sr. Presidente del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Velasco Rodríguez.

Primero.- Por Resolución de la Dirección General de Política Educativa Escolar de la Consejería de Educación de 29 de septiembre de 2014, se incoa procedimiento encaminado a la resolución del contrato de obras para la construcción de una instalación deportiva para uso educativo compartido en el colegio "cccc" de xxxx, suscrito entre la citada Consejería y la empresa qqqq1,



S.A.U. el 30 de mayo de 2013, por demora del contratista en el cumplimiento del plazo total señalado para la ejecución del contrato, al amparo de lo previsto en los artículos 212.4 y 223.d) del TRLCSP.

Segundo.- El 6 de octubre de 2014 el Servicio de Contratación de la Secretaría General de la Consejería, con base en el informe emitido por el Servicio de Construcciones de la Dirección General de Política Educativa Escolar el 24 de septiembre anterior, emite informe en el que relata que "El plazo total de ejecución que se estableció en el contrato, en su cláusula 3.5, se concreta en nueve meses, finalizando el mismo el día 22 de marzo de 2014.

»Próximo a finalizar el plazo de ejecución, ante el incumplimiento del mismo por la contratista de las obras de referencia, se dictó Orden de la Consejería de Educación, con fecha 12 de marzo de 2014, por la que se acordó la continuidad de la ejecución del contrato de obra por un plazo de dos meses y medio, con la imposición de las penalidades que se determinen, finalizando así el nuevo plazo el día 6 de junio de 2014.

»Próximo a finalizar el nuevo plazo de ejecución, ante el incumplimiento nuevamente del mismo por la contratista de las obras de referencia, se dictó una Orden de la Consejería de Educación, con fecha 5 de junio de 2014, por la que se acordó la continuidad de la ejecución del contrato de obra por un plazo de dos meses, con la imposición de las penalidades que se determinen, debiendo finalizar así el nuevo plazo el día 6 de agosto de 2014. (...).

»En el caso que nos ocupa resulta obvio la existencia de un incumplimiento grave por parte del contratista respecto de la ejecución de la obra, por cuanto a pesar de haberse acordado la ampliación del plazo de ejecución de la obra en dos ocasiones por causa imputables al contratista (mediante Ordenes de la Consejería de Educación de 12 de marzo y 5 de junio de 2014), a la fecha de finalización del plazo de ejecución del contrato, este solamente se ha ejecutado en un 39,36% del total previsto. Debiendo calificar de evasivas las respuestas que han sido ofrecidas por la contratista ante los requerimientos de esta Administración tendentes a solución los problemas advertidos respecto del grado de ejecución de la obra en cuestión. (...)"



En relación con lo expuesto, figura incorporada al expediente Resolución del órgano de contratación de 13 de enero de 2015, en la que se imponen al contratista dos penalidades: la primera de 12.300 euros como consecuencia de la demora de 75 días (desde el 22 de marzo hasta el 6 de junio de 2014) y, la segunda, de 9.840 euros por la demora de 60 días (desde el 7 de junio hasta el 6 de agosto de 2014), en el plazo de ejecución de las obras de construcción de la instalación deportiva.

Tercero.- Concedido trámite de audiencia a la Compañía de Seguros ssss Ltd., y al contratista el 2 y 7 de octubre respectivamente, en sendos escritos presentados el 9 y 25 de octubre, la primera se opone a la incautación de la garantía y, la segunda, a la resolución contractual.

La aseguradora se funda básicamente en que de resolverse el contrato sería por la imposibilidad de su ejecución en los términos pactados del artículo 223 TRLCSP, por lo que no procedería indemnización de daños ni incautación de garantía al no tratarse de un incumplimiento culpable. Señala que, en cualquier caso, el eventual incumplimiento de los plazos se encontraría sancionado con la imposición de penalidades, sin que procediera tampoco por ello la incautación de la garantía prestada. Propone la práctica de prueba documental y pericial.

Por su parte, la oposición del contratista a la resolución del contrato se basa principalmente en que la demora en la ejecución vino motivada por incorrecciones en las soluciones técnicas del proyecto sobre la envolvente del edificio, que hicieron necesaria su modificación con el consiguiente retraso en la ejecución; en la cesión del contrato que se impone a la contratista desde la Administración; y en la imposibilidad de resolver el contrato al haber optado la Administración por la ampliación del plazo de ejecución con penalidades. Solicita además que se practique prueba testifical.

