



Sr. Amilivia González, Presidente

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

Sra. García Fonseca, Secretaria

La Sección Primera del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 5 de diciembre de 2018, ha examinado el *procedimiento de resolución de contrato 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 22 de noviembre de 2018 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *procedimiento de resolución del contrato de realización de diversas obras en el municipio de xxxx2 (obra 248, 5º lote), suscrito entre la Diputación Provincial de xxxx1 y qqqq, S.A.*

Examinada la solicitud y admitida a trámite en la misma fecha, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 510/2018, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal y 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. Sobrini Lacruz.

Primero.- Por Decreto de la Presidencia de la Diputación Provincial de xxxx1, de 7 de mayo de 2018, se inició procedimiento para la resolución del contrato de realización de diversas obras en el municipio de xxxx2 (obra 248, 5º lote), celebrado entre la Diputación Provincial de xxxx1 y qqqq, S.A. el 30 de junio de 2017.



La causa que motiva el inicio del procedimiento es la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista, conforme a los artículos 212 y 223.d) de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, de acuerdo con el informe de la Dirección de Obra de 20 de febrero y el emitido por el Jefe de la Unidad provincial de Obra Civil el 8 de marzo, ambos de 2018. El plazo de ejecución del contrato era de 2 meses desde el 16 de octubre de 2017 y fue ampliado en 15 días, a instancia del contratista, de modo que finalizaba el 30 de diciembre de 2017. Según refleja el informe del Director del Área de Obra Civil de 9 de marzo de 2018, las obras han sido abandonadas por la adjudicataria.

Segundo.- El 31 de mayo y el 3 de agosto de 2018 la empresa contratista presenta escritos de alegaciones en los que manifiesta su oposición a la resolución del contrato, al existir previamente culpa de la Administración al incumplir su obligación legal de realizar el acto de replanteo previo del proyecto, lo que provocó la imposibilidad de ejecutar el proyecto de obra aprobado por la propia Administración sin advertir de su imposible ejecución, ya que el mismo ha resultado ser defectuoso e incompleto, provocando la suspensión de facto de la obra desde el 22 de diciembre de 2017 por la imposibilidad de su terminación hasta que la Administración tramite y apruebe el correspondiente proyecto modificado. En particular, refiere que no se podía reutilizar la piedra existente para el pavimento de las calles como venía en el proyecto, por lo que el 22 de diciembre de 2017 solicitó a la dirección facultativa la paralización de las obras hasta la aprobación del proyecto modificado. Hace alusión también a la falta de abono de diversas certificaciones de obras y a su disconformidad con las mediciones de obra.

Tercero.- El 11 de junio la Dirección de Obra emite informe sobre las alegaciones efectuadas por la contratista, en el que se indica lo siguiente:

“1. El acta de comprobación de replanteo positiva se firmó el día 16 de octubre de 2017. Este documento está firmado por todas las partes intervinientes en la obra. En ese momento, la empresa contratista no presentó alegación alguna respecto a la ejecución de ninguna de las unidades de obra del proyecto objeto del contrato ni de las mejoras a ejecutar para el Ayuntamiento.

»2. La piedra que se proyecta reutilizar es apta en su práctica totalidad, a excepción de las fracciones más grandes que serán sustituidas por otras que aportará el Ayuntamiento. Esta fracción más grande, así como los RCD's



generados y acopiados pendientes de retirar, deberá ser transportada hasta lugar de empleo o centro autorizado de gestión de residuos según corresponda, con cargo a la empresa contratista que realizó la demolición del pavimento de calzada.

»3. La evidente falta de programación provocó que días antes del cumplimiento del plazo de ejecución ampliado, la empresa contratista buscase desesperadamente personal cualificado de la comarca para la colocación de la piedra existente en las calles ccc1 y Bajada ccc2. Al no encontrar una solución ventajosa económicamente, los técnicos de qqqq alegaron que era necesario acordar un precio nuevo antes del comenzar con la colocación de la piedra, paralizando las obras de manera unilateral el día 22 de diciembre de 2017, a una semana del cumplimiento del plazo de ejecución y coincidiendo con las vacaciones navideñas. Por esta razón, la resolución del contrato es únicamente imputable al contratista por incumplimiento del plazo de ejecución.

»4. Los escasos recursos técnicos asignados a la obra por parte de la empresa contratista sólo han servido para intentar justificar unos trabajos mal ejecutados y no conformes al proyecto ni a las buenas prácticas de la construcción.

»5. No he certificado los trabajos mal ejecutados porque no cumplen con las especificaciones definidas en proyecto. Además, el Ayuntamiento de xxxx2 ha debido acometer reparaciones urgentes sobre algunos trabajos ejecutados por el contratista. Por ello, sólo cuando el conjunto de las obras ejecutadas sean conformes al proyecto redactado, dichos trabajos serán abonados”.

Cuarto.- El 16 de noviembre, el Jefe de la Unidad de Obra Civil emite informe desestimatorio de las alegaciones de qqqq. A su vista, la coordinadora de Contratación, Informes y Servicios Jurídicos de la Diputación en escrito de 19 de noviembre eleva al órgano de contratación propuesta de resolución contractual.

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 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 el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), 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, 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) y por el Decreto 3854/1970 de 31 de diciembre, por el que se aprueba el Pliego de Cláusulas Administrativas Generales para la contratación de obras del Estado.

La aplicación del TRLCSP deriva de lo previsto en la disposición transitoria primera, apartado 2, de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), según la cual, "Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se registrarán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su modificación, duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior".

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 tercera de la LPAC "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, de acuerdo con la disposición final cuarta de la LCSP.



En este caso, el procedimiento de resolución contractual se ha iniciado bajo la vigencia de la nueva LCSP, por lo que cabe acudir a su artículo 191, 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. En el mismo sentido se pronuncia el artículo 195.1 LCSP, para el supuesto específico de "Resolución por demora y ampliación del plazo de ejecución 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.

Estos trámites se cumplimentan en el procedimiento. En particular, la oposición de la empresa contratista se formula en escritos presentados el 31 de mayo y el 3 de agosto de 2018. También se ha concedido audiencia al avalista el 11 de mayo de 2018, trámite que prevé el artículo 109.1.b) del RGLCAP, cuando se propone, como en este caso, la incautación de la garantía, sin que conste la presentación de alegaciones por su parte.

La competencia para acordar la resolución del contrato y determinar sus efectos corresponde al órgano de contratación de acuerdo con los artículos 190 y 212 de la LCSP y 109 del RGLCAP.

Finalmente, a diferencia de la regulación anterior -que no establecía un plazo específico de duración del procedimiento-, el artículo 212.8 de la LCSP determina que el plazo máximo de resolución es de ocho meses, produciéndose en otro caso su caducidad, que a la fecha de este dictamen no se aprecia.

3ª.- El asunto sometido a consulta versa sobre la resolución del contrato de realización de diversas obras en el municipio de xxxx2 (obra 248, 5º lote), suscrito entre la Diputación Provincial de xxxx1 y qqqq, S.A.

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) del 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 del 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 no desvirtúan la causa de resolución analizada. Así lo corroboran los distintos informes incorporados al expediente y, en particular, los emitidos por la Dirección Facultativa el 20 de febrero de 2018, que señala que desde el principio el ritmo de trabajo era muy bajo y en el que insta a la Administración para que proceda a la resolución del contrato, y el de 11 de junio de 2018, en el que se analizan las causas de oposición a la resolución del contrato que invoca el contratista, que se desestiman de acuerdo con la argumentación que se ha transcrito en el antecedente tercero del dictamen.

De ello se desprende que, transcurrido el término previsto en el contrato para su realización, el 30 de diciembre de 2017, el contrato estaría incurrido 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 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 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 revela que no se trata de un "simple retraso", sino de un incumplimiento a él imputable por su pasividad culposa o negligente, y sobre el que los informes obrantes en el expediente descartan que esté motivado por razones técnicas imputables a deficiencias del proyecto. En este sentido, en la certificación final de liquidación emitida por la dirección de obra el 20 de agosto de 2018, consta que el importe de la obra ejecutada a esa fecha es de 10.864,28 euros y el importe pendiente es de 40.197,37 euros.

Favorece igualmente aquella conclusión la circunstancia de que la contratista procediera a la firma del acta de comprobación de replanteo el 16 de octubre de 2017 sin efectuar objeción alguna, al igual que efectuara con el pliego y el proyecto, integrantes de la documentación contractual, sin que hiciera constar en tal momento las indeterminaciones y omisiones que posteriormente denuncia. La necesidad de modificar el proyecto se ha planteado con fecha 22 de diciembre de 2017, es decir, 8 días antes del plazo fijado para la finalización de las obras contratadas y cuando el grado de ejecución, según el referido certificado de la dirección de obra, era escaso y resultaba a todas luces imposible el cumplimiento del plazo inicialmente pactado. Todo ello, sin perjuicio de las deficiencias en la ejecución de las obras que se ponen de manifiesto en el informe de la dirección de la obra de 20 de febrero de 2018 en las que, no obstante, la propuesta no incide para fundar la resolución del contrato, que solo centra en el incumplimiento del plazo de ejecución.



En definitiva, queda acreditado 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

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



**CONSEJO
CONSULTIVO**
DE CASTILLA Y LEÓN

Procede resolver el contrato de realización de diversas obras en el municipio de xxxx2 (obra 248, 5º lote), suscrito entre la Diputación Provincial de xxxx1 y qqqq, S.A.

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

LA SECRETARIA

EL PRESIDENTE

Fdo.- María A. García Fonseca

Fdo.- Mario Amilivia González