



Sr. S. de Vega, Presidente

Sra. Ares González, Consejera
Sr. Herrera Campo, Consejero y
ponente

Sr. Píriz Urueña, Secretario

La Sección Primera del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 20 de abril de 2023, ha examinado el *procedimiento de resolución del contrato celebrado entre el Ayuntamiento de xxxx y la empresa qqq1, S.L.*, y a la vista del mismo y tal como corresponde a sus competencias, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN 142/2023

I

ANTECEDENTES DE HECHO

El día 28 de marzo de 2023 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el expediente de resolución del contrato de las obras de "Construcción pistas de pádel cubiertas", celebrado entre el Ayuntamiento de xxxx y la empresa qqq1, S.L.

Examinada la solicitud y admitida a trámite el 30 de marzo de 2023, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 142/2023, 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 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. Herrera Campo.

Primero.- El 11 de enero de 2023 la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de xxxx acuerda la incoación del procedimiento de resolución del contrato de las obras de "Construcción pistas de pádel cubiertas", celebrado el 22 de julio de 2021 entre el Ayuntamiento y la empresa qqq1, S.L., por incumplimiento del plazo de ejecución del contrato, considerado por el pliego obligación esencial del mismo.



En dicho acuerdo se declara previamente la caducidad del anterior procedimiento incoado con el mismo objeto el 12 de julio de 2022 (cuyas actuaciones se conservan en lo procedente), y que aparecía precedido de los informes de la Secretaría y de la Dirección de Obra de 2 y 9 de marzo de 2022, respectivamente, destinados a acreditar el incumplimiento que se invoca. En el expediente constaban asimismo la solicitud de revisión excepcional de precios formulada por la empresa contratista el 23 de marzo de 2022, y el informe sobre la misma de la Dirección de Obra de 29 de marzo siguiente; el informe de la Secretaría del Ayuntamiento de 20 de julio de 2022, que cuantifica los daños y perjuicios causados por el incumplimiento en 123.460,95 euros; así como las alegaciones de oposición del contratista formuladas el 5 de agosto de 2022. En este procedimiento se emitió el Dictamen de este Consejo nº 621/2022, de 15 de diciembre, que declaró su caducidad por superación del plazo de resolución.

Segundo.- Concedido trámite de audiencia a la empresa contratista, presenta alegaciones el 9 de febrero de 2023 en las que se opone a la resolución contractual, por cuanto el Ayuntamiento, "sin resolver el contrato, ha sacado de nuevo a concurso el mismo contrato pero esta vez sí con las modificaciones que habíamos solicitado durante todo un año pues el proyecto era deficiente y con el incremento de precios que igualmente habíamos solicitado". Añade que el nuevo contrato lo está ejecutando ella misma.

Tercero.- El 14 de febrero de 2023 la Dirección de Obra emite informe sobre las alegaciones presentadas, en el que aclara que el nuevo contrato se adjudicó a qqq2, S.A., que subcontrató con qqq1, y pone de manifiesto las vicisitudes determinantes del incumplimiento de los plazos de ejecución del contrato cuya resolución se analiza.

Cuarto.- El 24 de marzo de 2023 se formula por la Secretaría informe propuesta de resolución del contrato por la causa expresada en el Acuerdo de inicio.

Quinto.- Por Decreto de la Alcaldía de 27 de marzo de 2023 se solicita dictamen a este Consejo y se suspende la tramitación del procedimiento hasta su emisión, lo que se notifica a la contratista el mismo día.

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.- El procedimiento de resolución contractual se regula en el artículo 191 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), 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 de la 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 Reglamento General de La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP) exige 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 contratista se formula en escrito de 9 de febrero de 2023. No consta la audiencia al avalista o asegurador prevista en el artículo 109.1.b) del RGLCAP, pero en este caso no se propone la incautación de la garantía.

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, no se aprecia la caducidad del procedimiento al no haber transcurrido el plazo máximo de resolución de tres meses previsto en el artículo 21.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones públicas (LPAC), precepto que es aplicable a la vista de la fecha del acuerdo de inicio del procedimiento, previa a la entrada en vigor de la Ley 1/2023, de 24 de febrero, de Medidas



Tributarias, Financieras y Administrativas, que eleva aquel plazo a 8 meses, a través de la modificación del apartado 2 de la disposición adicional primera de la Ley 1/2012, de 28 de febrero, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras.

3ª.- El asunto sometido a consulta versa sobre la resolución del contrato de obras de construcción de unas pistas de pádel cubiertas, celebrado entre el Ayuntamiento de xxxx y la empresa qqq1, S.L.

El debate de fondo se centra en el análisis de la concurrencia de la causa de resolución del contrato prevista en el artículo 211.1.d) LCSP, esto es, "La demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista".

El mismo precepto considera también como causa de resolución, "En todo caso, el retraso injustificado sobre el plan de trabajos establecido en el pliego o en el contrato, en cualquier actividad, por un plazo superior a un tercio del plazo de duración inicial del contrato, incluidas las posibles prórrogas".

En relación con este precepto debe traerse a colación el artículo 193.1 de la LCSP, 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". El apartado 3 del mismo artículo faculta a la Administración para optar entre la resolución del contrato o la imposición de penalidades diarias en la proporción de 0,60 euros por cada 1.000 euros del precio del contrato (IVA excluido) "Cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiere incurrido en demora respecto al incumplimiento del plazo total". A su vez, el apartado 4 del precepto determina que "Cada vez que las penalidades por demora alcancen un múltiplo del 5 por 100 del precio del contrato, IVA excluido, 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".

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 de 20 de marzo de 1989, 14 de julio de 1986, y 12 de marzo de 1992).

Como resulta del expediente, de acuerdo con los informes técnicos incorporados al mismo, existe un incumplimiento del plazo de ejecución de esta obra, fijado en 3 meses, pues las obras apenas comenzaron por causas imputables al contratista.

El informe de la Dirección de Obra de 14 de febrero de 2023 describe las dilaciones a las que se vio sometido el inicio de las obras y su normal desarrollo:

«1. Tal y como se indicó en el informe de esta Dirección de Obras de fecha 9 de marzo de 2022, para una obra que fue adjudicada con fecha 5 de julio de 2021 no se firma el Acta de Comprobación de Replanteo por causas únicamente imputables al contratista hasta el 6 de octubre de 2021.

»2. Es a partir de octubre cuando el contratista intenta desesperadamente modificar el contrato. Se comienza primero ofertando una solución de un vano en lugar de los dos de proyecto y, ante la negativa del Ayuntamiento a que se incrementara el precio del contrato con esa solución comienzan a indicar que la obra proyectada no es factible y que debe ser modificada.

»3. Esta D.O. indica al contratista que no parece serio que, tras tres meses desde la adjudicación, el contratista empezase a indicar en esas fechas las `supuestas deficiencias` del proyecto.

»4. Esta D.O. traslada al Ayto. que la obra proyectada es perfectamente ejecutable. En cualquier caso, le realiza consulta respecto a una posible modificación del contrato de forma que pudiese optimizarse de alguna forma la solución. (...).

»5. Con fecha 13 de octubre de 2021 se remite propuesta de modificación en el que se remite una nueva estructura ligeras modificaciones pero se solicita al contratista el cálculo y las cargas consideradas. (...).



»6. Con fecha 10 de diciembre de 2021 se remite informe con el cálculo. Se les solicita los ficheros de cálculo al utilizar esta D.O. el mismo programa de estructuras para comprobar que todo es correcto. (...).

»7. Ese mismo día y tras revisar los ficheros enviados por el contratista, esta D.O. le remite los siguientes comentarios. (...). A esto contesta el contratista: (...). Y responde esta D.O. [el 15 de diciembre] (...).

»8. Finalmente, con fecha 12 de enero de 2022 las modificaciones que propone el contratista, tras tres meses de supuesto estudio desde la firma del acta de comprobación de replanteo son: (...).

»Por lo tanto, todas las `deficiencias´ del proyecto que era inejecutable e inviable se reducen a modificar la solera de apoyo de las pistas de pádel pasando de un hormigón a uno convencional. Afinar ligeramente algún perfil metálico que podía ser menor y eliminar las vigas de atado de la cimentación. Y esta propuesta con un consumo de tiempo de tres meses”.

El mismo informe de la Dirección de Obra de 14 de febrero de 2023 descarta que puedan acogerse las alegaciones presentadas por la contratista para justificar la falta de ejecución de las obras, referidas a la licitación de un nuevo contrato que recoge las modificaciones e incremento de precios por ella propuestos. Señala al respecto lo siguiente:

“a. La tipología de la solución se ha modificado no siendo ya una cubierta autoportante como en la solución del proyecto inicial dado que los tensores pueden afectar al juego y se ha implementado una solución que carece de ellos que y estructuralmente funciona de otra forma. Por lo tanto, la solución no se ajusta a las modificaciones que indicaron ellos.

»b. Otra de las modificaciones que solicitaban era la eliminación de las riostras entre zapatas y éstas se mantienen. Por lo tanto, tampoco en este apartado se ha hecho caso al contratista.

»c. La solera se mantiene con hormigón convencional.

»d. Los precios se han actualizado debido al importante incremento de los precios que venimos padeciendo y a la modificación de la forma de trabajo de la estructura. Así como a un refuerzo de la alimentación



eléctrica solicitada por el Ayto. de cara a la realización de posibles eventos en fiestas aprovechando las instalaciones.

»e. No es cierto que esta D.O. lleve manteniendo durante un año y medio contactos con esta empresa dado que una vez indicó el Ayto. que se debía actualizar el proyecto para una nueva licitación no se ha vuelto a tener contacto con esta empresa respecto a este contrato.

»f. Que la nueva obra se contrató con qqq2, S.A., si bien es cierto que esta empresa ha subcontratado a qqq1 la ejecución de las mismas. Por lo tanto, a todos los efectos, es qqq2, S.A. y no qqq1 la empresa que está realizando las obras y, por tanto, la responsable ante el Ayto. de las mismas. Es más, qqq1, no se presentó a esta segunda licitación.

»g. En la nueva obra los contactos de esta D.O. han sido con el Jefe de Obra designado por qqq2, S.A. que, en un principio se comentó a esta D.O. que era de qqq2, S.A. y ha acabado siendo de qqq1, y con el delegado de obras de qqq2, S.A. Estos contactos han sido los precisos para llevar a cabo, no sin dificultad las obras definidas tras la actualización del proyecto y contratadas por tanto a qqq2, S.A.

»Por todo lo anterior es incorrecto lo alegado por qqq1 que es el único responsable a juicio de esta D.O. de la no ejecución de las obras contratadas”.

De acuerdo con las consideraciones anteriores, una vez transcurrido el término previsto en el contrato para su realización, 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.

En este caso, los informes técnicos consideran el incumplimiento del contratista como culpable, ya que no se trata de un "simple retraso", sino de un incumplimiento a él imputable por su pasividad culposa o negligente. En este sentido, la Dirección de Obra pone de manifiesto que lo que se ha producido realmente es una inejecución del contrato, pues las obras apenas comenzaron, pese a los requerimientos de la Administración para efectuar la comprobación del replanteo y la ejecución de las obras, que no fueron atendidos por el contratista alegando supuestas deficiencias del proyecto que lo hacían inviable.

Ahora bien, en este supuesto, hay que tener en cuenta además que, como señala el informe propuesta de la Secretaría, la cláusula 21.4 del PCAP considera obligación esencial que puede ser causa de resolución "El incumplimiento del plazo de ejecución, dado que es una actuación sometida a plazo, al estar subvencionada (...)".

Ello permite la resolución automática del contrato al amparo del artículo 211.1.f) de la LCSP, que contempla como causa para ello "El incumplimiento de la obligación principal del contrato.

»Serán, asimismo causas de resolución del contrato, el incumplimiento de las restantes obligaciones esenciales siempre que estas últimas hubiesen sido calificadas como tales en los pliegos o en el correspondiente documento descriptivo, cuando concurren los dos requisitos siguientes:

»1º Que las mismas respeten los límites que el apartado 1 del artículo 34 establece para la libertad de pactos.

»2º Que figuren enumeradas de manera precisa, clara e inequívoca en los pliegos o en el documento descriptivo, no siendo admisibles cláusulas de tipo general".

Como indicó el dictamen de este Consejo Consultivo nº 533/2012, de 22 de noviembre, con cita del Informe 12/2011, de 12 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, "la resolución por incumplimiento de obligaciones esenciales,



calificadas como tales en los pliegos o el contrato, podría ser apreciada de forma automática, en tanto que en resoluciones por incumplimientos graves del contratista, corresponde a la Administración, motivando su decisión, identificar y calificar dichos incumplimientos". (En el mismo sentido, Dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid nº 631/2011, de 16 de noviembre)".

En definitiva, a la vista de las consideraciones expuestas, cabe concluir que resulta procedente la resolución del contrato al amparo del artículo 211.1, letras d) y f) de la LCSP.

4ª.- Con carácter general, el incumplimiento culpable del contratista provoca, como efecto de la resolución, la incautación de la garantía constituida, en los términos previstos en el artículo 110.d) de la LCSP, 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 213.3 de la LCSP. Todo ello sin perjuicio de la liquidación de la obra ejecutada que proceda conforme al artículo 246.1 de la LCSP: "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 213.3 de la LCSP 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".



En atención a las circunstancias que puedan afectar a la financiación del contrato, cabe citar finalmente, el Dictamen del Consejo de Estado 1.450/2003, de 26 de junio, según el cual "Para la concreta determinación de los daños y perjuicios, sin embargo, deberá incoarse un expediente contradictorio con audiencia al contratista a fin de que se individualicen los daños sufridos por el Ayuntamiento con cuantificación de los correspondientes perjuicios, incluyendo como partidas computables las subvenciones que la Entidad Local Menor haya podido perder como consecuencia de los retrasos imputables al contratista en la ejecución de las obras".

En todo caso, en el supuesto planteado debe tenerse en cuenta que no se ha propuesto la incautación de la garantía (ni se dio por ello audiencia al avalista o asegurador), por lo que el crédito que corresponda a la Administración en concepto de una eventual indemnización de daños no podrá satisfacerse con cargo a aquella.

III CONCLUSIONES

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

Procede resolver el contrato de obras de "Construcción pistas de pádel cubiertas", celebrado entre el Ayuntamiento de xxxx y la empresa qq1, S.L.

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