Cuarto.- En respuesta a las alegaciones presentadas emiten informes tanto la Dirección Facultativa de la obra el 17 de noviembre de 2014, en el que, tras un análisis detallado de los aspectos técnicos, niega que el incumplimiento del plazo vaya ligado a la necesidad de dar solución a problemas de esta índole; como el Servicio de Construcciones del órgano de contratación el 26 de noviembre siguiente.



Quinto.- Mediante Resolución de la Dirección General de Política Educativa Escolar de 27 de noviembre de 2014, se acuerda la práctica de prueba documental, mediante la unión al expediente de la solicitada por las partes, a la vez que se inadmiten, por considerarse innecesarias, la pericial y la testifical propuestas. Esta resolución se notifica a los interesados el 9 de diciembre con concesión de plazo para formular alegaciones, sin que conste que hayan hecho uso de este trámite, según se certifica el 12 de enero de 2015.

Sexto.- El 9 de enero de 2015 se formula propuesta de resolución del contrato, amparada en lo previsto en los artículos 212.4 y 223.d) TRLCSP. Se dispone igualmente que se realice la comprobación, medición y liquidación de los trabajos ejecutados, fijando los saldos pertinentes a favor o en contra del contratista, según lo establecido en el artículo 239, y que no procede acordar la devolución de la garantía definitiva del contrato hasta que no se determinen los daños y perjuicios derivados del incumplimiento del contratista.

Séptimo.- La propuesta de resolución se informa favorablemente por la Asesoría Jurídica y la Intervención Delegada de la Consejería proponente el 13 y 19 de enero de 2015, respectivamente.

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.i),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.e) del Acuerdo de 6 de marzo de 2014, del Pleno del Consejo, 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 el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP), por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 octubre, de Contratos del Sector Público, 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).

El artículo 211 TRLCSP, relativo al "Procedimiento de ejercicio", establece como trámites preceptivos para la resolución de un contrato 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. En el mismo sentido se pronuncia el artículo 213.1 TRLCSP, para el supuesto específico de "Resolución por demora y prórroga de los contratos". Por su parte, el artículo 109.1.b) del RGLCAP impone la audiencia al avalista o asegurador cuando se propone la incautación de la garantía.

El plazo máximo de resolución y notificación del procedimiento es el previsto en la disposición adicional primera de la Ley 1/2012, de 28 de febrero, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras, cuyo apartado 2 señala: "En el ámbito de la Administración General e Institucional de la Comunidad de Castilla y León el plazo máximo para resolver y notificar los procedimientos de resolución de los contratos celebrados por aquellas, cuando se hayan iniciado de oficio, será de ocho meses contados desde la fecha del acuerdo de iniciación, transcurrido este plazo sin que se haya dictado y notificado resolución expresa se producirá la caducidad en los términos previstos en el artículo 44.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común".

La competencia para acordar la resolución del contrato y determinar sus efectos corresponde al órgano de contratación, en este caso, la Dirección General de Política Educativa Escolar de la Consejería de Educación.

3ª.- El asunto sometido a consulta versa sobre la resolución del contrato de obra para la construcción de una instalación deportiva para uso educativo compartido en el colegio "cccc" de xxxx.



El debate de fondo se centra en el análisis de la concurrencia de la causa de resolución del contrato prevista en el artículo 223.d) TRLCSP: “La demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista (...)”. En relación con este precepto debe traerse a colación el artículo 212.2 TRLCSP que dispone que “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” y el 212.4 TRLCSP, que faculta a la Administración para optar entre la resolución del contrato o la imposición de penalidades, “Cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiere incurrido en demora respecto al cumplimiento del plazo total”.

Según reiterada jurisprudencia, “el contrato de obras es típicamente un contrato de resultado. De ahí que tanto la Ley como el Reglamento, al desarrollar la ejecución de este contrato, hagan hincapié en los preceptos mencionados para resaltar la obligación del contratista de cumplir tanto los plazos parciales fijados para la ejecución sucesiva, como el general o final para su total realización. *Item* más, para la constitución en mora del contratista no se requiere interpelación o intimación previa por parte de la Administración; hasta tal punto que una racional presunción de incumplimiento del plazo final, deducido de la conducta del contratista en el desarrollo de la obra permite a la Administración optar por la resolución del contrato” (entre otras, SSTs 20-3-1989, 14 de julio de 1986, 12 de marzo de 1992).

Las alegaciones presentadas por la empresa contratista para justificar la falta de ejecución de las obras, basadas en incorrecciones en las soluciones técnicas del proyecto sobre la envolvente del edificio, no desvirtúan la causa de resolución analizada.

