



Sr. S. de Vega, Presidente

Sr. Ramos Antón, Consejero y
Ponente
Sra. Ares González, Consejera

Sra. García Fonseca, Secretaria

La Sección Primera del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 17 de abril de 2019, ha examinado el *procedimiento de resolución de contrato suscrito entre la Diputación de xxx1 y qqqq1, S.A.*, 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 1 de abril de 2019 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *procedimiento de resolución del contrato de obras de acondicionamiento y refuerzo del firme de la carretera xx, tramo xxx2-xxx3, punto kilométrico 1+938 a 6+840, suscrito entre la Diputación Provincial de xxx1 y qqqq1, S.A.*

Examinada la solicitud y admitida a trámite en la misma fecha, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 172/2019, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal y como dispone el artículo 52 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo de Castilla y León, aprobado por la Resolución de 5 de febrero de 2014, de la Mesa de las Cortes de Castilla y León. Turnado por el Sr. Presidente del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Ramos Antón.

Primero.- Por Orden de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de xxx1, adoptada por delegación por el Diputado Delegado de Obras e Infraestructuras el 16 de noviembre de 2018, se inició procedimiento para la resolución del contrato de obras de acondicionamiento y refuerzo del firme de la



carretera xx. Tramo: xxx2-xxx3. Pk 1+938 a 6+840, celebrado entre la Diputación Provincial de xxx1 y qqqq1, S.A. el 1 de diciembre de 2017.

La causa que motiva el inicio del procedimiento es la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista, conforme a los artículos 212 y 223.d) de la LCSP, de acuerdo con los informes de la Dirección de Obra de 31 de agosto, 12 de septiembre y 15 de octubre de 2018. El plazo de ejecución del contrato era de 4 meses contados desde el 26 de diciembre de 2017, fecha en la que se efectuó la comprobación del replanteo con resultado viable. El 31 de enero de 2018 se firma acta de suspensión temporal total de la obra, que se levantó a instancia del contratista el 26 de junio de 2018.

El precio de la obra es de 471.779 euros y el importe líquido de la obra ejecutada que consta en el expediente es de 22.026,67 euros.

Segundo.- El 12 de diciembre de 2018 la Dirección de Obra informa de que "nos encontramos ante un incumplimiento culpable del contratista, dado que el plazo de ejecución de la obra finalizó el pasado 21 de octubre de 2018 y la empresa solo ha ejecutado el 4.67% del presupuesto total de la obra, a la vista del art. 223 del TRLCSP 3/2011 es causa de resolución del contrato, se enmarca en el apartado d) del art.223; "la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista."

En el informe de 1 de febrero de 2019, el técnico del Servicio Administrativo del Área de Obras coincide en apreciar la mencionada causa de resolución y descarta que proceda la redacción de un proyecto modificado, al no concurrir las causas que lo posibilitan de acuerdo con la Ley.

Tercero.- Concedido trámite de audiencia a la empresa contratista y al avalista, la primera presenta alegaciones el 15 de febrero en las que manifiesta su oposición a la resolución del contrato por incumplimiento culpable, puesto que únicamente cabe apreciar como causa para la resolución, la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, cuando no es posible modificar el contrato por una alteración sustancial de las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación, ya que ha existido una variación de mediciones respecto a las consideradas en proyecto, que suponen un decremento del presupuesto en casi un 20%. Junto a ello alega indefensión por desconocimiento



de la causa de resolución e incompetencia del Diputado de Obras para incoar el procedimiento.

Cuarto.- El 22 de febrero la Dirección de Obra emite informe sobre las alegaciones efectuadas por la contratista, en el que concluye que "La empresa no ha cumplido el plan de obra presentado ni ha mostrado intención de ejecutar los trabajos en su totalidad, y así lo acredita el hecho de que el día 21 de octubre de 2018 (fecha de finalización del plazo de ejecución), la empresa solo había ejecutado el 4.67% de la obra.

»Queda pormenorizadamente justificado que la reducción del - 19.02% como indica la empresa en su escrito de alegaciones del 15 de febrero de 2019, es rotundamente falsa, por lo que no constituye una alteración de las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación y tampoco es necesaria la tramitación de una modificación del contrato dado que no nos encontramos en ninguno de los supuestos del citado art 107.

»No nos encontramos en el supuesto de causa de resolución de contrato amparada en el art 223.g) del TRLCSP 3/2011 "La imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a lo dispuesto en el título V del libro I". Sino que se trata de una alegación infundada para eludir la causa de resolución real del presente contrato: incumplimiento culpable del contratista, dado que el plazo de ejecución de la obra finalizó el pasado 21 de octubre de 2018 y la empresa solo ha ejecutado el 4.67% del presupuesto total de la obra, a la vista del art. 223 del TRLCSP 3/2011 la causa de resolución del contrato se enmarca en el apartado d) del art.223; "la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista."

Quinto.- El 7 de marzo de 2019 se emite informe jurídico por el Secretario General de la Diputación Provincial de xxx1 en el que, a la vista de las alegaciones de la empresa contratista, hace referencia a la competencia del órgano de contratación delegada en la Junta de Gobierno Local y a la del Diputado de Obras para la incoación del procedimiento resolutorio, como acto de trámite. Descarta que exista indefensión, puesto que el intercambio de información con la empresa ha sido constante, según resulta del expediente, y el procedimiento de resolución se tramita conforme a lo previsto en la ley. Considera que no concurre causa de



modificación del contrato, ni la resolución de este tiene otra causa que no sea la demora por parte del contratista en la ejecución de los plazos.

Sexto.- El 29 de marzo de 2019 se formula propuesta de resolución contractual y se suspende el plazo máximo de resolución del procedimiento, lo que fue notificado a las empresas contratista y 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.i), 3º de la Ley 1/2002, de 9 de abril, reguladora del Consejo Consultivo de Castilla y León, correspondiendo a la Sección Primera emitir el dictamen según lo establecido en el apartado tercero, 1.e), del Acuerdo de 6 de marzo de 2014, del Pleno del Consejo Consultivo de Castilla y León, por el que se determina la composición y competencias de las Secciones.

2ª.- 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 texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP), por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 octubre, de Contratos del Sector Público, 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), y por el Decreto 3854/1970, de 31 de diciembre, por el que se aprueba el Pliego de Cláusulas Administrativas Generales para la contratación de obras del Estado.

La aplicación del TRLCSP deriva de lo previsto en la disposición transitoria primera, apartado 2, de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), según la cual, "Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se registrarán, en cuanto a



sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su modificación, duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”.

Por su parte, el procedimiento para el ejercicio de la facultad resolutoria se rige por la normativa vigente en el momento de su inicio, cuestión que aparece confirmada por lo dispuesto en la disposición transitoria tercera de la LPAC “A los procedimientos ya iniciados antes de la entrada en vigor de la presente Ley no les será de aplicación la misma, rigiéndose por la normativa anterior”, norma de aplicación subsidiaria a los procedimientos en materia de contratación, de acuerdo con la disposición final cuarta de la LCSP.

En este caso, el procedimiento de resolución contractual se ha iniciado bajo la vigencia de la nueva LCSP, por lo que cabe acudir a su artículo 191, relativo al “Procedimiento de ejercicio”, que establece como trámites preceptivos la audiencia al contratista y, cuando se formule oposición por parte de éste, el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva. En el mismo sentido se pronuncia el artículo 195.1 LCSP, para el supuesto específico de “Resolución por demora y ampliación del plazo de ejecución de los contratos”. Por su parte, el artículo 109.1.b) del RGLCAP impone la audiencia al avalista o asegurador cuando se propone la incautación de la garantía.

Estos trámites se cumplimentan en el procedimiento. En particular, la oposición de la empresa contratista se formula en escrito presentado el 15 de febrero de 2019, del que resulta, frente a la indefensión que alega, que conoce la causa de resolución en la que se basa el procedimiento. También se ha concedido audiencia al avalista, trámite que prevé el artículo 109.1.b) del RGLCAP, cuando se propone, como en este caso, la incautación de la garantía, sin que conste la presentación de alegaciones por su parte.

La competencia para acordar la resolución del contrato y determinar sus efectos corresponde al órgano de contratación, de acuerdo con los artículos 190 y 212 de la LCSP y 109 del RGLCAP.

Finalmente, a diferencia de la regulación anterior -que no establecía un plazo específico de duración del procedimiento-, el artículo 212.8 de la LCSP determina que el plazo máximo de resolución es de ocho meses, produciéndose en otro caso su caducidad, que a la fecha de este dictamen no se aprecia.



3ª.- El asunto sometido a consulta versa sobre la resolución del contrato de obras de acondicionamiento y refuerzo del firme de la carretera xx. Tramo: xxx2-xxx3. Pk 1+938 a 6+840 suscrito entre la Diputación Provincial de xxx1 y qqqq1, S.A.

El debate de fondo se centra en el análisis de la concurrencia de la causa de resolución del contrato prevista en el artículo 223.d) del TRLCSP: "La demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista (...)". En relación con este precepto debe traerse a colación el artículo 212.2 del TRLCSP 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 212.4 TRLCSP, 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 cumplimiento 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, SSTS 20-3-1989, 14 de julio de 1986, 12 de marzo de 1992).

Las alegaciones presentadas por la empresa contratista para justificar la falta de ejecución de las obras no desvirtúan la causa de resolución analizada. Así lo corroboran los distintos informes incorporados al expediente y, en particular, los emitidos por la Dirección Facultativa el 31 de agosto, 12 de septiembre y 15 de octubre de 2018. De acuerdo con el último "No existe retraso justificado para no cumplir el plan de obra previsto ni motivo para no presentar un plan de obra actualizado. No es justificación para la no presentación del plan de obra actualizado el previsible decremento del presupuesto total de la obra, que como se ha demostrado según los ANEXOS I. a y I. b, es rotundamente falso el porcentaje del -16% al que alude el contratista, dado que la medición final de



la obra podría variar siempre que no representen un incremento del gasto superior al 10 por 100 del precio primitivo del contrato, Impuesto sobre el Valor Añadido excluido. Como se ha justificado pormenorizadamente en este informe, NO se constituye una alteración de las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación y tampoco es necesaria la tramitación de una modificación del contrato dado que no nos encontramos en ninguno de los supuestos del citado art 107". En el mismo sentido, frente a la alegación de la empresa relativa a que "las mediciones que se barajan por esta contratista y que determinan una variación que representa el - 16% del presupuesto, no se basan en una simple planificación inicial susceptible de posibles importantes alteraciones, sino que resultan de un proyecto, supervisado, aprobado y replanteado previamente por esa Diputación Provincial, y de una concretas directrices dadas por la misma, a través de la Dirección de obra y su Asistencia Técnica una vez adjudicada la obra, replanteada e iniciado los trabajos", de nuevo la Directora de Obra en informe de 12 de diciembre de 2018 manifiesta que "No existe alteración sustancial de las condiciones esenciales de licitación y adjudicación. Las mediciones incluidas en el ANEXO II y III no se corresponden con la realidad, dado que se han reducido anchos de capas de MBC, se han eliminado toneladas de peraltes y regularización, se ha utilizado un % de betún y una densidad de una fórmula de trabajo no aprobada por la dirección de obra, se han reducido las toneladas de emulsión bituminosa...etc. Todo ello unilateralmente por parte de la empresa para tergiversar las mediciones". Asimismo, el informe de la Dirección Facultativa de 22 de febrero de 2019 analiza las causas de oposición a la resolución del contrato que invoca el contratista, que se desestiman de acuerdo con la argumentación que se ha transcrito en el antecedente cuarto del dictamen.

De ello se desprende que, transcurrido el término previsto en el contrato para su realización, el 21 de octubre de 2018, el contrato estaría incurso en la invocada causa de resolución puesto que, como señaló el Consejo de Estado en su Dictamen 912/1997, de 27 de febrero, "(...) el simple vencimiento de los plazos sin que la prestación del contratista esté realizada implica *ipso iure* la calificación de incumplimiento, pues el contrato administrativo tiene como elemento característico ser un negocio a plazo fijo, en el que el tiempo constituye una condición esencial".

Sobre esta causa resolutoria existe una reiterada doctrina jurisprudencial (entre otras, Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1999) y del Consejo de Estado, en el sentido de que no basta cualquier incumplimiento



contractual para que se produzca el efecto resolutivo, 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, el escaso volumen de obra ejecutada a la fecha de su finalización, revela que no se trata de un "simple retraso", sino de un incumplimiento a él imputable por su pasividad culposa o negligente. En este sentido, tras la comprobación y medición de las obras realizadas, en el saldo para la liquidación del contrato consta que el importe líquido de la obra ejecutada únicamente asciende a la cantidad de 22.026,67 euros.

Favorece igualmente aquella conclusión la circunstancia de que la contratista procediera a la firma del acta de comprobación de replanteo el 16 de octubre de 2017 sin realizar objeción alguna, al igual que efectuara con el pliego y el proyecto, integrantes de la documentación contractual, sin que hiciera constar en tal momento las indeterminaciones y omisiones que posteriormente denuncia. En la firma del acta de levantamiento de la suspensión temporal total, tampoco puso de manifiesto la existencia de alteraciones sustanciales que dieran lugar a la posible modificación del contrato.

En definitiva, queda acreditado que el incumplimiento de la empresa contratista es de tal entidad que motiva la resolución del contrato al amparo del artículo 223.d) del TRLCSP. A este respecto, debe corregirse error en la parte dispositiva de la resolución que se dicte puesto que, en la de la propuesta se hace referencia a la causa establecida en la letra f), en vez de a la letra d) en la que basa toda su fundamentación jurídica.



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 100.c) del TRLCSP, 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 225.3 del TRLCSP. Todo ello sin perjuicio de la liquidación de la obra ejecutada que proceda conforme al artículo 239.1 del TRLCSP: “La resolución del contrato dará lugar a la comprobación, medición y liquidación de las obras realizadas con arreglo al proyecto, fijando los saldos pertinentes a favor o en contra del contratista (...)”.

El mencionado artículo 225.3 del TRLCSP 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”.

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 obras de acondicionamiento y refuerzo del firme de la carretera xx, tramo xxx2-xxx3, punto kilométrico 1+938 a 6+840, suscrito entre la Diputación Provincial de xxx1 y qqqq1, S.A.

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

En Zamora, en fecha al margen

DOCUMENTO FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE