



Sr. Amilivia González, Presidente y
Ponente

Sr. Ramos Antón, Consejero
Sr. Sobrini Lacruz, Consejero

Sra. García Fonseca, Secretaria

La Sección Primera del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 13 de octubre de 2016, ha examinado el *procedimiento de resolución de contrato de obra suscrito entre la Diputación de xxxx1 y qqqq, S.A.*, 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 28 de septiembre de 2016 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *procedimiento de resolución del contrato de construcción de ensanche, refuerzo y acondicionamiento de la carretera xxxx1-P-2547, xxxx2-xxxx3-xxxx4-xxxx5-xxxx6-xxxx7 y xxxx8, tramo xxxx6-xxxx7 y xxxx8, suscrito por la Excm. Diputación Provincial de xxxx1 y la empresa qqqq, S.A.*

Examinada la solicitud y admitida a trámite con la misma fecha, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 410/2016, 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. Amilivia González.

Primero.- Mediante Acuerdo de la Junta de Gobierno de la Diputación Provincial de xxxx1, de 12 de noviembre de 2014, se adjudica el contrato de obra de "construcción de ensanche, refuerzo y acondicionamiento de la

carretera xxxx1-P-2547, xxxx2-xxxx3-xxxx4-xxxx5-xxxx6-xxxx7 y xxxx8, tramo xxxx6-xxxx7 y xxxx8", a la empresa qqqq, S.A.

El plazo de ejecución del contrato es de 5 meses, a partir del día siguiente de la firma del acta de comprobación del replanteo (10 de diciembre de 2014).

Segundo.- El 28 de enero de 2015 la Junta de Gobierno acuerda la suspensión temporal total de la ejecución de la obra, con fecha efectiva de 27 de diciembre de 2014, de conformidad con el informe emitido por la dirección facultativa de la obra.

El 25 de marzo de 2015 la Junta de Gobierno acuerda el levantamiento de la suspensión, suscribiéndose por las partes del contrato la correspondiente acta el 9 de abril.

Tercero.- El 18 de agosto qqqq, S.A. solicita la paralización total del plazo de ejecución de la obra hasta la finalización de la campaña de riego.

Mediante Decreto de Presidencia nº 4.390, de 21 de agosto de 2015, se concede la segunda suspensión temporal total en la ejecución de la obra por plazo de 6 meses, a contar desde el 19 de agosto.

Cuarto.- Mediante Decreto de Presidencia nº 5.292, de 19 de octubre de 2015 se acuerda el levantamiento de la segunda suspensión temporal total en la ejecución de la obra.

Esta resolución se notifica al interesado el 23 de octubre. El 29 de octubre se remite por fax oficio de comunicación de la dirección de obra recordando a la empresa qqqq, S.A. que está a su disposición el acta de levantamiento de la suspensión para su firma.

El 4 de noviembre la empresa adjudicataria firma el acta.

Quinto.- El 5 de noviembre la empresa contratista solicita una nueva paralización de las obras debido a las lluvias.

El 6 de noviembre un ingeniero técnico de obras públicas informa de que no existe inconveniente en que la empresa adjudicataria acometa de forma

inmediata las obras referentes al drenaje transversal, las referentes al capítulo de reposiciones de acequias y sifones y las actuaciones en las travesías.

Consta en el expediente informe del Jefe del Servicio Administrativo del Área de Obras de 11 de noviembre, del Secretario General de la Diputación de 4 de diciembre y de la Intervención de 11 de diciembre, todos ellos de 2015, en los que se concluye que no procede una nueva suspensión y que existe una demora en la ejecución del contrato por causas imputables al contratista.

Mediante Decreto de Presidencia nº 6.720, de 16 de diciembre de 2015, se resuelve denegar la tercera suspensión temporal total en la ejecución de la obra

Sexto.- Mediante escrito de 18 de noviembre la empresa contratista solicita la resolución del contrato por causa imputable al órgano de contratación y una indemnización de los daños y perjuicios causados con motivo de las suspensiones y paralizaciones del contrato.

El 2 de diciembre de 2015 qqqq, S.A. renuncia a la referida resolución contractual.

Séptimo.- El 18 de enero de 2016 el Diputado Delegado de Obras e Infraestructuras dicta orden de incoación del procedimiento de resolución del citado contrato.

Octavo.- El 8 de febrero el director facultativo informa sobre las causas de resolución del contrato.

Noveno.- Consta en el expediente el proyecto de liquidación de las obras presentado a la Administración el 29 de febrero.

Décimo.- Notificado a los interesados el inicio de un procedimiento de resolución contractual, el 21 de marzo de 2016 qqqq S.A. presenta alegaciones.

Considera que su empresa no ha podido acceder "a todas las zonas de obra con el objeto de ejecutarla conforme a su plan de trabajo, por lo que "si la obra no se ha ejecutado en plazo no ha sido por causa imputable al contratista".

Decimoprimer.- En informe de 28 de abril el ingeniero de obras públicas director de obra enumera los incidentes que ha sufrido la ejecución del

contrato y, entre otras manifestaciones, señala que "efectivamente la obra estuvo parada, a petición de la empresa, pero lo cierto es que la adjudicataria nunca tuvo intención de realizarla conforme al proyecto aprobado (...)".

Decimosegundo.- El 13 de mayo el Secretario de la Diputación informa de que procede la resolución del contrato. El 18 de mayo la Intervención y el 18 de julio el Jefe de Servicio Administrativo del Área de Obras informan favorablemente tal resolución.

Decimotercero.- Mediante Acuerdo de la Junta de Gobierno de la Diputación Provincial de 27 de julio de 2016 se declara la caducidad del procedimiento de resolución del contrato de la obra, notificándose a los interesados en el procedimiento.

Decimocuarto.- Mediante Orden del Diputado Delegado de Obras e Infraestructuras, de 22 de agosto de 2016, se inicia nuevamente el procedimiento relativo a la resolución del contrato de la obra de construcción de ensanche, refuerzo y acondicionamiento de la carretera xxxx1-P-2547, xxxx2-xxxx3-xxxx4-xxxx5-xxxx6-xxxx7 y xxxx8, tramo xxxx6-xxxx7 y xxxx8, suscrito con la empresa qqqq, S.A.

Decimoquinto.- Concedido trámite de audiencia a qqqq, S.A. y al avalista, mediante escrito de 6 de septiembre de 2016 la empresa contratista solicita que se una al expediente copia testimoniada del escrito de alegaciones presentado en el anterior expediente en trámite de audiencia.

Decimosexto.- Constan en el expediente informes del ingeniero director de las obras de 7 de septiembre, del Secretario General de la Diputación de 16 de septiembre y de la Intervención de 19 de septiembre de 2016 favorables a la resolución del contrato.

Decimoséptimo.- El 20 de septiembre 2016 se formula propuesta de resolución en el sentido de: a) desestimar las alegaciones presentadas; b) resolver el contrato por "la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista" (artículo 223.d) del 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"); c) incautar provisionalmente la garantía

definitiva hasta que se concreten las responsabilidades en el momento oportuno y d) suspender el plazo para resolver.

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 TRLCSP 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).

En este caso, el artículo 211.3.a) establece que es preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de resolución de los contratos administrativos cuando se formule oposición por parte del contratista.

3ª.- La competencia para acordar la resolución del contrato y determinar sus efectos corresponde al órgano de contratación, conforme disponen los artículos 210 del TRLCSP y 109 del RGLCAP.

4ª.- El asunto sometido a consulta versa sobre el procedimiento de resolución del contrato de construcción de ensanche, refuerzo y acondicionamiento de la carretera xxxx1-P-2547, xxxx2-xxxx3-xxxx4-xxxx5-xxxx6-xxxx7 y xxxx8,

tramo xxxx6-xxxx7 y xxxx8, celebrado entre la Excma. Diputación Provincial de xxxx1 y la empresa qqqq, S.A.

La causa de resolución en que se funda la Administración es la recogida en la letra d) del artículo 223 del TRLCSP, esto es, "La demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista (...)".

Es doctrina de este Consejo Consultivo (por todos, Dictámenes 1.159/2006, de 11 de marzo, 440/2009, de 4 de junio, 752/2012, de 13 de noviembre, 727/2013, de 21 de noviembre, 262/2014, de 19 de junio, y 21/2015, de 5 de febrero) que 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 (en este sentido, Dictamen del Consejo de Estado 912/1997, de 27 de febrero).

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, Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1986, 20 de marzo de 1989 y 12 de marzo de 1992).

El Tribunal Supremo, en Sentencia 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”.

Y en Sentencia de 26 de marzo de 1987 manifiesta 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”.

Por consiguiente, la mera constatación del vencimiento del plazo contractual sin que el contratista haya cumplido satisfactoriamente sus obligaciones no determina, por sí misma e indefectiblemente, la resolución del contrato, pues habrá que ponderar, en atención a las circunstancias del caso, si el incumplimiento es de tanta trascendencia que justifica la resolución y nueva apertura del procedimiento de selección de contratistas, o si, por el contrario, procede sólo, en su caso, la imposición de penalidades, no pudiendo caracterizarse este juicio de ponderación como el fruto de un voluntarismo inmotivado y carente de cualquier posibilidad de control (Por todos Dictámenes del Consejo Consultivo de Castilla y León 178/2004, de 7 de julio, 615/2005, de 16 de marzo de 2006, 1.124/2006, de 1 de marzo de 2007, 1.042/2008, de 18 de diciembre, 896/2009, de 1 de octubre, 563/2010, de 17 de junio, y 251/2011, de 31 de marzo).

