



Sr. S. de Vega, Presidente

Sr. Ramos Antón, Consejero y
Ponente

Sra. Ares González, Consejera

Sr. Píriz Urueña, Secretario

La Sección Primera del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 22 de octubre de 2019, ha examinado el *procedimiento de resolución del contrato de obras suscrito entre el Ayuntamiento de xxx1 y UTE qqq1 S.L. y qqq2, 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 22 de agosto de 2019 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *procedimiento de resolución del contrato de obras suscrito entre el Ayuntamiento de xxx1 y la UTE qqq1 y qqq2, relativo a la recuperación, conservación y otras intervenciones del Castillo Medieval y el Castillo Artillero de la localidad.*

Examinada la solicitud y admitida a trámite el 26 de agosto de 2019, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 413/2019, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal 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.- Mediante Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de xxx1 de 1 de abril de 2019, se adjudica el contrato de obras para la recuperación, conservación y otras intervenciones del Castillo Medieval y el Castillo Artillero de la localidad a la UTE qqq1 y qqq2, siendo su plazo de ejecución de 18 meses a contar desde el siguiente a la fecha del acta de comprobación del replanteo.



Segundo.- El contrato se formaliza el 25 de abril. En el mismo documento, firmado por las partes, se recoge que la UTE se compromete a la ejecución de las obras con arreglo al pliego de cláusulas administrativas particulares y al de prescripciones técnicas que figuran en el expediente, documentos contractuales que acepta incondicionalmente y sin reserva alguna.

Tercero.- Ambas partes reconocen la existencia de varias comunicaciones y gestiones con el objeto del inicio de la ejecución de la obra (falta de colocación del cartel informativo de la financiación de las obras, aprobación del plan de seguridad y salud, comunicación de errores de proyecto, etc.).

Cuarto.- El 11 de junio D. yyyy, en representación de la UTE, dirige un burofax al Ayuntamiento en el que pone de manifiesto el incumplimiento del Ayuntamiento, al no citar al adjudicatario para la firma del acta de replanteo en los plazos legalmente establecidos, así como que en el proyecto se contienen unos errores de cálculo y medición insubsanables.

Se añade que en reunión con la dirección facultativa se propusieron una serie de modificaciones cuya admisión supondría la ejecución de forma diferente a lo proyectado.

Por las razones expuestas, solicita la resolución del contrato, de conformidad con el artículo 245 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público - LCSP-, (demora en la comprobación del replanteo). A su vez, los errores del proyecto, tanto de medición como de inclusión de elementos erróneos, conllevan la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, lo que constituye igualmente, según el apartado g) del artículo 211.1 de la LCSP, causa de resolución del contrato.

Finalmente, con invocación del artículo 246 de la LCSP, solicita como indemnización los gastos que le han conllevado el conseguir el contrato y la preparación de las obras, el dos por ciento de la cantidad por la que se le adjudicó el contrato y la inmediata devolución de los avales prestados.

Quinto.- El 14 de junio el arquitecto redactor del proyecto y dirección facultativa de la obra informa de que la no realización de la comprobación del



replanteo se debe a la inactividad de la empresa, niega la existencia de los errores de proyecto denunciados, así como la de existencia de desviación presupuestaria.

Sexto.- El 3 de julio el Servicio de Asistencia a Municipios de la Diputación de xxx2 informa sobre las causas y procedimiento de resolución del contrato.

Séptimo.- En sesión de 5 de julio el Pleno del Ayuntamiento de xxx1 acuerda desestimar la petición de resolución del contrato y de la indemnización solicitada, instar al contratista al cumplimiento del contrato, aprobar el plan de seguridad y salud y emplazar a la empresa a levantar acta de comprobación del replanteo en el plazo de tres días.

Octavo.- El 10 de julio la UTE adjudicataria interpone recurso de reposición en el que comunica que la UTE ha resuelto, de manera unilateral el contrato desde el 10 de junio en el que se comunicó al Ayuntamiento la demora en la comprobación del replanteo y reitera su petición de devolución de la garantía y de una indemnización del dos por ciento del presupuesto del contrato.

Noveno.- El 31 de julio el arquitecto director facultativo de la obra informa nuevamente de que se mantuvieron contactos con la empresa sin que se pudiera llegar a un acuerdo; que, de conformidad con la cláusula 42.3 del pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP), el contratista estaba obligado a entregar, en el plazo máximo de 30 días contados desde la formalización del contrato, el programa de trabajo para su aprobación por el órgano de contratación, sin que se hubiera dado cumplimiento a esta cláusula. Ante esta situación Ayuntamiento y dirección facultativa se mantuvieron a la espera de recibir el programa de trabajo indispensable para efectuar la comprobación del replanteo, previo al comienzo de las obras, considerando que aparentemente se trataba de alguna excepcionalidad para demorar la fecha de la firma de la citada acta y que se justificaría a posteriori.

Una vez detectado que el programa de trabajo no se presentaba en las oficinas municipales, se optó por convocar a las partes a la firma del acta de comprobación del replanteo y previo a ello fue aprobado el Plan de Seguridad y Salud por el Ayuntamiento, el 5 de julio de 2019.

Se reitera que, de acuerdo con la cláusula 39 del PCAP, corresponde a la dirección facultativa "la interpretación técnica del proyecto y la facultad de dictar



las órdenes para su desarrollo. El contratista no podrá aducir, en ningún caso, indefinición del proyecto. Si, a su juicio, adoleciese de alguna indefinición, deberá solicitar por escrito de la Dirección Facultativa la correspondiente definición con la antelación suficiente a su realización, quien deberá contestar en el plazo de un mes a la citada solicitud”, que es lo que se ha venido realizando en respuesta a los escritos enviados por la empresa al Ayuntamiento.

Por último se rebaten técnicamente las supuestas irregularidades del proyecto denunciadas por el contratista.

Décimo.- Mediante Acuerdo del Pleno de 1 de agosto se desestima el recurso de reposición interpuesto y se inicia el procedimiento de resolución del contrato por la causa de resolución prevista en el artículo 211.1.f) de la LCSP: “El incumplimiento de la obligación principal del contrato”.

Decimoprimero.- Concedido trámite de audiencia a la contratista y a su avalista, el 9 de agosto el primero presenta alegaciones en las que considera que no existe fundamento legal que ampare la resolución pretendida y se niega la renuncia por parte de la UTE.

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

Decimosegundo.- Mediante Acuerdo del Presidente del Consejo Consultivo de Castilla y León de 12 de septiembre de 2019 se acuerda la suspensión del plazo para emitir dictamen a efectos de que se complete el expediente con la propuesta de resolución.

Recibida esta documentación -propuesta de 4 de octubre de 2019, de resolución contractual por incumplimiento de la obligación esencial del contrato-, se reanuda el plazo para la emisión del 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, por el que se determina la composición y competencias de las Secciones.

2ª.- La normativa aplicable, tal como se recoge en el PCAP que rige el contrato, viene determinada fundamentalmente, además de por dicho PCAP, por la LCSP, 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, 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).

En cuanto al procedimiento para el ejercicio de la prerrogativa de resolver el contrato, el procedimiento resolutorio aparece previsto en los artículos 190 y 191 de la LCSP, que establecen como trámites preceptivos la audiencia al contratista y, cuando se formule oposición por parte de éste –como ocurre en supuesto analizado-, el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva.

La competencia para acordar la resolución del contrato y determinar sus efectos corresponde al órgano de contratación, de conformidad con el artículo 190 de la LCSP.

3ª.- El asunto sometido a consulta versa sobre la resolución del contrato de obras suscrito entre el Ayuntamiento de xxx1y la UTE qqq1 y qqq2, relativo a la recuperación, conservación y otras intervenciones en el Castillo Medieval y el Castillo Artillero de la localidad.

La cuestión de fondo se centra en el análisis de la concurrencia de la causa de resolución del contrato prevista en el artículo 211.1.f) de la LCSP: “El incumplimiento de la obligación principal del contrato”.

Ha de recordarse que, debido a los graves efectos de la resolución del contrato, tanto la jurisprudencia (Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 1983 y de 20 de abril de 1999) como este Consejo Consultivo (por todos, Dictamen 90/2004), de acuerdo con la doctrina del Consejo de Estado, realizan, cuando se trata de causas objetivas o imputables al contratista, una



interpretación restrictiva, al considerar que las obligaciones contractuales incumplidas deben ser "esenciales", de forma que no todo incumplimiento provoca la resolución, sino sólo aquellos realmente graves y que afectan a obligaciones fundamentales.

La resolución por incumplimiento del contrato ha de limitarse a los supuestos en que se patentice una voluntad deliberadamente rebelde a su cumplimiento, al señalar el Tribunal Supremo, en Sentencia de 21 de junio de 1985 que "(...) la aplicación del ordenamiento común como supletorio del administrativo y, en particular, del artículo 1.124 del Código Civil para integrar las normas de los artículos 65 y 66 del Reglamento de Contratación de las Entidades Locales, implica la asunción por esta jurisdicción de la doctrina legal establecida por la ordinaria al interpretar aquel precepto, según el cual, con el designio de que se conserven los contratos válidamente celebrados, se restringe su resolución limitándola a los supuestos en que se patentice una voluntad deliberadamente rebelde a su cumplimiento o se produzca un hecho obstativo que, de manera definitiva, lo impida, (...)".

El Consejo de Estado, al tratar del poder resolutorio de la Administración, sostiene en su Dictamen 41.941, de 1 de marzo de 1979, que "la facultad de resolución constituye de suyo una consecuencia tan grave que obliga a estimarla aplicable tan sólo en los casos más graves de incumplimiento, pues resultaría notoriamente desproporcionado e injusto que cualquier incumplimiento, aun mínimo, supusiera tal resolución, ya que ésta constituye una opción que la Administración ha de ejercer siempre con obligada medida". Mantiene además en su Dictamen 42.000, de 22 de febrero de 1979, que "es justamente el principio de buena fe el que debe servir de guía capital para determinar la causa de resolución aplicable y las consecuencias económicas de la misma, partiendo de la realidad de las actuaciones y omisiones producidas".

Tal y como se señala en los informes que obran en el expediente, los trabajos no han sido iniciados, no habiéndose dado cumplimiento siquiera a la obligación prevista en la cláusula 42.3 del PCAP, en la que se recoge que "el contratista estará obligado, en el plazo máximo de treinta días, contados desde la formalización del contrato, a someter el programa de trabajo a la aprobación del Órgano de Contratación correspondiente,...".



Consta asimismo que el contratista intentó la resolución del contrato por la demora de más de un mes (artículo 237 de la LCSP) para levantar el acta de comprobación del replanteo, cuestión ésta sobre la que existe controversia, haciéndose cada una de las partes responsables recíprocamente. En este sentido cabe señalar, por un lado, que si bien se reconoce la existencia de conversaciones entre las partes sin que se llegase a un acuerdo, no existe ningún soporte documental por parte de ambas que otorgue constancia fidedigna del resultado de las conversaciones y reuniones celebradas. De otro, y en cuanto a esta concreta causa de resolución se refiere, debe señalarse que ha sido objeto de resolución expresa por parte del Ayuntamiento –frente a la que el contratista llegó a interponer recurso de reposición, posteriormente desestimado también-, por lo que cabría impugnación en el orden contencioso-administrativo.

En otro orden de consideraciones, consta también en el expediente que por parte del contratista se denuncia la existencia de una serie de errores de consideración en el proyecto que lo desvirtuaban por completo, extremos negados por la dirección facultativa. Así, según los diferentes informes técnicos evacuados por la dirección facultativa emitidos durante la instrucción del procedimiento, se niegan esas deficiencias y se considera posible realizar la obra según la documentación incluida en el proyecto.

La cláusula primera del documento contractual formalizado el 25 de abril de 2019 establece que la contratista “se compromete a la realización de la ejecución de las obras de recuperación, conservación y otras intervenciones del Castillo Medieval y el Castillo Artillero en xxx1, con arreglo pliego de cláusulas administrativas particulares y al pliego de prescripciones técnicas, que figuran en el expediente, documentos contractuales que acepta incondicionalmente y sin reserva alguna y de lo que deja constancia firmando en este acto su conformidad en él” (en el mismo sentido el artículo 238 de la LCSP).

No consta en el expediente justificación suficiente por parte del adjudicatario que pruebe las causas alegadas que imputan a la Administración el incumplimiento de sus obligaciones, puesto que los argumentos que expone no pueden considerarse causas que exoneren de la responsabilidad dimanante de la ausencia de una mínima actividad en relación con las obras que constituyen el objeto del contrato, no llegándose siquiera a presentar el plan de trabajo a que estaba obligado.



No parece el momento procedimental adecuado para que el contratista, antes de iniciar cualquier actividad, trate de poner de manifiesto unas supuestas deficiencias del proyecto y solicitar su resolución unilateral, una vez manifestada su voluntad de participar en la licitación y de resultar adjudicatario, sin siquiera presentar el plan de trabajo, pues supone una labor previa por parte de las empresas la de valorar si concurren o no al procedimiento de contratación a la vista del proyecto y obrar en consecuencia.

Todavía más, el momento de la comprobación del replanteo podría constituir el momento idóneo para manifestar las posibles deficiencias detectadas, tal y como señala el artículo 140 del RGLCAP: "1. El acta de comprobación del replanteo reflejará la conformidad o disconformidad del mismo respecto de los documentos contractuales del proyecto, con especial y expresa referencia a las características geométricas de la obra, a la autorización para la ocupación de los terrenos necesarios y a cualquier punto que pueda afectar al cumplimiento del contrato".

Por otra parte, es el órgano de contratación quien ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, acordar su resolución y determinar el verdadero incumplimiento, mediante la aplicación estricta de una causa especial de extinción del contrato (artículo 190 de la LCSP).

Por tanto, en el presente caso puede concluirse que efectivamente ha existido incumplimiento de la obligación esencial del contratista, pues los trabajos no han sido siquiera comenzados. En definitiva, queda acreditado que el incumplimiento de la empresa contratista es de tal entidad que motiva la resolución del contrato.

Las alegaciones presentadas por la empresa adjudicataria no desvirtúan la causa de resolución del contrato. Con la adjudicación adquirió la obligación de ejecutarlo en plazo y conforme a las cláusulas convenidas. 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 grave, ya que la obra no parece haberse iniciado, con el riesgo de pérdida de subvención concedida para este fin a la entidad local.



4ª.- El incumplimiento culpable del contratista provoca, como efectos de la resolución, la incautación de la garantía constituida 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 213.3 de la LCSP.

El mencionado artículo 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 por ello que se instruya procedimiento contradictorio con audiencia al contratista, a fin de que se individualicen los daños sufridos por el Ayuntamiento con cuantificación de los correspondientes perjuicios y, en su caso, se imponga la prohibición de contratar prevista en el artículo 71.2.d) de la LCSP.

III CONCLUSIONES

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

Procede resolver el contrato de obras suscrito entre el Ayuntamiento de xxx1 y la UTE qqq1 y qqq2, relativo a la recuperación, conservación y otras intervenciones del Castillo Medieval y el Castillo Artillero de la localidad.



**CONSEJO
CONSULTIVO**
DE CASTILLA Y LEÓN

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

En Zamora, en fecha al margen
DOCUMENTO FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE