



Sr. Amilivia González, Presidente

Sr. Estella Hoyos, Consejero

Sr. Fernández Costales, Consejero y
Ponente

Sr. Nalda García, Consejero

Sr. Sobrini Lacruz, Secretario

La Sección Primera del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 1 de diciembre de 2011, ha examinado el *expediente relativo a la resolución del contrato de obras suscrito entre la Diputación Provincial de xxxxx y qqqqq, 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 8 de noviembre de 2011 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *expediente relativo a la resolución del contrato de ejecución de las obras de pavimentación, abastecimiento, saneamiento y alumbrado en xxxx1 y anejos, suscrito entre la Diputación de xxxxx y qqqqq, S.L.*

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 10 de noviembre de 2011, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 1.423/2011, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal como dispone el artículo 53 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de Castilla y León, aprobado por el Decreto 102/2003, de 11 de septiembre. Turnado por el Sr. Presidente del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Fernández Costales.

Primero.- Por Orden del Diputado Delegado de Obras y Planes Provinciales de la Diputación de xxxxx de 16 de agosto de 2011 se incoa el procedimiento relativo a la resolución del contrato suscrito con la empresa qqqqq, S.L. el 25 de octubre de 2010, para la ejecución de la obra de pavimentación, abastecimiento, saneamiento y alumbrado en xxxx1 y anejos,



obra nº 09, financiada con cargo al Fondo de Cooperación Local, anualidad 2010, al amparo de los artículos 197 (Resolución por demora) y los artículos 206 y 208 (sobre causas y efectos de la resolución contractual), todos ellos de la Ley 30/2007, de 30 octubre, de Contratos del Sector Público.

Segundo.- Obran en el expediente:

- Informe del director de obra de 16 de agosto en el que señala que el contrato "se firmó el 25 de octubre de 2010, se replanteó el 11 de noviembre de 2010, y su plazo de ejecución era de 6 meses, (...) dicho plazo finalizó el pasado 10 de agosto de 2011, estando dicha obra fuera del plazo del contrato. (...) el día que se procedió al replanteo de la obra no se realizó manifestación alguna en contra para poder realizar la obra por parte del contratista, por lo cual y sin que se tenga conocimiento por parte de la Dirección de Obra de ningún tipo de objeción, que implique la demora o la posibilidad de no poder ejecutar la obra, la responsabilidad de la no ejecución corresponde al contratista qqqqq S.L.

»Durante todo este tiempo transcurrido no se ha procedido a la ejecución de ninguna unidad de obra, por lo cual la liquidación de la obra es de cero euros".

- Documentación referida al expediente de contratación, entre la que se incluye el pliego de cláusulas administrativas particulares, cuya cláusula II.1.4 dispone que el plazo total de ejecución del contrato es de nueve meses, que comenzará a contarse desde el día siguiente al de la firma del acta de comprobación del replanteo con resultado viable, que tuvo lugar el 11 de noviembre de 2010. La cláusula tercera del documento de formalización del contrato de 25 de octubre de 2010 fija también en 9 meses el plazo de ejecución del contrato.

- Informe del Servicio Administrativo del Área de Obras de la Diputación de 16 de agosto, que estima procedente la resolución del contrato citado por incumplimiento de los plazos de ejecución por parte del contratista. Pone de manifiesto igualmente que es una obra con financiación condicionada a su ejecución en plazo, por lo que la realización de la obra fuera de éste podría derivar en la obligación de retornar a la Administración cofinanciadora los fondos que en su día fueron transferidos a la Diputación Provincial.



- Informe de la Secretaría de la Diputación de 24 de agosto en el que concluye que procede la resolución del contrato por demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista, con incautación de la garantía y la indemnización a la Administración por los daños y perjuicios ocasionados en lo que exceda del importe de la garantía incautada.

- Informe de fiscalización de conformidad de la Intervención de la Diputación de 26 de agosto.

Tercero.- Mediante Providencia de 29 de agosto se concede trámite de audiencia al contratista y al avalista.

Consta en el expediente que el contratista presenta escrito de alegaciones en el que se opone a la resolución por falta de competencia, al considerar que la incoación del procedimiento es nula de pleno derecho por falta de competencia del Diputado Delegado del Área de Obras, que no es el órgano de contratación, si bien dicho escrito no ha sido remitido a este Consejo.

Cuarto.- El 24 de octubre se formula propuesta de resolución del contrato por incumplimiento del plazo de ejecución imputable al contratista y por incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, como es el no comenzar la obra, con incautación de la garantía definitiva.

Quinto.- El 31 de octubre de 2011 se notifica al contratista y al avalista, respectivamente, el Decreto de la Presidencia de 21 de octubre por el que se acuerda la suspensión del plazo máximo legal para resolver y notificar la resolución, al amparo del artículo 42.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

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.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.

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 la Ley 30/2007, de 30 octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente dicha Ley, y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1.098/2001, de 12 de octubre (en adelante, RGLCAP).

La competencia para acordar la resolución del contrato y determinar sus efectos corresponde al órgano de contratación, conforme dispone el artículo 194 de la LCSP. En el presente caso, al Presidente de la Diputación, de acuerdo con el apartado 1 de la disposición adicional segunda de la LCSP.

En cuanto al procedimiento administrativo seguido, el artículo 197 de la LCSP, relativo a la "Resolución por demora y prórroga de los contratos", dispone en su apartado 1 que "En el supuesto a que se refiere el artículo anterior (relativo a la demora en la ejecución de los contratos), si la Administración optase por la resolución ésta deberá acordarse por el órgano de contratación o por aquél que tenga atribuida esta competencia en las Comunidades Autónomas, 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 de la Comunidad Autónoma respectiva". Estos trámites se cumplimentan en el procedimiento, así como la audiencia al avalista que prevé el artículo 109.1.b) del RGLCAP, cuando se propone, como en este caso, la incautación de la garantía.



Con carácter previo al análisis del fondo del asunto planteado debe advertirse de que, a pesar de recogerse en el expediente que el contratista ha formulado oposición a la resolución del contrato, no consta en él el escrito de alegaciones presentado. No obstante, de la propuesta de resolución remitida se desprende que la oposición descansa en la consideración de la nulidad de pleno derecho de la orden de incoación del procedimiento por falta de competencia para su adopción del Diputado Delegado del Área de Obras que, a juicio del interesado, no es el órgano de contratación.

Este Consejo emite el dictamen requerido con base en esta circunstancia, si bien en el caso de que no se hubiera formulado oposición real por la empresa, no sería necesario el dictamen del Consejo Consultivo.

3ª.- El asunto sometido a consulta versa sobre el expediente relativo a la resolución del contrato de la obra de pavimentación, abastecimiento, saneamiento y alumbrado en xxxx1 y anejos, suscrito por la Diputación de xxxxx y qqqq, S.L.

La propuesta de resolución del contrato de 24 de octubre de 2011 se fundamenta en un incumplimiento contractual imputable al contratista conforme a las letras e) y g) del artículo 206 de la LCSP.

Previamente a su análisis debe advertirse, para su consideración en la resolución que se dicte en el procedimiento, que la Ley 34/2010, de 5 de agosto, modificó el artículo 206 de la LCSP suprimiendo su letra d), al tiempo que dio nueva enumeración alfabética sucesiva a las restantes letras. De este modo, “La demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista” que figuraba en la redacción inicial de la LCSP en la letra e) del artículo citado, aparece ahora como causa de resolución de la letra d) del artículo 206 de la LCSP y “El incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato”, antes letra g), figura como letra f) del referido artículo 206 de la LCSP.

Lo mismo ocurre en el artículo 208 de la LCSP, referido a los “Efectos de la resolución”, en el que dicha Ley suprime el apartado 1 y da nueva numeración sucesiva a los restantes, de modo que los efectos de la resolución por incumplimiento culpable del contratista, se determinan actualmente en el apartado 3 del citado artículo 208 de la LCSP.



Se indica igualmente que, aunque bien pudieran haberlo hecho, ni el pliego de cláusulas administrativas particulares ni el contrato califican expresamente como obligación contractual esencial, a los efectos del artículo 206.f de la LCSP, la de dar comienzo a la obra en un momento determinado, por lo que no parece necesario acordar la resolución del contrato a su amparo, máxime cuando dicha resolución contractual puede fundamentarse claramente en otra causa.

El debate debe centrarse, por tanto, en el análisis de la concurrencia de la causa de resolución del contrato prevista en el artículo 206.d) de la LCSP: “La demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista (...)”. En relación con este precepto deben traerse a colación el artículo 196.2 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” y el artículo 196.4, 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 incumplimiento 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, Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1986, 20 de marzo de 1989 y 12 de marzo de 1992).

Debe recordarse que con la adjudicación del contrato el contratista adquiere la obligación de ejecutar las obras “con estricta sujeción a las estipulaciones contenidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares y al proyecto que sirve de base al contrato y conforme a las instrucciones que en interpretación técnica de éste dieron al contratista el Director facultativo de



las obras, y en su caso, el responsable del contrato, en los ámbitos de su respectiva competencia" (artículo 213 de la LCSP). Además el artículo 199 de la LCSP establece que "La ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, sin perjuicio de lo establecido para el de obras en el artículo 214 (...)", precepto este último que otorga al contratista el derecho a una indemnización en los casos de fuerza mayor, siempre que no exista actuación imprudente por parte del contratista.

De conformidad con lo expresado en la consideración jurídica precedente, en el supuesto de que el contratista se hubiera opuesto a la resolución del contrato alegando la nulidad de pleno derecho de la orden de incoación del procedimiento por falta de competencia para su adopción del Diputado Delegado del Área de Obras, que no es el órgano de contratación, la propuesta de resolución señala que la actuación del referido "Diputado" se realiza en uso de las competencias que le atribuye el Decreto de Presidencia nº 5.374, de 20 de julio de 2011, y las disposiciones legales vigentes. Dicho Decreto acuerda el establecimiento de un régimen de delegaciones y competencias, entre las cuales cita con carácter general, entre otras: la dirección y gestión en general, el estudio, informe, propuesta y ejecución, y la emisión de actos administrativos que no pongan fin a la vía administrativa o que sean de trámite no cualificado. Si bien no consta en el expediente el referido Decreto, es claro que el acuerdo de inicio del procedimiento ha de calificarse como acto de trámite que no pone fin a la vía administrativa, por lo que parece integrarse en el ámbito de aquella resolución, la cual deberá incorporarse al expediente a fin de motivar el rechazo de la alegación formal efectuada por el contratista.

De todo lo anterior se desprende que, transcurrido el término previsto en el contrato para su realización sin haberse éste ejecutado, el contrato estaría incurso en esa 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".

Respecto a 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, dado que la obra no fue iniciada, resulta que no se trata de un “simple retraso” del contratista, sino de un incumplimiento a él imputable por su pasividad culposa o negligente.

En definitiva, puede apreciarse que el incumplimiento de la empresa contratista es de tal entidad que motiva la resolución del contrato, al amparo del artículo 206.d) de la LCSP.

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 88.c) 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 208.3 de la LCSP. Todo ello sin perjuicio de la liquidación de la obra ejecutada que proceda, conforme al artículo 222.1 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 (...)”. Si bien en este caso, como informa la dirección de obra, “Durante todo este tiempo transcurrido no se ha procedido a la ejecución de ninguna unidad de obra, por lo cual la liquidación de la obra es de cero euros”.

El mencionado artículo 208.3 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”.

Cabe citar finalmente, en atención a las circunstancias que concurren en la financiación del presente contrato, 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”.

A ello se refiere el informe del Servicio Administrativo del Área de Obras de la Diputación de 16 de agosto de 2011, al indicar que “es una obra con financiación condicionada a la ejecución de la misma en plazo por lo que la ejecución fuera de plazo podría derivar en la obligación de retornar a la Administración cofinanciadora los fondos que en su día fueron transferidos a la Diputación Provincial”.

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 ejecución de las obras de pavimentación, abastecimiento, saneamiento y alumbrado en xxxx1 y anejos, suscrito entre la Diputación de xxxxx y qqqqq, S.L.

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