



Sra. Salgueiro Cortiñas, Presidenta

Sr. Estella Hoyos, Consejero y Ponente

Sr. Fernández Costales, Consejero

Sr. Pérez Solano, Consejero

Sr. Quijano González, Consejero

Sr. Nalda García, Consejero

Sr. Besteiro Rivas, Secretario

La Sección Primera del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Valladolid el día 18 de diciembre de 2003, ha examinado el *expediente de resolución de contrato de obras suscrito por la Diputación Provincial de xxxxxxxx con la sociedad mercantil "xxx xxxxxxxx x xxxxxxxx, 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 24 de noviembre de 2003 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el expediente de resolución de contrato de obras para la *"renovación de redes de abastecimiento de agua y saneamiento en xx xxx xxxx, xx xxxxx, xxxxxxxx y otras, de xxxxxxx (xxxxxxx), nº xxxxx xxx"*, suscrito por la Diputación Provincial de xxxxxxxx y la compañía *"xxx xxxxxxxx y xxxxx, S.L."*.

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 28 de noviembre de 2003, se procedió a darle entrada en el Registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 2/2003, iniciándose el cómputo del plazo para su evacuación, tal como dispone el artículo 53 del Decreto 102/2003, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo. Turnado por la Sra. Presidenta del Consejo, correspondió su Ponencia al Consejero Sr. Estella Hoyos.



Primero.- El 18 de noviembre de 2002 se suscribe entre la Diputación Provincial de xxxxxxxx y la empresa xxx xxxxxxxx y xxxxxxxxxxxx, S.L. un contrato de obras para la Renovación de las redes de abastecimiento de agua y saneamiento en xx xxx xxxx y otros de xxxxxxxx (xxxxxx).

El precio del contrato es de 67.013,23 €. El contratista constituyó una garantía definitiva a favor de la Administración por importe de 2.680,53 € (aval de xxxxxxxx). El plazo total de ejecución de las obras se fijó en 4 meses.

Segundo.- El 7 de febrero de 2003 se firma un Acta de reinicio de las obras, señalándose en la misma que el plazo de ejecución de las obras empezará a contarse desde el día siguiente a dicha fecha.

Tercero.- El 25 de agosto de 2003 la empresa contratista recibe escrito del Director de la obra en que éste le comunica que ha finalizado el plazo de ejecución sin haberse realizado la totalidad de las obras por causas a ella imputables, estando pendiente de ejecutar el extendido del pavimento de aglomerado asfáltico en caliente; se insta además a la contratista a que concluya las obras pendientes en el plazo de veinte días.

Cuarto.- La contratista manifiesta su disconformidad con la anterior comunicación en sucesivos escritos (27 de agosto, 15 y 29 de septiembre, de 2003), en los cuales manifiesta resumidamente lo siguiente:

a) Que el retraso en la ejecución no es culpa de la empresa, sino que se debe a controles de calidad ordenados por la Dirección de la obra, a la introducción de unidades de obra no recogidas en proyecto o a su aumento, a que dicha Dirección ha condicionado el comienzo de unidades de obra a la finalización de obras no vinculadas con ellas, y a que no se han certificado ciertas unidades y ello produce falta de liquidez a la contrata.

b) Que se efectúe la Recepción parcial de todas las unidades de obras realizadas.

c) Que se certifiquen unidades de obra ya realizadas.

d) Que se revisen en alza ciertos precios contradictorios.



e) Que para llevar a cabo el asfaltado deben realizarse antes ciertas unidades de obra no contempladas en el proyecto (previo riego de imprimación; limpieza y barrido; cortes en el asfalto; rebaje alrededor de los sumideros; bacheo de algunas zonas; acondicionamiento de la xx xx xxxxxx con xxxxxxx) y que antes han de fijarse los precios contradictorios correspondientes.

En los escritos señalados, se trasluce la posibilidad de que la empresa contratista efectúe subcontrataciones. Al respecto, este Consejo advierte que en la cláusula séptima del contrato se establece que el contratista no podrá subcontratar la obra sin autorización expresa de la Administración contratante. Por tanto, las subcontrataciones que se realizaran prescindiendo de este requisito, podrían dar lugar a causa de resolución por incumplimiento de cláusula contractual.

Quinto.- El 30 de septiembre de 2003 el Director de obra emite informe en el que contesta a las alegaciones de la empresa relativas a la necesidad de trabajos previos al asfaltado, exponiendo en síntesis lo siguiente:

a) Que todos los retrasos producidos en la ejecución se deben a la mala planificación y mala ejecución de la obra por parte del contratista, de modo que los incrementos de precios que puedan solicitar los subcontratistas habrán de negociarse y abonarse por el contratista.

b) Que no son procedentes las unidades adicionales previas al asfaltado que indica la empresa contratista.

c) Que todo ello ya se le comunicó a la empresa en la reunión del 12 de septiembre de 2003.

Sexto.- El 14 de octubre de 2003 el Presidente de la Diputación Provincial de xxxxxxx dispone la iniciación del procedimiento de resolución del contrato de obras que nos ocupa.

Séptimo.- El 20 de octubre de 2003 reciben notificación del trámite de audiencia en el expediente de resolución de contrato tanto la empresa contratista como xxxxxxxxxx.



Octavo.- Por escrito de 29 de octubre de 2003 la empresa efectúa alegaciones, en las que señala lo que sigue:

a) Que la obra está terminada, faltando sólo extender el pavimento de aglomerado asfáltico en caliente.

b) Que antes de proceder a este último trabajo, es preciso ejecutar determinadas unidades de obra no previstas en el proyecto y respecto a las cuales, deben fijarse precios contradictorios, suspendiéndose entre tanto el plazo de ejecución de la obra.

c) Que la resolución del contrato es improcedente, al no existir culpa del contratista; y que la jurisprudencia dice que el mero retraso en ejecutar la obra no es causa de resolución cuando hay discrepancias en el ajuste de precios de partidas no incluidas en el proyecto.

d) Que la jurisprudencia establece que la resolución de los contratos es una medida extrema, aplicable sólo en caso de voluntad rebelde al cumplimiento, lo cual no se da en este caso, y menos cuando la obra está prácticamente finalizada.

Termina la empresa suplicando que se proceda a la fijación de precio para las unidades de obra no previstos en el proyecto, suspendiendo entre tanto el plazo de ejecución de la obra, y declarando improcedente la resolución del contrato.

Noveno.- El 12 de noviembre de 2003 el Oficial Mayor de la Secretaría General de la Diputación Provincial de xxxxxxxx emite informe en el cual se muestra conforme con la resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista, con incautación de la garantía definitiva, estimando además que procede la indemnización de daños y perjuicios a la Administración en lo que excede de la garantía incautada.

En tal estado de tramitación, V. E. dispuso la remisión del expediente al Consejo Consultivo de Castilla y León para dictamen.



II CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1ª).- El Consejo Consultivo de Castilla y León dictamina en virtud de lo dispuesto en el artículo 4.1.h) 3º y 19.2 de la Ley 1/2002, de 9 de abril, reguladora del Consejo Consultivo de Castilla y León, así como en los artículos 59.3.a) y 96.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio). La Sección Primera del Consejo Consultivo es competente para la emisión del preceptivo dictamen, a tenor de lo establecido en el Acuerdo del Pleno de 30 de octubre de 2003, por el que se determina el número, orden, composición y competencias de las secciones.

2ª).- En cuanto al procedimiento administrativo seguido para la instrucción del expediente se hacen las siguientes observaciones en relación a los requisitos del procedimiento para la resolución de contratos fijados en el artículo 109.1 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre:

- Consta en el expediente el cumplimiento del trámite de audiencia por plazo de diez días naturales al contratista y a la entidad avalista (folios 38 y 39).

- El informe del Servicio Jurídico al que se refiere la letra c) del precepto citado, no sería preciso, pues es caso excluido de tal trámite el previsto en el art. 96 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Efectivamente, conforme al apartado 1 de éste, en el supuesto de demora en la ejecución, el órgano de contratación acordará la resolución sin otro trámite preceptivo que la audiencia del contratista y, cuando se formule oposición por parte de éste, el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente. Aún así, consta en el expediente (folios 55 y 56) informe del Oficial Mayor de la Secretaría General de la Diputación Provincial de xxxxxxx (cabe recordar aquí que, según la regla 4ª del art. 113 del Texto Refundido de Régimen Local de 18 de abril de 1986, para la aplicación a las Entidades Locales de la legislación estatal sobre contratación administrativa, los informes que la Ley asigna a las Asesorías Jurídicas se evacuarán por la Secretaría de la Corporación).



- El trámite previsto en la letra d) del apartado 1 del artículo 109 señalado se cumple con el presente dictamen.

Por último, aunque en el expediente no figura la correspondiente propuesta de resolución, cabe considerar incluida ésta en el informe ya citado del Oficial Mayor de la Diputación, que estima procedente acordar la resolución por incumplimiento culpable del contratista con incautación de la garantía definitiva. A este respecto, cabe recordar que en la legislación de régimen local se prevén expresamente informes redactados en forma de propuesta de resolución (artículo 175 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, de 28 de noviembre de 1986). Aunque el repetido informe no adopta propiamente la forma de una propuesta de resolución (hechos, fundamentos jurídicos y parte dispositiva), este Consejo, por el motivo expuesto, considera que en el mismo puede entenderse formulada aquélla.

3ª).- En cuanto al fondo de la cuestión planteada, estima el Consejo Consultivo que es procedente la resolución del contrato.

La causa invocada por la Diputación Provincial de xxxxxxxx es que el plazo de ejecución del contrato ha finalizado y la obra no se ha acabado de ejecutar. Se está hablando en definitiva de demora en el cumplimiento del plazo total. Aunque tanto la Resolución de inicio del expediente de 14 de octubre de 2003, como el informe del Oficial Mayor, aluden genéricamente al artículo 111 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, sin especificar la letra que concreta la causa para resolver, es claro que se están refiriendo al motivo expresado, que es el que desencadena el procedimiento que nos ocupa.

La demora en el cumplimiento del plazo total es causa de resolución de los contratos administrativos prevista en los artículos 95.3, 96.1 y 111 e) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. A mayor abundamiento se contempla en la cláusula vigésimosexta del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato que nos ocupa (folio 12). Los requisitos para que se de esta causa de resolución son:

- a) Que el plazo total de ejecución haya terminado.
- b) Que la obra no esté finalizada.
- c) Que el contratista haya incurrido en la demora por causas imputables al mismo.



El primer requisito se cumple, pues conforme a la cláusula quinta del citado Pliego el plazo total de ejecución era de 4 meses, los cuales, debido a que el Acta de comprobación de replanteo fue negativa, comenzaron a contarse desde el día siguiente al de la fecha del Acta de reinicio de las obras, 7 de febrero de 2003 (folio 15). El plazo total acabó, pues, el 7 de junio de 2003, sin que conste en el expediente prórroga alguna del mismo.

El segundo requisito también se cumple, ya que la obra no ha acabado de ejecutarse. Ambas partes están de acuerdo en que falta la ejecución del extendido del pavimento de aglomerado asfáltico. Aunque no se deduce de la documentación remitida a este Consejo el volumen de obra que respecto al conjunto del proyecto supone esta última fase, entendemos que tiene un carácter esencial, dado que ambas partes están de acuerdo en que no se ha realizado y que su ejecución es necesaria para tener por finalizado todo el proyecto. Por otro lado, si su importancia fuese realmente menor, no se habría suscitado el problema que nos ocupa, y la discusión sobre los posibles trabajos previos y sus correspondientes precios contradictorios no sería tan enconada.

El tercer requisito antes señalado es que el contratista haya incurrido en demora por causas imputables al mismo (art. 95.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas). Este Consejo Consultivo entiende que este requisito se cumple en el presente caso, a la vista de la documentación obrante en el expediente y de las circunstancias que en ella se revelan. Este juicio quedará más explicado a continuación, examinando las alegaciones efectuadas por la empresa contratista en el trámite de audiencia (folios 42 a 47).

Primero dice que la obra está prácticamente terminada a falta únicamente de ejecutar el extendido del pavimento de aglomerado asfáltico. Aquí, lo cierto es que la obra no está totalmente ejecutada, y que, por los motivos arriba expuestos, esa falta de ejecución es grave y con relevancia suficiente para desembocar en una resolución del contrato.

En segundo lugar alega la contratista que antes de proceder al extendido del pavimento de aglomerado asfáltico es preciso ejecutar diversas obras no recogidas en el proyecto, por lo que previamente deberían establecerse los correspondientes precios contradictorios, suspendiéndose mientras tanto el plazo de ejecución de la obra. Se invocan los artículos 158 y 159 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y se cita jurisprudencia relativa al caso en que sobrevengan alteraciones en la materialización del proyecto. A continuación (alegación tercera), argumenta la



empresa que la resolución del contrato es improcedente, al no existir culpa por su parte; trae a colación además una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada), de 18 de mayo de 1999, según la cual no puede imputarse la demora a la contrata cuando en el acto de replanteo se recogen nuevas unidades a ejecutar con incidencia en la obra contratada por el mayor coste que suponían.

Las anteriores alegaciones no exoneran a la empresa contratista de cumplir su obligación de ejecutar toda la obra. Esto es así, porque la Dirección de la obra manifestó con claridad que esos trabajos previos, que la empresa dice que hay que realizar antes del asfaltado, no son procedentes. El informe de 30 de septiembre de 2003 del Director de obra (folios 34 y 35) explica con precisión los motivos por los que no es necesario realizar esos trabajos previos. Por lo tanto, si no son procedentes los mismos, tampoco hay que fijar precio contradictorio alguno. Solamente queda ejecutar el extendido del asfalto conforme al proyecto, a cuya ejecución se comprometió la empresa al firmar el contrato. Téngase en cuenta que ya se requirió a la empresa a ejecutar esa parte final del proyecto mediante escrito de 20 de agosto de 2003, dando un plazo de 20 días para ello, a contar desde que se recibiera la notificación, lo cual ocurrió el día 25 del mismo mes. Debe valorarse además que el informe mencionado señala expresamente (párrafo final) que ya se comunicó al contratista que no eran procedentes esos trabajos previos en la reunión que con él se tuvo en el Ayuntamiento de xxxxxxxx el 12 de septiembre de 2003, en presencia del Alcalde. Entiende este Consejo que no son de recibo las alegaciones del contratista, cuando clara y reiteradamente la dirección de obra le conminó a ejecutar el asfaltado y le manifestó que no era necesario hacer para ello hacer ningún trabajo previo. Esto es más relevante aún en la medida en que lo que la Dirección de obra pide que se ejecute es un parte del proyecto. Habría otros matices en el caso, si se hubiera ordenado por aquélla la ejecución de unidades de obra no previstas en el proyecto, o la realización de unidades con modificaciones respecto al mismo, especialmente si todo ello implicara un aumento de presupuesto. Pero no es este el caso, pues se requiere el cumplimiento de lo pactado.

En la cuarta alegación de su escrito el contratista señala que la resolución de los contratos es una medida extrema, aplicable únicamente cuando existe una voluntad rebelde al cumplimiento del mismo, que no existe en el presente caso, menos aún cuando la obra está prácticamente finalizada. Se cita, en apoyo de lo anterior, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, de 2 de septiembre de 1998 (Sala de lo Contencioso-Administrativo).



En cuanto al argumento de que la obra está prácticamente finalizada, nos remitimos a lo dicho más arriba en cuanto al carácter esencial de la parte de obra inconclusa. Respecto a la voluntad rebelde al cumplimiento del contrato, este Consejo entiende que la sucesión de hechos revelan que la empresa no ha querido ejecutar la parte final del proyecto, pues, instada a ello, se ha negado arguyendo la necesidad de realizar trabajos previos y fijar precios contradictorios, manteniendo su postura a pesar de que la Dirección de obra le replica que no son necesarios esos trabajos y, por tanto, no hay que fijar ningún precio contradictorio. Y, por si hubiera alguna duda, las propias alegaciones en el expediente de resolución demuestran que se sigue sosteniendo tal postura, pese a la posibilidad real de que se resuelva por esta causa el contrato. En definitiva, la empresa demuestra con esta actitud que no quiere cumplir, basándose en razones suficientemente rebatidas por la Administración, las cuales además no han sido contestadas por aquélla (téngase en cuenta que en su escrito de alegaciones no se da un solo argumento técnico que intente replicar los argumentos dados por la Dirección de obra sobre la no necesidad de efectuar trabajos previos al asfaltado).

En conclusión, por lo expuesto hasta aquí, la causa de la demora es imputable al contratista.

Sentado lo anterior, hay que manifestar que, aparte de resolverse el contrato, debe acordarse la pérdida de la garantía constituida por el contratista puesto que el hecho que ha motivado la resolución contractual es imputable a la adjudicataria. Ésta queda, además, constituida en la obligación de indemnizar los posibles daños y perjuicios causados a la Administración, en lo que excedan del importe de la garantía incautada, de acuerdo con el artículo 113.4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, conforme a lo dispuesto en el art. 113 de su Reglamento General, todo ello sin perjuicio de que la adjudicataria tenga derecho a que se le abonen los trabajos ejecutados que fueren de recibo, para lo cual los trabajos, deberán recibirse y liquidarse, compensándose, en su caso, hasta la cuantía concurrente, el importe de dichos trabajos con el de la indemnización por los daños y perjuicios producidos que hubiere de abonar a la adjudicataria a la Administración, si éstos excedieren del importe de la garantía incautada.



III CONCLUSIONES

En mérito de lo expuesto, el Consejo Consultivo de Castilla y León dictamina favorablemente la propuesta de acuerdo por el que se resuelve el contrato de obras para la *renovación de redes de abastecimiento de agua y saneamiento en xx xxx xxxx, xx xxxxxx, xxxxxx y otras, de xxxxxx (xxxxxxxx), nº xxxxx xxxxx*, suscrito por la Excm. Diputación Provincial de xxxxxxxx y la compañía "*xxx xxxxxxxx y xxxxxxxx, S.L.*", por entender que resulta conforme con el ordenamiento jurídico.

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