CONSEJO CONSULTIVO
DE CASTILLA Y LEÓN

Sr. S. de Vega, Presidente y ponente

Sra. Ares González, Consejera
Sr. Herrera Campo, Consejero

Sr. Píriz Urueña, Secretario

La Sección Primera del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 26 de abril de 2023, ha examinado el *expediente de resolución del contrato de obra de reforma y mejora de la eficiencia energética del grupo de viviendas VPP-PD "cccc" en xxxx*, y a la vista del mismo y tal como corresponde a sus competencias, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN 153/2023

I
ANTECEDENTES DE HECHO

El día 11 de abril de 2023 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el expediente de resolución del contrato de obra de reforma y mejora de la eficiencia energética del grupo de viviendas VPP-PD "cccc" en xxxx, suscrito entre la Consejería de Medio Ambiente, Vivienda y Ordenación del Territorio y la empresa qqq1, S.L.

Examinada la solicitud y admitida a trámite el 13 de abril de 2023, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 153/2023, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, por la vía de urgencia, tal y como dispone el artículo 52 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo de Castilla y León, aprobado por 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. S. de Vega.

Primero.- Por Orden de 12 de mayo de 2022, del Consejero de Medio Ambiente, Vivienda y Ordenación del Territorio, se adjudica el contrato de obras de reforma y mejora de la eficiencia energética del grupo de Viviendas del VPP-PD "cccc", en xxxx, financiado en el marco del programa operativo FEDER 2014-2020, como parte de la respuesta de la Unión a la pandemia COVID-19, a la empresa qqq1, S.L., por un importe de 1.836.589,08 euros.

El 7 de junio 2022 se formaliza el contrato, con un plazo de ejecución de 17 meses y 15 días.

El 15 de julio de 2022 se firma el acta de comprobación del replanteo, fijándose como fecha de finalización de los trabajos el 31 de diciembre de 2023.

Segundo.- En noviembre de 2022 se procede al reajuste de anualidades del contrato para acomodarlo a la ejecución de los trabajos, de acuerdo con el diagrama de desarrollo de las obras del Programa de Trabajo reajustado y aprobado, y según el cual el importe a origen previsto de ejecutar hasta el 31 de enero de 2023 era de 351.825,61 euros.

Tercero.- La última certificación recibida, de fecha 31 de enero de 2023, arroja que el importe realmente ejecutado en siete meses y medio es de 87.304,89 euros, el 4,75 % del presupuesto total, lo cual supone a fecha del mes en curso un retraso de 264.520 euros, y el 14,40 % sobre el total del importe de adjudicación.

Cuarto.- El 6 de marzo de 2023 la Dirección Facultativa emite informe en el que pone de manifiesto el retraso sufrido durante la ejecución de la obra y que, en relación con el programa de trabajo aprobado, la evolución de la ejecución de las obras ha sido manifiestamente lenta y con dilatados períodos de paralización total de las mismas.

Quinto.- Mediante Orden del Consejero de Medio Ambiente, Vivienda y Ordenación del Territorio, de 9 de marzo de 2023, y previa propuesta de la Dirección General de Vivienda, