



Sra. Salgueiro Cortiñas, Presidenta

Sr. Estella Hoyos, Consejero

Sr. Fernández Costales, Consejero

Sr. Pérez Solano, Consejero

Sr. Quijano González, Consejero y
Ponente

Sr. Madrid López, Consejero

Sr. Nalda García, Consejero

Sr. Sobrini Lacruz, Secretario

La Sección Primera del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 12 de abril de 2007, ha examinado el *expediente relativo a la resolución del contrato de obras suscrito por el Ayuntamiento de xxxxx con la UTE eeeee*, 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 15 de noviembre de 2006 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *expediente relativo a la resolución del contrato de obras suscrito entre el Ayuntamiento de xxxxx y la UTE eeeee, para la construcción de la piscina municipal descubierta e instalaciones complementarias*.

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 16 de noviembre de 2006, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 1122/2006, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, previa ampliación de éste, tal como dispone el artículo 53 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo, aprobado por el Decreto 102/2003, de 11 de septiembre. Turnado por la Sra. Presidenta del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Quijano González.

Primero.- Previa tramitación del correspondiente expediente, el 31 de marzo de 2006 el Pleno del Ayuntamiento de xxxxx acuerda adjudicar el contrato para la realización de las obras de la piscina municipal descubierta e



instalaciones complementarias a "eeeee", formalizándose el contrato el 31 de mayo de 2006.

Contrato del que interesa destacar las siguientes cláusulas:

»Segunda.- El precio de este contrato es de 591.692,21 € quinientos noventa y un mil seiscientos noventa y dos euros con veintiún céntimos.

»El pago será abonado mediante transferencias al contratista contra certificaciones mensuales de la dirección de obra, previos los trámites contables establecidos en las disposiciones vigentes.

»El precio acordado no se encuentra sujeto al régimen de revisión de precios.

»Tercera.- El plazo de ejecución de obras es de seis meses, contados desde el día siguiente a la firma del acta de comprobación del replanteo. El plazo de comprobación del replanteo será de ocho días desde la fecha de la firma del contrato.

»Si el adjudicatario, por causas imputables al mismo, incurriera en demora en la entrega, la administración podrá optar por la resolución del contrato con pérdida de la garantía o por la imposición de las penalidades previstas en el artículo 95 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

»El plazo de garantía es de treinta y seis meses, contado desde la recepción de las obras.

»(...).

»Sexta.- Por parte del contratista adjudicatario se manifiesta la expresa sumisión a la legislación de contratos de las Administraciones Públicas y al Pliego de Cláusulas Administrativas Generales".



Y del “Pliego de Cláusulas administrativas particulares que habrá de regir las condiciones del contrato de obras cuya adjudicación se tramita por concurso público por procedimiento abierto”, las siguientes:

“10^a. Comprobación del replanteo

»Las obras entrarán en periodo operativo a partir del día siguiente a aquél en que se comuniqué al adjudicatario la orden de comienzo de obra.

»El plazo de comprobación del replanteo será de ocho días desde la fecha de formalización del contrato, salvo casos excepcionales justificados.

»(...).

»23^a. Cumplimiento del contrato

»23.1 El contrato no se entenderá cumplido por el contratista hasta que no haya realizado la totalidad de su objeto, ejecutándose a su riesgo y ventura.

»23.2 El incumplimiento por el contratista de cualquier cláusula contenida en el contrato, autoriza a la Administración para exigir su estricto cumplimiento, o bien acordar la resolución del mismo.

»23.3 Cuando el contrato se resuelva por culpa del contratista, le será incautada la fianza y deberá, además, indemnizar a la Administración de los daños y perjuicios.

»23.4 Las causas de resolución del contrato serán las determinadas en el artículo 111 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

»23.5 El contratista está obligado a guardar sigilo respecto de los datos o antecedentes que, no siendo públicos o notorios, están relacionados con el objeto del contrato, de los que tenga conocimiento con ocasión del mismo.