En el supuesto objeto de dictamen existen incumplimientos relevantes que justificarían sobradamente la resolución contractual y el órgano de contratación ha optado por no imponer penalidades. Tales incumplimientos se ponen de manifiesto, entre otros, en el informe de la dirección de la obra de 7 de septiembre de 2016, que señala que “Efectivamente la obra estuvo parada, a petición de la empresa, pero lo cierto es que la adjudicataria nunca tuvo la intención de realizarla conforme al proyecto aprobado, como lo acreditan las peticiones de realizar un modificado del mismo (una de las peticiones por escrito y otra de forma verbal, según consta en el acta nº de fecha 22-07-2015) y también queda evidente por el hecho de que en los periodos de tiempo en

que la obra estuvo desparalizada, la comercial no realizó prácticamente ninguna unidad de obra (se han certificado 43.059,21 euros de un total de 1.117.904,21 euros), a pesar de ser obvio, que se podía haber ejecutado toda la obra.

»(...) Una vez desparalizada la obra, y tal y como consta en el acta de reunión del día 3 de julio de 2015, se expuso por parte de la dirección de obra que 'no hay problema para ejecutar la nueva red de riego sin desmontar las acequias existentes y así permitir que se siga regando. Tan solo hay una finca que no se ha expropiado, en la que el dueño no está de acuerdo en que se coloque la tubería en su terreno. La dirección de obra hablará con el propietario para tratar de que cambie de opinión pero ya se puede colocar el resto'.

»El acta se refiere, como quedó claro en la reunión, a que en la única finca que podía haber problemas, era la situada en el P.K. 19+600 (margen izquierda) con una longitud de 146 m, y el único problema con la misma consistía en que la zona expropiada afectaba a toda la superficie ocupada por la acequia y una franja paralela a la misma, contigua a la finca con una anchura variable de entre 0,6 y 3,00 metros, lo que podía dificultar la colocación de la tubería, pero tampoco lo impedía, por haber espacio suficiente, aunque sería más difícil de ejecución manteniendo el riego. Hay que tener en cuenta que la finca en cuestión tiene una longitud de 146 metros, siendo la longitud de la tubería a colocar de 2.348 metros en total, (lo que supone el 1,28 % del presupuesto de la obra) por lo que si adjudicataria hubiera tenido la intención de acometer la ejecución de las obras hubiera podido colocar casi la totalidad de las tuberías, sin ningún problema y, en estos 146,00 m., también se podía colocar aunque en un pequeño tramo habría que hacerlo con más cuidado.

»Lo cierto es que de toda la tubería de riego, la empresa tan solo colocó 434 metros y lo hizo entre los días 18 al 21 de enero de 2016, es decir casi un año después de la primera desparalización (...)".

Como conclusión, de los informes obrantes en el expediente, se desprende que en el caso examinado no consta acreditada la imposibilidad de ejecutar el contrato alegada por la empresa contratista, dado que, aunque existiera alguna dificultad para acceder a alguna zona o realizar alguna tarea, esta circunstancia no es justificadora del incumplimiento.

Por ello, de la documentación obrante en el expediente cabe concluir la existencia de un incumplimiento del contrato que puede considerarse esencial, al afectar a las obligaciones principales del contratista, de tal entidad que motiva la resolución del contrato.

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.

5ª.- Por último, respecto a los efectos de la resolución, ha de partirse de lo dispuesto en el artículo 225.3 del TRLCSP, que establece 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."

Por su parte, el artículo 113 del Reglamento General de la Ley de Contratos 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".

El artículo 225.3 TRLCSP no prevé que la incautación de la garantía tenga carácter automático por el incumplimiento culpable del contratista, o que tenga

naturaleza de penalidad por el mero incumplimiento del contrato, a diferencia de lo que sí establecía el artículo 114.4 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas y con posterioridad, el artículo 113.4 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, que preveían la incautación automática de la fianza, además de la indemnización de los daños producidos a la Administración en lo que excediera del importe de la fianza.

Sobre este particular, el Dictamen del Consejo de Estado nº 646/2012 señala que "(...) no está previsto en el pliego que el incumplimiento culpable del contratista comporte automáticamente la pérdida de la garantía ni es posible deducir tal consecuencia de la regulación legal aplicable al contrato. No obstante, la garantía prestada por el contratista queda afecta al pago de la indemnización de los daños y perjuicios irrogados a la Administración. Y en tal sentido, aun cuando con ocasión de la resolución del contrato no proceda declarar su pérdida, debe acordarse su retención hasta que se cuantifiquen los referidos daños y perjuicios, cobrándose su importe de la garantía si esta fuera superior a aquellos. Procede, por tanto, declarar resuelto el contrato sin pérdida de la garantía constituida y tramitar un procedimiento contradictorio a fin de determinar el montante de los daños y perjuicios irrogados a la Administración pública, reteniendo hasta la terminación de esta dicha garantía toda vez que el importe de los referidos daños deberá hacerse efectivo en primer término con cargo a ella".

III CONCLUSIONES

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

Procede resolver el contrato de construcción de ensanche, refuerzo y acondicionamiento de la carretera xxxx1-P-2547, xxxx2-xxxx3-xxxx4-xxxx5-xxxx6-xxxx7 y xxxx8, tramo xxxx6-xxxx7 y xxxx8, celebrado entre la Excma. Diputación Provincial de xxxx1 y la empresa qqqq, S.A.

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