



Sr. S. de Vega, Presidente

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

Sr. Herrera Campo, Consejero

Sr. Píriz Urueña, Secretario

La Sección Primera del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 2 de febrero de 2023, ha examinado el *expediente de resolución del contrato suscrito entre el Ayuntamiento de xxx1 y qqq1 Empresa Constructora, S.A.U.*, y a la vista del mismo y tal como corresponde a sus competencias, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN 678/2022

I ANTECEDENTES DE HECHO

El 21 de diciembre de 2022 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el expediente de resolución del contrato de obras de construcción de un edificio para la protección y puesta en valor de la basílica nnnn de xxx2. Fase II, resto de la obra (conforme Adenda: Unidades de obra pendientes de ejecución), suscrito entre el Ayuntamiento de xxx1 y qqq1 Empresa Constructora, S.A.U.

Examinada la solicitud y admitida a trámite el 22 de diciembre de 2022, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 678/2022, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, previa ampliación de este, 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 a la Consejera Sra. Ares González.

Primero.- El 9 de julio de 2021 el Ayuntamiento de xxx1 y qqq1 Empresa Constructora, S.A.U. (en adelante "qqq1" o "la contratista") formalizaron un contrato administrativo de obras para la "construcción de un edificio para la protección y puesta en valor de la basílica nnnn de xxx2. Fase II (resto de la obra)".



La duración prevista para la ejecución del contrato era de 10 meses. El 30 de julio de 2021 se firmó el acta de comprobación de replanteo y autorización del inicio de la obra, por lo que el plazo de ejecución finalizaba el 30 de mayo de 2022.

Segundo.- El 29 de noviembre de 2021 qqq1 solicita una modificación del contrato debido a la concurrencia de circunstancias imprevistas, con una ampliación del plazo de ejecución de tres meses.

El 21 de enero de 2022 la Junta de Gobierno Local notifica a la contratista el acuerdo de inicio del expediente de modificación. El 1 de febrero de 2022 la contratista manifiesta la conformidad con ella.

Tercero.- El 18 de marzo de 2022 qqq1 solicita la suspensión del contrato hasta la culminación del trámite de redacción y aprobación del proyecto modificado.

El 28 de marzo la dirección de obra informa desfavorablemente la solicitud de suspensión porque "las obras están muy retrasadas y (...) las modificaciones propuestas lo han sido a instancia de la propia empresa contratista, por lo que es perfectamente conocedora de ellas. Además, solo afectan a una parte de la intervención pudiendo continuarse en todo el resto. También se ha presentado ya el proyecto modificado y se le ha enviado a la empresa para su conocimiento".

El 1 de abril la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento acuerda desestimar la pretensión del contratista de iniciar un expediente de suspensión del contrato, darle traslado del modificado para que en su caso formule alegaciones y remitir el proyecto al Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, a fin de recabar su autorización para hacer efectivos los posibles cambios.

El 11 de abril qqq1 manifiesta su disconformidad con el informe desfavorable sobre la suspensión del contrato y con la propuesta de proyecto modificado. Reitera su solicitud de suspensión del contrato hasta que se apruebe este.

El 19 de abril la dirección de obra responde a las alegaciones.



El 5 de mayo la dirección de obra solicita un aumento de plazo para entregar el modificado completo "a la espera de la confección de los precios contradictorios".

Cuarto.- El 10 de mayo de 2022 qq1 solicita la resolución del contrato por mutuo acuerdo, así como el pago de la factura correspondiente a la certificación nº 7. Señala que "se desconoce la actualización de los materiales y acabados propuestos por la Dirección Facultativa, el proyecto modificado completo, el informe técnico emitido por los servicios municipales, la resolución correspondiente por parte de la Junta de Gobierno Local y la autorización de la coordinación del programa 1,5 % cultural en base a la Orden FOM/1932/2014. Esta circunstancia imposibilita ya el suministro e instalación de ciertos materiales, necesarios para la culminación de la edificación, antes de la finalización del plazo contractual estipulado".

El 30 de mayo qq1 solicita la emisión de las certificaciones de la obra realmente ejecutada en los meses de febrero, marzo, abril y mayo de 2022, y que se proceda a la suspensión del contrato de obra o a la resolución del contrato con base en lo indicado anteriormente.

El 31 de mayo la dirección de obra presenta el proyecto modificado completo, que se remite el 1 de junio al Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana.

Quinto.- El 12 de agosto de 2022 qq1 solicita la autorización previa del órgano de contratación para iniciar el trámite de cesión del contrato.

Informado favorablemente por la dirección facultativa, el 23 de agosto, la Junta de Gobierno Local autoriza la cesión del contrato a la empresa qq2, S.A.

En la misma fecha qq2, S.A. presenta un recurso de reposición contra la cesión del contrato. Indica que no se puede asumir el contrato cuando no se dispone de una ampliación del plazo de ejecución, por lo que no hay tiempo material para ejecutar las obras objeto de cesión; que en el proceso de negociación de la cesión con la empresa cedente se ha detectado la existencia de acreedores con deudas pendientes de pago; y por último, que el pliego de condiciones de la contratación exigía al adjudicatario estar en posesión de la clasificación K-7-4, y que no dispone de esa clasificación, sino de la K-7-3, por lo que le es imposible asumir tal cesión.



Consta en el expediente que el cumplimiento de este requisito ha sido exigido por el Ministerio de transportes, Movilidad y Agenda Urbana en oficio de 2 de septiembre de 2022, remitido al Ayuntamiento por la Subdirección General de Arquitectura y Edificación, organismo que subvenciona la obra.

El 30 de octubre de 2022 el Pleno del ayuntamiento estima el recurso de reposición y declara nulo el acuerdo de la Junta de Gobierno Local que autorizaba la cesión.

Sexto.- El 21 de septiembre de 2022 D. yyy1, en nombre y representación de qqq1, solicita la resolución del contrato por mutuo acuerdo y al abono en concepto de daños y perjuicios de la cantidad de 21.763,61 euros.

Séptimo.- El 10 de octubre de 2022 se notifica al Ayuntamiento el inicio del expediente de reintegro de la subvención afectada al proyecto, por valor de 1.201.969,28 euros, según consta en la propuesta de liquidación recibida, formulada por la Subdirección General de Arquitectura y Edificación del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana.

Octavo.- El 28 de octubre de 2022 la dirección facultativa informa que ha trascendido ampliamente la fecha prevista para finalizar la ejecución del contrato y que la contratista ha ejecutado únicamente 225.363,57 euros (a fecha 31 de octubre de 2022), lo que supone un 25,11% del total. Añade que la dirección facultativa en ningún momento ha dado la orden a la constructora de suspender los trabajos.

Noveno.- El 3 de noviembre de 2022 la Junta de Gobierno Local acuerda el inicio del expediente de resolución de contrato de obras.

Décimo.- Concedido trámite de audiencia a la contratista y al avalista, el 17 de noviembre de 2022 D. yyy2, en nombre y representación de qqq1, manifiesta su oposición a la resolución del contrato por incumplimiento del contratista y solicita que esta sea por mutuo acuerdo, sin incautación de garantía y con una liquidación a su favor de 21.763,61 euros, cantidad que cautelarmente determina como indemnización por daños y perjuicios.

Alega que la decisión de que se dedujera de las certificaciones nº 7, nº 8, nº 9 y nº 10 la valoración de algunas unidades de obra ejecutadas de acuerdo a su autorización, no habiendo estas sido previstas en el proyecto, fue contraria a derecho. Añade que hasta la fecha no ha conocido, entre otros



pormenores, la actualización de los materiales y acabados propuestos por la dirección facultativa, el proyecto modificado completo.

Señala que el 9 de junio de 2022, una vez finalizado el plazo contractual, y sin que se haya resuelto sobre las varias solicitudes de qqq1 acerca de la falta de pago, aprobación del proyecto modificado, ampliación de plazo, suspensión del contrato y resolución amistosa del mismo, el Ayuntamiento conoce durante una reunión mantenida en el Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, que el Proyecto Modificado no va a ser aprobado, debiendo ejecutarse conforme a las bases que rigen la subvención del 1,5 % Cultural. Sin embargo, esta decisión ministerial nunca se ha puesto en conocimiento del contratista hasta la notificación del escrito de emplazamiento para dar audiencia al mismo por causa del inicio del expediente de resolución de contrato.

Puntualiza que el 12 de agosto de 2022 solicitó la autorización previa y expresa del órgano de contratación para ceder el contrato, pero que nunca formuló solicitud de autorización expresa en favor de qqq2, S.A.

Considera que concurre la causa de nulidad consistente en haber sido dictada "la resolución objeto de recurso prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, de todos los antecedentes acontecidos durante la ejecución contractual, de las alegaciones por parte de qqq1, de la entidad avalista y, además, sin contar con el preceptivo dictamen del Consejo Consultivo de Castilla y León. (...)".

Undécimo.- El 29 de noviembre el arquitecto director de las obras de ejecución informa que las alegaciones realizadas tienen un carácter eminentemente jurídico, al estar basadas "en unas particulares consideraciones sobre el *iter* procesal administrativo seguido, por lo que, al no referirse a ningún aspecto técnico-constructivo, esta Dirección Técnica nada tiene que decir".

El 13 de diciembre de 2022 el facultativo informa que se dieron instrucciones precisas a la contratista de forma reiterada para que corrigiera las certificaciones de obra referidas en su escrito de alegaciones, ya que contenían errores materiales que hacían imposible su tramitación.

Señala que se comunicaron a la contratista las citadas circunstancias por correo electrónico los días 22 y 31 de marzo y, ante la falta de respuesta, se reiteró la comunicación una vez más el 18 de abril de 2022.



Añade que, paralelamente a ello, en obra se expusieron varias veces los motivos que no permitían realizar las certificaciones, por lo que supone que por ello el promotor no dio curso a sus facturas a la espera de la necesaria rectificación. Resalta que dichas facturas se presentaron sin ir acompañadas de la certificación de obra firmada por la dirección facultativa.

Expone que posteriormente, ya de forma telefónica, se aclararon en varias ocasiones las subsanaciones requeridas y finalmente se recogió correctamente en la última certificación firmada por la dirección facultativa.

Por otro lado, manifiesta la dirección facultativa que en ningún momento dio orden de suspender ni paralizar las obras de construcción, ya que las partidas que pudieran estar afectadas por el proyecto modificado nunca suponían una paralización total de las mismas.

Duodécimo.- El 15 de diciembre de 2022 la Secretaría formula informe propuesta en el que indica que "La certificación nº 7 relativa al mes de febrero 2022 (...) no fue expedida por la Dirección Facultativa de la obra con la medición de las unidades de obra ejecutadas durante el período de tiempo aludido, por lo que no había conformidad de la Administración para recibir los mismos y proceder a la aprobación de dicha certificación, (...)".

Añade que "De conformidad con los artículos 190 y 208.1, de la LCSP, la dirección facultativa de la obra no propuso la suspensión temporal total de las obras. Por lo que la obra nunca fue suspendida por prerrogativa del órgano de contratación y el procedimiento de modificación del contrato iniciado a instancia de la contratista no impedía la continuación de la obra, ya que no afectaba a toda la intervención, sino solo a una parte, por lo que no existe causa alguna que justifique, la suspensión, la demora y el pago de la indemnización que solicita la contratista.

»Que no es de aplicación al caso el artículo 198.5, para proceder a la suspensión, pues la administración no se ha demorado cuatro meses en el pago de ninguna factura conformada y legalmente emitida al efecto.

»Se informa desfavorable, la resolución del contrato por mutuo acuerdo del artículo 211.1 c) de la LCSP, pues no se cumplen las circunstancias legalmente establecidas en la legislación para ello, al constatarse una



demora en el plazo de ejecución de la obra con incumplimiento de la obligación principal del contrato.

»Además, existían razones de interés público que hacían necesaria y conveniente la permanencia y ejecución del contrato, para finalizar el Edificio (...) cuya inejecución a fecha fin de contrato, podría suponer y ha supuesto el inicio del expediente de reintegro de la subvención afectada al proyecto por valor de 1.201.969,28 euros, según consta en la propuesta de liquidación (...) formulada por la Subdirección General de Arquitectura y Edificación, EA0043927, del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana.

»(...) Se informa favorable la resolución del contrato por causa imputable al contratista por aplicación del artículo 211.1 d) La demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista, ello de conformidad con el Informe de la dirección técnica de fecha 28/10/2022, habiéndose ejecutado hasta la fecha el 25,11 % de la obra.

»(...) Que el 74,89 % de la obra no se ha realizado, por lo que los restos arqueológicos siguen sin protección, no habiéndose cumplido el objeto del contrato, frustrándose el fin primordial del proyecto. Asimismo, el ayuntamiento podrá perder la totalidad de la subvención afectada a la misma, lo que supondrá un importante quebranto económico para una entidad local de menos de 5.000 habitantes con un presupuesto inferior a los 3.000.000,00 de euros”.

Decimotercero.- Consta en el expediente la notificación a la contratista y a la avalista, el 19 y el 20 de diciembre de 2022 respectivamente, de tal informe propuesta y de la suspensión del procedimiento hasta la emisión del correspondiente dictamen por el Consejo Consultivo de Castilla y León.

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.- El procedimiento de resolución contractual se regula en el artículo 191 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), que establece como trámites preceptivos la audiencia al contratista y, cuando se formule oposición por parte de este, 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 de la 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 Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, impone la audiencia al avalista o asegurador cuando se propone la incautación de la garantía.

Estos trámites se cumplimentan en el presente procedimiento. En particular, la oposición de la contratista se formula en escrito de 17 de noviembre de 2022.

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. En el presente supuesto, es la Junta de Gobierno Local, en virtud de delegación de atribuciones conferida mediante acuerdo plenario de 30 de abril de 2021.

Por otra parte, no se ha producido la caducidad del procedimiento de resolución del contrato, al no haber transcurrido el plazo de tres meses y estar suspendida el plazo para resolver por haber solicitado el dictamen del Consejo Consultivo (artículo 22.1.d de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas).



3º.- El debate de fondo se centra en el análisis de la concurrencia de la causa de resolución del contrato prevista en el artículo 211.d) del LCSP: "La demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista. En todo caso el retraso injustificado sobre el plan de trabajos establecido en el pliego o en el contrato, en cualquier actividad, por un plazo superior a un tercio del plazo de duración inicial del contrato, incluidas las posibles prórrogas."

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. Ítem 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).

En el presente supuesto los distintos informes incorporados al expediente y, en particular, entre otros, el informe de la dirección técnica indica que se había ejecutado, a fecha 31 de octubre de 2022, únicamente el 25,11 % de la obra, cuando debió finalizar el 30 de mayo anterior, por lo que se frustra el fin primordial del proyecto -los restos arqueológicos siguen sin protección- y, como señala el informe propuesta de la Secretaria, el Ayuntamiento podrá perder la totalidad de la subvención afectada.

En todo caso, la resolución contractual ante la paralización unilateral de las obras por parte del contratista, sin autorización expresa por parte de la Administración, ha sido avalada por este Consejo Consultivo (por todos, Dictámenes 545/2021 o 269/2022) y por la jurisprudencia (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 26 de mayo de 2014).

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 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”.

En cuanto a las alegaciones realizadas por la contratista, que a su juicio justificarían la suspensión de las obras y el consiguiente retraso, debe recordarse que la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo de Valladolid del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 5 de marzo de 2019 viene reconocer la preferencia de los informes y declaraciones de los funcionarios de la Administración “pues se presume, por su condición de funcionario, una mayor objetividad e imparcialidad”.

El contratista señala en su escrito de oposición que la falta de finalización de las obras, trae causa del modo de proceder del órgano de contratación y de sus incumplimientos previos. Así, enumera las respuestas desfavorables a sus solicitudes, diversos impagos de certificaciones y que, entre otras circunstancias, nunca ha conocido el proyecto modificado completo y la actualización de los materiales y acabados propuestos por la dirección facultativa, etc.

Además de ello, considera que concurre la causa de nulidad consistente en haber sido dictada “la resolución objeto de recurso prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, de todos los antecedentes acontecidos durante la ejecución contractual, de las alegaciones por parte de qqq1, de la entidad avalista y, además, sin contar con el preceptivo dictamen del Consejo Consultivo de Castilla y León. Por tanto, se determina la nulidad de dicha actuación”.

Por su parte, la dirección de obra informa el 28 de marzo de 2022 desfavorablemente la solicitud de suspensión de las obras por encontrarse muy retrasadas, indicando que “las modificaciones propuestas lo han sido a instancia de la propia empresa contratista, por lo que es perfectamente conocedora de ellas. Además, solo afectan a una parte de la intervención pudiendo continuarse en todo el resto”. En respuesta a los alegados impagos, informa el 13 de diciembre de 2022 que se dieron instrucciones precisas a la empresa de forma reiterada, para que corrigiera las certificaciones de obra referidas en su escrito de alegaciones, ya que contenían errores materiales que hacían imposible su tramitación y por ello, su pago. Indica que diversas



facturas se presentaron al cobro, sin ir acompañadas de la certificación de obra firmada por la dirección facultativa. Por otro lado, reitera que en ningún momento dio orden de suspender ni paralizar las obras de construcción, ya que las partidas que pudieran estar afectadas por el proyecto modificado, nunca provocarían una paralización total de las mismas.

Por su parte, el 15 de diciembre de 2022 la Secretaría informa que existían importantes razones de interés público que hacían necesaria y conveniente la permanencia y ejecución del contrato, para finalizar el Edificio (...) cuya inejecución a fecha fin de contrato, podría suponer y ha supuesto el inicio del expediente de reintegro de la subvención afectada al proyecto por valor de 1.201.969,28 euros, según consta en la propuesta de liquidación (...) formulada por la Subdirección General de Arquitectura y Edificación, EA0043927, del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana”.

Además de ello, de conformidad al apartado segundo del artículo 212 de la LCSP, no puede instarse la resolución del contrato por mutuo acuerdo al ser imputable al contratista la causa de resolución de contrato.

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 a la espera de la concreción de un modificado, sino de un incumplimiento a él imputable por su pasividad culposa o negligente, a la vista de los informes obrantes en el expediente.

4ª.- El incumplimiento culpable del contratista provoca, como efecto de la resolución, la incautación de la garantía constituida en los términos previstos en el artículo 110.d) 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 213.3 de la LCSP.

El mencionado artículo 213.3 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 este 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 solo 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:

Procede resolver el contrato de obras de construcción de un edificio para la protección y puesta en valor de la basílica nnnn de xxx2. Fase II resto de obra (conforme Adenda: Unidades de obra pendientes de ejecución), suscrito entre el Ayuntamiento de xxx1 y qq1 Empresa Constructora, S.A.U.

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