Así lo corroboran los distintos informes incorporados al expediente y, en particular, el emitido por la dirección facultativa el 17 de noviembre de 2014 que, según resumen recogido en el informe del Servicio de Construcciones de 26 de noviembre siguiente, señala lo siguiente:

“Que es rotundamente falso que se necesitase cambiar por criterios técnicos las características de determinadas partidas del proyecto y es falso también que no reúnan la calidad y cualidad necesarias para el fin de la obra. Y que se ha exigido desde el primer momento el máximo respeto y fidelidad en la ejecución del proyecto el cual fue supervisado y visado.



»Los motivos alegados en la primera ampliación de plazo por la empresa contratista fueron exclusivamente cuestiones climatológicas y de suministro de material, no de propuestas de soluciones técnicas. En aquel momento, febrero de 2014, el porcentaje ejecutado es del 26,26% cuando el plan de obra marcaba el 92,4% y la obra debía finalizar el 22 de marzo de 2014.

»Sobre los supuestos defectos detectados en la envolvente descrita, justifica técnicamente que son correctos, rechazando las afirmaciones de la constructora.

»En cuanto a la relación de fechas secuenciadas por la empresa constructora para demostrar la ausencia de culpabilidad en el retraso de la ejecución por su parte, la Dirección Facultativa niega que se ajuste a la realidad y argumenta que el cambio de fachada propuesto por la empresa contratista no estuvo acompañado por la mínima documentación necesaria para la valoración de su viabilidad (no había ni tan siquiera planos que lo apoyara), habiendo sido solicitada por la Dirección Facultativa repetidas veces. No es hasta el 20 de marzo de 2014 cuando se presenta dicha documentación pero incompleta, careciendo de cálculos definitivos y el detalle de planos. Aun así, se aprueba la propuesta pero en julio aún no está hecho el replanteo de la fachada, por incapacidad de la empresa constructora.

»Que aun cuando algunos trabajos podían depender de la ejecución de la capa exterior de fachada, muchos otros no, como es el caso de la práctica totalidad de las instalaciones, trabajos de acabados en zona de vestuarios, carpintería de aluminio en lucernarios, etc. Y otros trabajos deberían haberse realizado antes, como la carpintería de aluminio de ventanas y la zona de vestuarios”.

Por otra parte, tampoco debe prosperar la causa de oposición a la resolución por la que el contratista alega dificultades para la finalización de la obra motivadas por una cesión del contrato que hipotéticamente se le impone desde la Administración.

A este respecto y conforme al artículo 226 del TRLCSP, cabe señalar que si bien la cesión del contrato se somete a autorización administrativa previa -la



cual es en todo caso de otorgamiento reglado cuando concurren los demás requisitos establecidos en su apartado segundo-, aquélla es en sí misma un contrato o negocio jurídico privado nacido del concurso de voluntades del cedente y el cesionario, en el que no toma parte la Administración.

Además, sobre la incidencia que tal circunstancia pueda haber tenido en el retraso de la obra y sobre el interés de la contratista con la realización de la cesión, el informe del Servicio de Construcciones de 26 de noviembre citado, señala que "Mal se puede justificar que dichas actuaciones en todo caso han impedido la finalización de la obra cuando se enmarcan temporalmente, tal y como afirma la propia empresa constructora, en los primeros días de agosto, coincidiendo justamente con la fecha de finalización de la obra que, como se ha indicado, debía haber terminado el 6 de agosto de 2014. El impulso realizado en esas fechas y en los días posteriores al 6 de agosto por parte de la Administración, no tiene otra finalidad que posibilitar la continuación de la obra, como una alternativa a la del instrumento de la resolución del contrato, con las consecuencias negativas que se podrían derivar y considerando la ausencia de una tercera solicitud de ampliación de plazo, y ello sin perjuicio de que de haberse presentado se hubiera podido o no estimar. Por otro lado, prueba evidente de la voluntad de la empresa qqqq1 en ceder el contrato es el escrito que se recibe el 28 de agosto de 2014, del que se acompaña copia como anexo 5, dirigido en nombre de la constructora (...) en el que se pone de manifiesto que "les traslado la intención y plena voluntad de qqqq1 S.A.U., para realizar la cesión del contrato a favor de la empresa qqqq2, con la que se están realizando las acciones pertinentes para llevarlo a cabo. Por tal motivo, recibirán en breve la solicitud de autorización para realizar la cesión (...)".

La misma suerte desestimatoria debe predicarse de la pretensión del contratista de entender improcedente la resolución del contrato al haber optado la Administración por la imposición de penalidades conforme al artículo 212 TRLCSP y no haber alcanzado las impuestas el 5% del precio del contrato al que se refiere el apartado 5 del tal precepto.

El artículo 212, en sus apartados 4 y 5, dispone lo siguiente:

"4. Cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiere incurrido en demora respecto al cumplimiento del plazo total, la Administración podrá optar indistintamente por la resolución del contrato o por



la imposición de las penalidades diarias en la proporción de 0,20 euros por cada 1.000 euros del precio del contrato. (...).

»5. Cada vez que las penalidades por demora alcancen un múltiplo del 5 por 100 del precio del contrato, el órgano de contratación estará facultado para proceder a la resolución del mismo o acordar la continuidad de su ejecución con imposición de nuevas penalidades”.

Por su parte, el artículo 98 del RGLCAP (aunque por referencia a la LCAP) establece que “Cuando el órgano de contratación en el supuesto de incumplimiento de los plazos por causas imputables al contratista y conforme al artículo 95.3 de la Ley opte por la imposición de penalidades y no por la resolución, concederá la ampliación del plazo que estime resulte necesaria para la terminación del contrato”.

En el caso examinado, según se expuso en el antecedente segundo, el plazo de ejecución pactado en el contrato de 9 meses, a contar desde la comprobación del replanteo realizada el 21 de junio de 2013, finalizaba el 22 de marzo de 2014, fecha desde la que se concedió, ante su incumplimiento, una primera ampliación del plazo de dos meses y medio, hasta el 6 de junio de 2014, con imposición de penalidades. Ante un segundo incumplimiento llegado dicho término, se concede una nueva ampliación por plazo de dos meses, hasta el 6 de agosto de 2014, con imposición de penalidades. Al vencimiento del plazo señalado consta que únicamente se ha ejecutado un 39,36% del total previsto.

Ante este último y nuevo incumplimiento no existe obstáculo que impida a la Administración ejercitar la facultad resolutoria prevista en el artículo 212.4 TRLCSP, y ello con independencia de que no lo haya hecho en los dos incumplimientos previos, en los que optó por la imposición de penalidades con la finalidad de compeler al contratista al cumplimiento de sus obligaciones con ampliación de plazo.

No obsta a ello tampoco la dicción del artículo 212.5 del TRLCSP, puesto que, frente a lo que afirma el contratista, no impide que ante distintos incumplimientos se opte por la resolución, aunque los anteriores hubiesen determinado la imposición de penalidades, sino que dicho precepto, como mantiene la propuesta de resolución, habilita la resolución si las penalidades



alcanzan el porcentaje señalado, sin necesidad de esperar a que el nuevo plazo concedido finalice.

De todo lo anterior se desprende que, transcurrido el término previsto en el contrato para su realización, el 6 de agosto de 2014, el contrato estaría incurso en la invocada 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".

Sobre esta causa resolutoria existe una reiterada doctrina jurisprudencial (entre otras, 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 resolutivo, 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 mantiene 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".

Por lo que se refiere a la entidad del incumplimiento en el contexto de la relación jurídica contractual que se examina, el incumplimiento del contratista puede ser calificado de culpable ya que, el escaso volumen de obra ejecutada a la fecha de su finalización (39,36% del total) pese a las sucesivas ampliaciones del plazo que le fueron concedidas con el fin de posibilitar el cumplimiento de las obligaciones asumidas en virtud del contrato, revela que no se trata de un "simple retraso", sino de un incumplimiento a él imputable por su pasividad culposa o negligente.



En definitiva, puede apreciarse que el incumplimiento de la empresa contratista es de tal entidad que motiva la resolución del contrato, al amparo del artículo 223.d) del TRLCSP.

4ª.- El incumplimiento culpable del contratista provoca como efectos de la resolución la incautación de la garantía constituida, en los términos previstos en el artículo 100.c) del TRLCSP, y la indemnización de los daños y perjuicios que hayan podido ocasionarse a la Administración contratante por la actuación del contratista, en lo que exceda de dicha garantía, de conformidad con el artículo 225.3 del TRLCSP. Todo ello sin perjuicio de la liquidación de la obra ejecutada que proceda conforme al artículo 239.1 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 (...)".

El mencionado artículo 225.3 TRLCSP ha de ponerse en relación con el 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".

Para su fijación, si procede, deberá tenerse en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ya en Sentencia de 9 de diciembre de 1980 declaró que "(...) 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".

III CONCLUSIONES



**CONSEJO
CONSULTIVO**
DE CASTILLA Y LEÓN

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

Procede resolver el contrato de obras para la construcción de una instalación deportiva para uso educativo compartido en el colegio "cccc" de xxxx, suscrito con la empresa qqqq1, S.A.U.

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