



Sr. Amilivia González, Presidente

Sr. Estella Hoyos, Consejero

Sr. Fernández Costales, Consejero

Sr. Nalda García, Consejero y

Ponente

Sr. Sobrini Lacruz, Secretario

La Sección Primera del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 19 de enero de 2012, ha examinado el *expediente de resolución de contrato suscrito entre el Ayuntamiento de xxxxx y qqqqq, S.A.U.*, 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 16 de diciembre de 2011 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *expediente relativo a la resolución del contrato de obras para la nueva sede de la Casa Consistorial (1); aparcamiento subterráneo público y urbanización de la plaza mayor (2); refundido de la nueva sede de la Casa Consistorial, aparcamiento subterráneo público y urbanización de la plaza mayor (3) suscrito entre el Ayuntamiento de xxxxx y qqqqq, S.A.U.*

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 20 de diciembre de 2011, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 1.561/2011, 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. Nalda García.

Primero.- El 2 de marzo de 2009 se formaliza el contrato administrativo de obras "para la nueva sede de la Casa Consistorial (1); aparcamiento subterráneo público y urbanización de la plaza mayor (2); refundido de la nueva sede de la Casa Consistorial y aparcamiento subterráneo público y



urbanización de la plaza mayor (3)", (expediente N° xx1) suscrito entre el Ayuntamiento de xxxxx y qqqqq, S.A.U.

El plazo de ejecución total del contrato se fija en 20 meses para el proyecto refundido. El plazo parcial estipulado para la obra correspondiente al aparcamiento subterráneo público y urbanización de la plaza Mayor es de 12 de meses desde el acta de comprobación de replanteo. El acta de comprobación de replanteo se extiende el 2 de abril de 2009.

El contrato es objeto de diferentes prórrogas. La primera de ellas (mediante Acuerdo de 13 de mayo de 2010) fijó como nueva fecha de finalización el 2 de julio de 2010. La segunda (acordada el 8 de julio de 2010) fijó como nueva fecha de finalización el 31 de julio de 2010. Por último, el 11 de noviembre de 2010 se fija como nueva fecha el 2 de marzo de 2011.

Segundo.- Ante el estado en que se encontraban las obras (grado de ejecución, medios materiales y personales afectos) se cita a la empresa contratista para la comprobación y medición de las obras realizadas, lo que se realiza el 10 de marzo de 2011. La empresa contratista se niega a participar en las actividades de comprobación y medición, en tanto en cuanto no sean discutidos y aprobados por la dirección de la obra los precios de partidas nuevas presentados por la empresa, por lo que la medición se efectúa por la dirección de obra (informe de 11 de marzo de 2011).

Consta igualmente en el expediente copia del acta notarial de presencia de 4 de marzo relativa al estado de las obras.

Tercero.- Mediante Resolución de la Alcaldía de 4 de marzo de 2011 se notifica a la empresa la citación para la medición y se le comunica que se tiene por iniciado el procedimiento de resolución del contrato.

Cuarto.- El 10 de marzo la empresa qqqqq, S.A.U. presenta escrito de alegaciones en el que niega el estado de abandono de las obras y señala que se reserva la posibilidad de presentar ulteriores alegaciones que formulará "en el momento oportuno".



Quinto.- Consta en el expediente notificación a la empresa contratista y al avalista de la comunicación sobre la continuación del procedimiento de resolución del contrato y de la concesión del trámite de audiencia.

Los días 8 y 29 de julio qqqqq, S.A.U. presenta escrito de alegaciones en el que muestra su disposición a llegar a un acuerdo y manifiesta su disconformidad en cuanto al incumplimiento contractual.

Sexto.- Obra igualmente en el expediente informe de 24 de agosto de la dirección de obra sobre la medición y liquidación de las obras y las valoraciones de las indemnizaciones debidas a daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento de plazos.

Séptimo.- El 25 de agosto la Junta de Gobierno Local formula propuesta de resolución del contrato por incumplimiento culpable de la empresa contratista de sus obligaciones contractuales esenciales, con base en el artículo 111.g) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, a la vista de los informes de la dirección facultativa y de la demora en el cumplimiento de los plazos. Se propone asimismo la incautación de la garantía definitiva y la reclamación al contratista de la indemnización de los daños y perjuicios que resulte de la ejecución de las obras precisas para la subsanación de los defectos, cuya cuantía se concretará en expediente contradictorio. Se determina también que, en el caso de presentarse alegaciones, se suspenderá el plazo máximo para resolver al amparo del artículo 42.5 c) 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.

Octavo.- El 21 de septiembre qqqqq, S.A.U. presenta escrito de alegaciones en el que manifiesta su disconformidad con la resolución del contrato por considerar que no ha existido abandono de la obra. Mantiene que lo que ocurre es que no se ha aprobado el necesario proyecto modificado, que el Ayuntamiento ha dejado de pagar las certificaciones de obra desde noviembre de 2010 y manifiesta su disconformidad en cuanto a las partidas indemnizatorias fijadas por la Entidad Local.



Noveno.- En el Dictamen nº 1.120/2011, de 27 de septiembre, el Consejo Consultivo de Castilla y León informa que procede que se declare la caducidad del procedimiento de resolución del contrato, por haber transcurrido el plazo máximo legal para resolver.

Décimo.- Mediante Acuerdo de la Junta Local de 20 de octubre se declara la caducidad del procedimiento y se inicia nuevo procedimiento de resolución.

Decimoprimer.- Concedido trámite de audiencia al contratista y al avalista, el 15 de noviembre qqqqq, S.A.U. presenta alegaciones en los mismos términos que su anterior escrito de 21 de septiembre.

Decimosegundo.- El 17 de noviembre la dirección facultativa informa de que el estado de las obras es exactamente el mismo que cuando se realizó el informe de 24 de agosto de 2011 y de que, con posterioridad, se han producido diversos hechos que confirman y agravan el abandono de la obra: retirada de las casetas, carencia de mantenimiento del vallado, falta de vigilancia, etc. Añade que en la actualidad no se está negociando ningún proyecto modificado, que la empresa se limitó a presentar una serie de precios contradictorios que se estudiaron por la dirección facultativa, y que no puede estar pendiente de pago certificación alguna ya que las obras no se habían concluido cuando la empresa las abandonó.

Decimotercero.- El 25 de noviembre se formula propuesta de resolución del contrato por incumplimiento culpable de la empresa contratista de sus obligaciones contractuales esenciales, con base en el artículo 206 de la Ley 30/2007, de 20 de octubre, de Contratos del Sector Público, a la vista de los informes de la dirección facultativa y de la demora en el cumplimiento de los plazos. Se propone asimismo la incautación de la garantía definitiva y la reclamación al contratista de la indemnización de los daños y perjuicios que resulte de la ejecución de las obras precisas para la subsanación de los defectos, cuya cuantía se concretará en expediente contradictorio. No obstante la indemnización se fija indiciariamente en 855.512,50 euros.

El 1 de diciembre de 2011 se acuerda también la suspensión del plazo máximo para resolver al amparo del artículo 42.5 c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.



Ambas resoluciones son notificadas al contratista y al avalista.

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.- El régimen jurídico de aplicación al contrato viene determinado actualmente por el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante texto refundido), en el que se mantiene invariable la regulación que contenía la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) respecto de la resolución de los contratos. Asimismo es de aplicación 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).

En cuanto al procedimiento administrativo seguido, se han cumplido los requisitos fijados en el artículo 195.1 y 3.a) de la LCSP (artículo 211 del texto refundido) y en artículo 109.1 del RGLCAP, ya que se ha concedido trámite de audiencia al contratista, y se ha cumplido con el presente dictamen lo previsto en el apartado d) de dicho precepto.

La competencia para acordar la resolución del contrato y determinar sus efectos corresponde al órgano de contratación, conforme disponen los artículos 194 de la LCSP (artículo 210 del texto refundido) y 109 del RGLCAP.



3ª.- El asunto sometido a consulta versa sobre el procedimiento iniciado por el Ayuntamiento de xxxxx para acordar la resolución del contrato, cuyo objeto consiste en la ejecución de las obras anteriormente referenciadas.

En cuanto al fondo de la cuestión planteada, estima este Consejo Consultivo que debe realizarse un análisis de las alegaciones vertidas por el contratista en su escrito de oposición, así como de las causas de incumplimiento alegadas por el Ayuntamiento contratante.

En primer lugar, ha de partirse de lo dispuesto en la LCSP, concretamente de su artículo 196.2 (artículo 212 del texto refundido), que establece:

“2. 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.

»3. La constitución en mora del contratista no precisará intimación previa por parte de la Administración.

»4. Cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiere incurrido en demora respecto al cumplimiento del plazo total, la Administración podrá optar indistintamente por la resolución del contrato o por la imposición de las penalidades diarias en la proporción de 0,20 euros por cada 1.000 euros del precio del contrato”.

Asimismo, el artículo 197 de la LCSP (artículo 213 del texto refundido) dispone que “En el supuesto a que se refiere el artículo anterior, si la Administración optase por la resolución, ésta deberá acordarse por el órgano de contratación o por aquel 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, del dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva”.

Respecto a las causas de resolución del contrato, éstas se recogen con carácter general en el artículo 206 de la LCSP (artículo 223 del texto refundido).



En concreto, la letra d) prevé como tal “La demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista”.

En el presente caso el contrato fue firmado por la Administración contratante y la contratista el 2 de marzo de 2009. En dicho contrato se hacía constar expresamente el plazo de ejecución, que fue objeto de sucesivas prórrogas, fijándose como fecha de finalización el 2 de marzo de 2011. Respecto de este plazo de finalización hay que señalar que no se ha suscitado controversia alguna entre contratante y contratista.

Del expediente se extrae como dato cierto que efectivamente las obras no habían concluido en el plazo anteriormente referido (2 de marzo de 2011).

Finalizado el plazo de ejecución la contratista presenta escrito de alegaciones en el que manifiesta que se niega a participar en las actividades de comprobación y medición en tanto no sean discutidos y aprobados por la dirección de la obra los precios de partidas nuevas presentados por la empresa. Por ello la medición se efectúa exclusivamente por la dirección de obra.

Consta igualmente en el expediente copia del acta notarial de presencia de 4 de marzo relativa al estado de las obras. El 10 de marzo la empresa qqqqq, S.A.U. presenta escrito de alegaciones en el que niega el estado de abandono de las obras y señala que se reserva la posibilidad de presentar ulteriores alegaciones que formulará “en el momento oportuno”.

Hay que destacar que sorprende que la contratista se refiera a un pretendido modificado (sin prueba escrita de su solicitud) después del plazo de finalización de ejecución del contrato.

En lo relativo al procedimiento de resolución del contrato, se han observado los trámites formales, dado que lo único que se exige es el trámite de audiencia y éste, efectivamente, se ha practicado conforme a derecho.

Tal y como se extrae del expediente, mediante Acuerdo de 20 de octubre de 2011 el Ayuntamiento de xxxxx resolvió, previa declaración de caducidad del procedimiento anterior, iniciar las actuaciones oportunas para proceder a la resolución del contrato, con base en el incumplimiento del plazo de ejecución que se señala en el pliego de cláusulas administrativas que forma parte del



contrato y de las sucesivas prórrogas con exigencia, en su caso, de las responsabilidades y daños y perjuicios que dicho incumplimiento pudiera haber ocasionado al Ayuntamiento.

Concedido trámite de audiencia al contratista, éste presenta varios escritos de oposición a la resolución.

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).

Ha de tenerse en cuenta la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, expresiva de que cada parte ha de probar el supuesto de hecho de la norma que invoca a su favor, aparte la presunción de legalidad de los actos que realizan las Administraciones Públicas dentro de sus competencias (así lo proclaman las Sentencias de 10 de febrero de 2001, 27 de abril de 2000 y 27 de mayo y 6 de marzo de 1999).

Igualmente, la Sentencia de 17 de octubre de 2000, del mismo Tribunal, señala que “el plazo fijado para el cumplimiento de la prestación contractual constituye el elemento básico de la relación jurídica establecida, de forma que cuando éste aparece como un elemento relevante (y, en el presente caso, era esencial finalizar los trabajos para no tener que devolver la subvención concedida por la Administración Autónoma, así como evitar el deterioro que se pueda generar en el interior del edificio en obras por encontrarse inacabadas las relativas a la impermeabilización de los parámetros exteriores del edificio y obras necesarias en el interior del mismo) es una determinación esencial que no accesoria o agregada a la esencia de la prestación, de donde se desprende que si el plazo transcurrió el contrato quedó sustancialmente afectado por dicha



situación y el incumplimiento resultó claramente imputable al contratista, resultando ajustada a derecho la resolución acordada por la Administración con la consecuencia de la incautación de la fianza constituida por el contratista como efecto propio del acuerdo resolutorio”.

Por su parte, el Alto Tribunal, en Sentencia de 1 de octubre de 1999, ha declarado que “a los efectos de apreciar un incumplimiento bastante para la resolución, lo determinante debe ser: que afecte a la prestación principal del contrato, y que se exteriorice a través de una inobservancia total o esencial de dicha prestación”.

Más aún, dice la Sentencia de 26 de marzo de 1987, también del Tribunal Supremo, que existen razones suficientes para que las penalidades o resoluciones contractuales “sólo se adopten cuando están plenamente justificadas puesto que la prudencia aconseja, salvo en casos extremos, no romper la atmósfera de concordia y colaboración que debe reinar en las relaciones contractuales administrativas, teniendo siempre presente la proporcionalidad entre el plazo pactado para la ejecución de la obra y el de la prórroga o prórrogas interesadas por los contratistas”, pues, como añade esta misma Sentencia, “lo peor para todos es una resolución del contrato y una vuelta a empezar en la selección de un nuevo contratista”.

Según la jurisprudencia, la empresa contratista no puede, en ningún caso, llevar a cabo la paralización unilateral de las obras sin que anteriormente se haya solicitado dicha paralización a la Administración que, como se sabe, mantiene el privilegio de la interpretación del contrato y de su resolución y/o suspensión. Tal y como declara la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en Sentencia de 4 de septiembre de 2003, “si la empresa consideró que la Administración estaba incumpliendo la Ley al no tramitar correctamente la modificación del proyecto; incumpliendo las condiciones contractuales, debió solicitar la suspensión o resolución del contrato (art. 158 del RGCE). Si consideró que el Proyecto modificado alteraba sustancialmente el Proyecto inicial y no podía ejecutarse la obra sin tener adjudicado previamente el modificado, debió igualmente solicitar la resolución del contrato (art. 161 del RGCE)”.

Por tanto, la causa alegada consistente en la defectuosa tramitación del proyecto modificado no puede ser motivo suficiente para la paralización



unilateral de la obra y, por tanto, no puede justificar su abandono y la no terminación en plazo del proyecto adjudicado.

Asimismo, respecto al impago de certificaciones, tal y como se mantiene en la Sentencia antes citada, "la Jurisprudencia es pacífica al señalar que el no pago de las certificaciones no es causa suficiente para suspender la ejecución de las obras y no cumplir el plazo establecido, habrá que concluir que existió causa de resolución del contrato y que por lo tanto el primero de los actos recurridos es conforme a derecho".

4ª.- Por todo lo expuesto, este Consejo Consultivo considera que sí existe incumplimiento del plazo de ejecución por parte del contratista, al advertirse una pasividad a él imputable ya que, antes de proceder unilateralmente a paralizar la ejecución de las obras, debió haber solicitado a la Administración su suspensión. Por ello en principio procedería la incautación de la garantía constituida, sin perjuicio de la indemnización de los daños y perjuicios, de conformidad con el artículo 208 de la LCSP (artículo 225 del texto refundido).

No obstante, debe señalarse que en lo que se refiere a la incautación de la fianza ésta debe sujetarse a las previsiones del RGLCAP. En este sentido, su artículo 111 establece que "La quiebra del contratista, cuando sea culpable o fraudulenta, llevará consigo la pérdida de la garantía definitiva". De este modo, si bien la declaración de concurso del contratista constituye causa de resolución del contrato, su aplicación, en tanto no se haya producido la apertura de la fase de liquidación, es potestativa para la Administración. Es más, el apartado 7 del artículo 112 del RGLCAP dispone que "En caso de declaración de concurso y mientras no se haya producido la apertura de la fase de liquidación, la Administración potestativamente continuará el contrato si el contratista prestare las garantías suficientes a juicio de aquella para su ejecución".

En el supuesto sometido a dictamen no figura ni la fecha de la declaración ni la calificación de concurso como fortuito o culpable, a tenor de lo dispuesto en el artículo 163 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, por lo que no resulta posible entrar a valorar la procedencia de la incautación de la garantía en atención de la situación de insolvencia del contratista.



Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, debe tenerse presente que cuando concurren varias causas de resolución, deberá aplicarse la primera en el tiempo. Así, de acuerdo con una consolidada doctrina del Consejo de Estado (por todos, Dictamen 681/2009, de 21 de mayo), "con carácter general en caso de concurrencia de varias causas de resolución de un contrato administrativo debe aplicarse de manera preferente la causa que se hubiere producido antes desde un punto de vista cronológico. Es paradigmático de esta doctrina el Dictamen 47.892, de 4 de julio de 1985, en el que se dice que "cuando concurren diversas causas de resolución del contrato con diferentes efectos en cuanto a las consecuencias económicas de la extinción debe atenderse a la que haya aparecido con prioridad en el tiempo".

La causa de resolución que se invoca por la Administración descansa, por ser la primera que aparece en el tiempo, en el incumplimiento contractual y no en la situación de concurso de la empresa, por lo que, de ser así, procedería la incautación de la garantía.

En cuanto a la indemnización de daños y perjuicios -que la propuesta de resolución reserva para su determinación en expediente contradictorio ulterior-, las concretas cantidades objeto de liquidación deberán determinarse en expediente instruido al efecto. El Consejo de Estado señala en su Dictamen 822/1993 que "Resulta, en todo caso, inusual cuantificar el importe de dichos daños en el expediente mismo de resolución del contrato, como se hace en el sometido a consulta. De ordinario, la determinación del importe de la indemnización a abonar por tal concepto se defiere a un momento posterior y mediante un expediente *ad hoc*. El motivo de ello es fijar con la mayor exactitud el importe de los referidos daños, incluyendo todos los producidos hasta el instante mismo de la resolución del contrato. Por ello, el Consejo de Estado, en análogas ocasiones, ha señalado la conveniencia de determinar el importe de la citada indemnización de daños y perjuicios mediante expediente *ad hoc*. En consecuencia, se estima que debe deferirse a un momento posterior, y mediante expediente contradictorio, el importe de la indemnización de daños y perjuicios a abonar por el contratista a la Administración Pública".

Junto a ello se considera acertada la personación de ésta en el concurso -acreditada en el expediente-, debido a la *vis* atractiva de esta jurisdicción, con el objeto de que lograr así la satisfacción de su derecho.



En definitiva este Consejo Consultivo considera que concurre la causa de resolución del contrato alegada por la Administración contratante, con pérdida de la garantía definitiva; y ello sin perjuicio de la liquidación de los daños y perjuicios ocasionados, que deberá tramitarse en expediente instruido al efecto, con las advertencias señaladas en el presente Dictamen.

III CONCLUSIONES

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

Procede resolver el contrato administrativo de obras para la nueva sede de la Casa Consistorial (1); aparcamiento subterráneo público y urbanización de la plaza mayor (2); refundido de la nueva sede de la Casa Consistorial, aparcamiento subterráneo público y urbanización de la plaza mayor (3) suscrito entre el Ayuntamiento de xxxxx y qqqqq, S.A.U.

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