»24ª. Deberes del contratista

»El contratista tendrá, además de las obligaciones comprendidas en el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, y demás normas concordantes, aquellas que figuran en los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas.

»(...).

»26ª. Régimen jurídico

»En lo no previsto en este Pliego de Condiciones, se aplicarán los preceptos del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas: Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas; Ley 7/85, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local; Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones vigentes en materia de Régimen Local; así como las demás disposiciones concordantes, en especial el Pliego de Cláusulas Administrativas Generales para la contratación de Contratos del Estado”.

Segundo.- El 8 de junio de 2006 se lleva a cabo la comprobación del replanteo con la asistencia de los representantes del Ayuntamiento y de la contratista y del director de la obra, levantándose la correspondiente acta en la que consta:

“(...) por el facultativo Director se pone de manifiesto:

»1.- Que existe disponibilidad de los terrenos precisos para la normal ejecución de las obras, así como las licencias, autorizaciones y concesiones administrativas precisas que permitan la iniciación de las obras.



»2.- La realidad geométrica y viabilidad de las obras definidas en el proyecto, así como la idoneidad de los terrenos, no existiendo impedimentos o servidumbres que puedan afectar al desarrollo de las obras.

»No existiendo reserva por parte del Contratista, el facultativo Director autoriza el inicio de las obras, empezando a contar el plazo de ejecución de las mismas desde el día siguiente al de la firma de la presente acta, quedando en este acto notificado el Contratista de este extremo.

»Y para que así conste se extiende la presente acta que en prueba de conformidad, los asistentes al acto firman el quintuplicado ejemplar, en el lugar y fecha arriba indicados”.

Tercero.- Consta en el expediente un informe, de 26 de septiembre de 2006, del arquitecto municipal, director de obra, en el que como antecedentes se relatan los siguientes:

“A finales del mes de julio uno de los representantes de la empresa vvvvv llamó al Sr. Alcalde para solicitarle una reunión en la que estuviera presente la Dirección Facultativa de las obras (arquitecto y aparejador), ya que querían comentar algunos aspectos sobre el proyecto. El día 8-AGO-06 se celebra en el Ayuntamiento la reunión, en la que nos manifiestan que el proyecto –a su entender– tiene una serie de deficiencias e incumplimiento de la normativa de piscinas por lo que era necesario realizar modificaciones sustanciales al mismo; pregunté a qué cantidad estimaban que podían ascender los cambios que ellos pensaban y nos dicen que sobre 500.000 €. Ante nuestra sorpresa y al decirles que nos parecía totalmente desproporcionado quedaron en enviar un listado detallado con las modificaciones que –según ellos– habría que realizar en el proyecto. También manifestamos que las modificaciones a ejecutar deberían quedar siempre dentro del 10% de liquidación del presupuesto de adjudicación.

»El día 17-AGO-06 celebramos otra reunión en la que nos presentan un documento con el siguiente contenido:

» Aspectos que no contempla el proyecto que exige la normativa higiénico-sanitaria para piscinas de uso público de Castilla y León:



»- En plano figuran 3 pediluvios, en mediciones sólo las duchas.

»- Se requiere separación de la piscina de adultos de la de los niños (no tenemos vaso de chapoteo).

»- Necesidades de ejecución y mejoras propuestas:

»- Referente a los equipos de la piscina, el cálculo y el dimensionado de los mismos no cumple ninguno de los aspectos que se contemplan en la normativa: proponen aumentar 2 filtros, lo que supone triplicar el dimensionado de las tuberías, válvulas y accesorios, así como la masa filtrante. Además, serían necesarias 2 electrobombas y recomendable una electrobomba auxiliar.

»- Se requiere un cuadro de mando de control y protección para dos electrobombas, con arranques progresivos, con protección de seguridad por falta de agua, hidronivel, etc., que no figura en mediciones.

»- En el equipo automático de control y dosificación no se incluyen los tres depósitos de hipoclorito sódico, etc., ni las respectivas bombas.

»- Como consecuencia de modificar el equipo de depuración se requiere un cuarto para alojar los equipos acorde a las nuevas dimensiones de los mismos.

»- Para garantizar un buen comportamiento del vaso de la piscina, son necesarios unos muros con un espesor mínimo de 20 cm, y no de 15 cm como figura en proyecto. Asimismo, para la losa del vaso de la piscina se requiere un espesor mínimo de 25 cm y no de 15 cm.

»- Además del incremento en el espesor del gunitado también es necesario aumentar el armado de los muros y la losa.

»- Se propone cambiar la ejecución de la canaleta perimetral de la piscina, cambiar la de ladrillo que figura en proyecto por la ejecución de la misma por hormigón gunitado.



»- También proponen realizar el depósito de compensación mediante gunitado en vez de la solera y muros con impermeabilización que figura en proyecto.

»· Partidas que no figuran en proyecto:

»- Red de toma de tierra para piscina.

»- La instalación prevista de electricidad para el equipo de filtrado queda obsoleta.

»- En medición, las montantes son de polietileno, lo cual no tiene sentido si el resto de la instalación la vamos a hacer en polipropileno.

»- No hay nada definido en lo referente a la instalación de megafonía.

»- En la medición se hace referencia a un programador electrónico para el riego por aspersión, pero habría que instalar una electroválvula por cada uno de los ramales.

»- En mediciones falta la albardilla perimetral de la piscina, el rodapié de acero inoxidable en edificios que figura en la memoria, la ejecución de la escalinata de obra en uno de los vasos circulares y el muro frontal en la entrada del recinto.

»- En mediciones no hay referencia a la pintura interior del edificio, ni se prevé encachado debajo de los edificios, no hay partida de señalización del edificio.

»· Partidas que aparecen en proyecto pero que la medición no es acorde con el proyecto o que no es acorde con las necesidades de las instalaciones.

»- La cubierta de panel sandwich requiere según memoria del proyecto un espesor de 50 mm, mientras que en la medición figura de 30 mm.



»- Los muros vienen en la medición de 2,55 m y en realidad le faltan 20 cm de la solera.

»- Faltan los kilos de acero de las placas de anclaje de los pilares de la estructura metálica de los edificios.

»- Faltan perfiles de remate superior LF 100.5, con un montante de 430,85 kg.

»- Falta medición en el doble tablero hidrófugo de alta densidad para el suelo de los edificios.

»- En medición faltan dos subcuadros y un cuadro de fuerza para la cafetería que sí figuran en la memoria.

»- También falta una puerta de acceso a la verja de la piscina, 5 bolardos, una luminaria, así como definición de dos jardineras y toboganes, que sí están en medición.

»- Falta medición en la impermeabilización de muros.

»- No se hace referencia de las instalaciones de la cafetería: extracción de la sala, equipo de calefacción, como bomba de calor, o climatización del local.

»- En el esquema de principio y detalles de la instalación de fontanería y saneamiento hay dos termoacumuladores no reflejados en medición.

»- Sólo se presupuestan dos papeleras.

»- Falta la barandilla que rodea la escalera de bajada de sótano.

»Quedamos en estudiarlo y les propuse la reducción de la superficie y de la profundidad de los vasos circulares de la piscina, así como disminuir la superficie de la cafetería, e incluso se planteó la posibilidad de disminuir también la superficie de playa para, sin cambios no sustanciales del



proyecto, poder acometer las partidas que estaban en planos pero no en medición y siempre con el objetivo de no superar el 10% de liquidación del presupuesto de adjudicación.

»Con fechas 29-AGO-06, 5 y 13-SET-06 enviaron al aparejador sendos correos electrónicos con nuevos listados de mediciones, pero sin valorar.

»Con fecha 14-SET-06 celebramos una nueva reunión, y los representantes de la empresa mantienen que con los cambios propuestos por mí, no les encaja la obra, insistiendo en que es necesario un modificado del proyecto, a lo que contestamos que no ya que entiendo que es posible realizar el proyecto.

»Con fecha 14-SET-06 mantuvimos la última reunión en la que la empresa vvvv nos propone sustituir varios materiales por otros (ladrillo cara vista en vez de los paneles cerámicos de la fachada ventilada del edificio, paneles de pladur por los paneles prefabricados en vestuarios y aseos, cambio del sistema de depuración, eliminación de casi toda la playa, etc...) por lo que rechacé la propuesta al considerar que suponía una distorsión del proyecto inicial y expuse que no introduciríamos cambios en el proyecto y que ejecutaríamos lo previsto en él con los ajustes y las modificaciones que pudieran surgir en el transcurso del desarrollo de las obras, de modo que si había una partida necesaria pero no presupuestada, como por ejemplo las placas de anclaje o cualquier otra, se redactaría el precio contradictorio correspondiente para su medición y posterior abono al contratista siempre dentro del 10% de liquidación del presupuesto de adjudicación, por lo que llegados a este punto planteamos que sólo habría dos opciones:

»1ª) comenzar las obras de inmediato.

»2ª) si a la empresa no le interesaba que renunciase.

»Preguntaron que sería amistosamente a lo que yo manifesté que entendía que sí, y quedaron en llamar al día siguiente para dar la respuesta.



»Al día siguiente, 15-SEP-06, el representante de la empresa vvvvv llamó al Sr. Alcalde para decirle que renunciaban, por lo que se le pidió que lo solicitasen por escrito.

»El día 18-SEP-06 un representante de la empresa habló con el Sr. Secretario y también le manifestó que renunciaban a la ejecución de la obra, pero de mutuo acuerdo, indicándole éste que en todo caso se incautaría la fianza.

»Posteriormente, no conozco la fecha, llamó un representante de la otra empresa (ttttt) de la U.T.E., solicitando una entrevista para el día 26-SEP-06, en la que manifestaron que su intención era comenzar las obras ya que habían acordado que a partir de ahora la gerencia y representación de la U.T.E. estaría en miembros de ttttt; preguntados cuándo comenzarían (ya que han transcurrido dos meses de los seis de plazo total) nos dicen que dentro de quince días, por lo que les indico que lo mejor sería que fuesen cuanto antes para aprovechar el buen tiempo para ejecutar rápidamente las excavaciones y los vasos de las piscinas y los cimientos antes de que comiencen las lluvias, pero mantienen que no es posible antes de quince días y que esperan poder acabar las obras en plazo (finaliza el 8-DIC-06)".

En dicho informe se concluye estimando "que procede la resolución del contrato".

Cuarto.- El Secretario del Ayuntamiento emite un informe, de 27 de septiembre de 2006, sobre el procedimiento a llevar a cabo para la resolución del contrato.

Quinto.- El Pleno del Ayuntamiento, en sesión celebrada el 29 de septiembre de 2006, acuerda:

"Primero. Que se incoe el procedimiento para acordar si procede la resolución del contrato para la ejecución de las obras de construcción de piscina municipal descubierta e instalaciones complementarias, lo que conllevaría la correspondiente incautación de la garantía y el resarcimiento de daños y perjuicios, si los hubiere, y no fuese suficiente la citada garantía.



»Segundo. Dar audiencia al contratista por un plazo de diez días desde la notificación de esta resolución, y al avalista o asegurador por el mismo plazo, a los efectos de que presenten las alegaciones que consideren convenientes.

»(...).

»Cuarto. Que como medida cautelar se requiera al contratista para que se abstenga de entrar en los terrenos e iniciar cualquier trabajo relacionado con las obras adjudicadas y no iniciadas a esta fecha”.

Dicho acuerdo es notificado el 9 de octubre de 2006 a “UTE eeeee”, tttt y vvvv, y a la avalista, sssss. Igualmente consta en el expediente que la notificación del acuerdo es remitida el 8 de octubre de 2006 al también avalista bbbbb, sin que obre en aquél el correspondiente acuse de recibo.

Sexto.- El 19 de octubre de 2006, la UTE presenta un escrito en el que manifiesta su oposición a la resolución del contrato y alega que no existieron plazos parciales y sólo una presunción de que no se cumplirá el plazo final, que el acuerdo notificado resulta nulo al contravenir el Ayuntamiento sus propios actos, la resolución por mutuo acuerdo, y que está legitimada para resolver el contrato conforme a los apartados d) y e) del artículo 149 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

En dicho escrito concluye solicitando que se “dicte resolución por la que se anule el Acuerdo por el que se acuerda la iniciación del expediente de resolución del contrato que nos ocupa y acuerde la resolución del contrato por mutuo acuerdo”.

Séptimo.- El Secretario del Ayuntamiento, con el Vº Bº del Alcalde, emite un certificado, de 20 de octubre de 2006, en el que consta:

“(…) notificados el contratista y el avalista o asegurador sssss y bbbbb, se les dio un plazo de diez días para realizar alegaciones y presentar documentos y justificaciones que estimaran pertinentes.

»Durante dicho período se han presentado las siguientes alegaciones por el contratista:



»- N.º de registro de entrada 1026: Nombre y apellidos: ggggg, gerente de la UTE eeeee

»Durante dicho período se han presentado las siguientes alegaciones por el avalista o asegurador:

»- No se han presentado alegaciones”.

Octavo.- Constan en el expediente el informe de 20 de octubre de 2006 del interventor del Ayuntamiento y el “Informe sobre las alegaciones presentadas: Resolución del contrato de obra de construcción de piscina municipal descubierta e instalaciones complementarias”, de 24 de octubre de 2006, del arquitecto municipal, director de obra.

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

Noveno.- Mediante Acuerdo de la Presidenta del Consejo Consultivo de Castilla y León de 4 de diciembre de 2006, se requiere al Ayuntamiento para que remita la siguiente documentación:

“Los documentos nº 12, Informe-Propuesta de Secretaría y nº 13, Dictamen de la Comisión Informativa, a que se refiere el Índice de Documentos que encabeza el expediente remitido, y en todo caso aquel en que se formule la propuesta de resolución por el Ayuntamiento”.

Requerimiento que se reitera en los mismos términos y con igual extensión por Acuerdo de 1 de febrero de 2007, tras recibirse la documentación remitida por el Ayuntamiento, al no corresponderse con la solicitada.

El 12 de marzo de 2007 se reanuda el plazo para la emisión del presente dictamen, tras recibirse en este Consejo el informe-propuesta de la Secretaría del Ayuntamiento en el que se incluye la siguiente propuesta de resolución:

“Primero. Resolver el contrato para la ejecución de las obras de piscina municipal descubierta e instalaciones complementarias, suscrito en fecha 31 de Mayo de 2006 por la empresa UTE eeeee y por este Ayuntamiento, a causa de incumplimiento contractual imputable al contratista, subsumible en



los artículos 111 y 149 del Real Decreto 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas así como en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares previamente aceptados por ambas partes.

»Segundo. Incautar la garantía constituida por la empresa UTE- eeeee por un importe de 23.668,68 euros, de conformidad con el artículo 113.4 del Real Decreto 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

»Tercero. Reclamar al contratista indemnización por daños y perjuicios equivalente a los perjuicios económicos deducidos de la diferencia entre el precio pactado con el contratista objeto de resolución y el precio de la nueva contratación, además de los perjuicios causados a la comunidad por la privación temporal de un servicio público, según valoración pericial pertinente, de la que se deducirá el importe de la garantía incautada”.

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.h),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 punto 4º, regla A), apartado e), del Acuerdo de 30 de octubre de 2003, del Pleno del Consejo, por el que se determina el número, orden, composición y competencias de las Secciones.

Cabe advertir aquí que conforme al artículo 59.3.a) del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, es preceptiva la intervención del Consejo de Estado u órgano equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, en los supuestos de resolución de contratos administrativos, “cuando se formule oposición por parte del contratista”, como ocurre en el caso que nos ocupa.



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 señalado texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

La competencia para acordar la resolución del contrato y determinar sus efectos corresponde al órgano de contratación, conforme dispone el artículo 59 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

En cuanto al procedimiento administrativo seguido para la instrucción del expediente hay que señalar que se ha cumplido con los requisitos fijados en el artículo 109.1 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, dando audiencia tanto al contratista como a los avalistas –considerándose efectivamente conferida también al bbbbb, conforme se desprende del certificado reseñado en el antecedente de hecho séptimo pese a no constar el acuse de recibo–, y cumpliéndose con el previsto en el apartado d) con el presente dictamen.

3ª.- El asunto sometido a consulta versa sobre el expediente iniciado por el Ayuntamiento contratante para acordar la resolución del contrato, cuyo objeto consiste en la ejecución de las obras de construcción de la piscina municipal descubierta e instalaciones complementarias, adjudicado a eeeee UTE –eeeeee UTE– que se opone a tal actuación.

La Administración contratante fundamenta la resolución del contrato en el incumplimiento del contrato de obras formalizado el 31 de mayo de 2006, alegando la demora en el inicio de la realización de las obras, el ánimo de incumplir injustificadamente por parte de la empresa y la imposibilidad física de llevarlas a cabo en el plazo estipulado, todo ello siendo imputable al contratista. Se trata, en definitiva, de una demora en el cumplimiento del plazo pactado.

La demora en el cumplimiento del plazo total es causa de resolución de los contratos administrativos y está prevista en los artículos 95.3, 96.1 y 111.e) de la referida Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. A mayor abundamiento, se contempla en el pliego de cláusulas administrativas



particulares del contrato que nos ocupa (cláusula 23ª), por remisión al último precepto citado, y expresamente en el contrato, cláusula tercera.

Debe advertirse, antes de continuar, que la empresa contratista ha manifestado en el trámite de audiencia –escrito presentado el 19 de octubre de 2006– estar legitimada para resolver el contrato, invocando fundamentalmente la causa prevista en el artículo 149.d) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, esto es, “los errores materiales que pueda contener el proyecto o presupuesto elaborado por la Administración que afecten al presupuesto de la obra, al menos, en un veinte por ciento”. Aun cuando realmente no solicita la resolución del contrato por dicha causa, se podría plantear el problema de cuál de las dos causas de resolución tendría prioridad respecto a la otra. En este sentido es conocido el reiterado criterio del Consejo de Estado, según el cual, en caso de concurrencia de varias causas de resolución de un contrato administrativo, debe aplicarse de manera preferente la que se hubiere producido antes desde un punto de vista cronológico (Dictamen 3437/1999, de 10 de febrero de 2000, entre otros muchos). Utilizado este criterio en el presente supuesto, resultaría aplicable la causa de resolución la demora en el incumplimiento, pues la aludida por la UTE, a la vista de la documentación que obra en el expediente, no puede considerarse probada totalmente, luego es, en principio, inexistente, y por tanto en ningún caso anterior cronológicamente a aquella.

Aclarado esto, cabe recordar que los requisitos para que se dé la causa de resolución invocada por el Ayuntamiento son:

- 1) Que el plazo total de ejecución haya terminado.
- 2) Que la obra no esté finalizada.
- 3) Que el contratista haya incurrido en la demora por causas imputables a él.

Respecto del primer requisito, hay que señalar que el plazo de ejecución de las obras era de seis meses, tal y como resulta del propio contrato, estipulación tercera. El acta de comprobación del replanteo se levantó el 8 de junio de 2006 –sin reserva alguna por parte de la contratista–, por lo que ya en



la fecha en que se inició por el Ayuntamiento el expediente de resolución –29 de septiembre de 2006– era clara la imposibilidad de cumplir el señalado plazo total, pues las obras no habían comenzado ni la contratista estaba en condición de iniciarlas, al menos, en los quince días siguientes –al 26 de septiembre de 2006–. En todo caso, al día de hoy, es también evidente que la obra no se ha realizado, habiéndose superado en varios meses la fecha fijada para la entrega de las obras.

Por todo lo expuesto cabe concluir que el plazo total de ejecución ha terminado, cumpliéndose el primer requisito.

El cumplimiento del segundo requisito, que la obra no esté finalizada, es así mismo manifiesto, pues ni siquiera llegó a comenzarse.

En cuanto al tercer requisito, que el contratista haya incurrido en demora por causas imputables al mismo (artículo 95.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas), cabe considerarlo también concurrente.

Así la culpa de la empresa puede apreciarse partiendo de la consideración inicial de que la obra no se ha ejecutado, siendo de cuenta de aquélla demostrar que este incumplimiento se debe a causas ajenas a ella misma. Es cierto que, en una gran medida, como se expondrá a continuación, queda demostrado que la empresa podía tener importantes razones para exigir, de alguna forma, la subsanación de determinados errores de cálculo del proyecto del contrato. Pero no es menos cierto que estos defectos del proyecto pudieron en principio ser conocidos por la empresa contratante a lo largo del procedimiento de adjudicación (especialmente los atinentes a mediciones y precios), pudiendo haberlos evitado no concurriendo al mismo y no firmando el contrato. En definitiva, la empresa contratista pudo razonablemente detectar tales defectos en el procedimiento de adjudicación, máxime tratándose de errores que la empresa contratante denuncia posteriormente sin que las obras hayan comenzado (es decir, que no eran ocultos, no eran vicios que sólo pudiera revelar el curso de la ejecución de las obras). Es cierto, en cualquier caso, que también la Administración tuvo su parte de culpa, permitiendo que se firmara un proyecto con errores de cálculo. Hasta aquí cabe decir que existe una compensación de culpas, por parte de la empresa contratante y de la Administración. La cuestión radica en si posteriormente el incumplimiento de la empresa encuentra justificación clara en esos defectos del proyecto.



En cuanto a la alegación formulada por la contratista de que “el proyecto de la obra que nos ocupa adolece de determinadas deficiencias” y que “las modificaciones que habrían de realizarse en el proyecto (...) superarían el límite del 10%” de modo que legitimarían a aquélla para resolver el contrato conforme al artículo 149.d) y fundamentalmente e), cabe realizar las siguientes consideraciones:

Que puede darse por probado que el proyecto adolecía de determinados errores de cálculo, fundamentalmente por partidas que estaban en planos pero no en medición, como viene a reconocerse por el propio arquitecto municipal, director de obra, en el informe de 26 de septiembre de 2006.

Ahora bien, en ningún caso resulta acreditado que dichos errores afectasen al proyecto en un porcentaje igual o superior al 20%, toda vez que sostenida por el director de obra la viabilidad del proyecto, ejecutándose conforme a lo inicialmente proyectado con los ajustes y las modificaciones que pudieran surgir en el transcurso del desarrollo de las obras, siempre en porcentaje inferior al 10%, la propia contratista no manifestó la imposibilidad de ejecutar dicho proyecto sino su disposición a llevarlo a cabo, si bien sin el compromiso de su inmediato inicio.

Conducta de la contratista que no permite apreciar que el proyecto adoleciese de una deficiencia que hiciese imposible su ejecución, ni que tan siquiera afectase aquél en porcentaje igual o superior al 20% toda vez que aquélla en ningún momento invocó formalmente como causa de resolución del contrato ni el apartado d) ni el e) del precitado artículo 149.

De modo que no pudiendo tenerse por acreditado que las deficiencias del proyecto afectasen a éste en un porcentaje de, al menos, el 20%, parece difícil justificar el incumplimiento del contrato por la existencia de esos errores en cuantía inferior a dicho porcentaje, pues si la ley no permite en este caso la resolución, se entiende que el contrato ha de ejecutarse (en este sentido, Dictamen 2864/2002, de 21 de noviembre, del Consejo de Estado).

Por lo que respecta a la alegación formulada en el sentido de que el acuerdo de inicio del expediente de resolución del contrato sería nulo por existir un mutuo acuerdo, contraviniendo así el Ayuntamiento sus propios actos, baste



señalar que no hay en el expediente elemento probatorio alguno que permita sostener la válida existencia del mutuo acuerdo invocado.

Máxime si se tiene presente que, conforme al artículo 112.4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, “la resolución por mutuo acuerdo sólo podrá tener lugar cuando no concurra otra causa de resolución imputable al contratista y siempre que razones de interés público hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato”.

Por todo ello el Consejo Consultivo, a la luz de la documentación remitida, entiende que la causa de resolución, la demora en el cumplimiento del plazo total de ejecución, sí es imputable a la empresa contratista.

4ª.- Por lo que se refiere a la entidad del incumplimiento en el presente caso, y en el contexto de la relación jurídica contractual que se examina, es evidente que el presente expediente puede ser calificado de incumplimiento grave del contratista.

Respecto a esta causa resolutoria existe una reiterada doctrina jurisprudencial (entre todas, 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 ha mantenido 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”.

En el presente caso, de la mera apreciación de los hechos, dado que la obra no se ha realizado, se observa que no estamos ante un “simple retraso” del contratista, sino ante un incumplimiento imputable al contratista por su pasividad culposa o negligente.



5ª.- En resumen, puede apreciarse un incumplimiento de la contratista de tal entidad que procede la resolución del contrato y la incautación de la garantía luego constituida, sin perjuicio de la indemnización de los daños y perjuicios que hayan podido seguirse para la Administración contratante por la actuación de la contrata, en lo que exceda de dicha garantía, de conformidad con el artículo 113.4 del texto refundido de la citada Ley.

Dicho artículo se ha de poner en relación con lo dispuesto en el artículo 113 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas 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”.

Al respecto este Consejo Consultivo ya en el Dictamen 90/2004, de 10 de marzo, recordaba la Sentencia de 9 de diciembre de 1980 del Tribunal Supremo, que sostenía 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”. Indemnización en la que, por otra parte, no parece que pueda tener por objeto compensar como daños y perjuicios “la diferencia entre el precio pactado con el contratista objeto de resolución y el precio de la nueva contratación”, toda vez que aquélla no resulta de la resolución del contrato sino de la diferencia que supuestamente exista entre las ofertas de los adjudicatarios, debiendo tenerse presente, además, por una parte, que es de suponer que en el proyecto se subsanarán las deficiencias apreciadas, y, por otra parte, que el precio pactado en el contrato objeto del presente expediente, en la práctica, no ha sido una cuestión irrelevante en su resolución.

Finalmente hay que recordar que, dado el contrato administrativo de cuya resolución se trata, ha de tenerse en cuenta lo previsto en el artículo 170.1 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones



Públicas, conforme al cual “en los supuestos de resolución, la Administración abonará, en todo caso, al contratista el precio de las obras e instalaciones que, ejecutadas por éste, hayan de pasar a propiedad de aquélla, teniendo en cuenta su estado y el tiempo que restare para la reversión”, y, en cualquier caso, habrá de procederse a la correspondiente liquidación de las deudas que mutuamente tuvieran contraídas las dos partes contratantes.

III CONCLUSIONES

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

Procede resolver, por incumplimiento del contratista, el contrato administrativo de obras suscrito entre el Ayuntamiento de xxxxx y la UTE eeeee para la construcción de la piscina municipal descubierta e instalaciones complementarias.

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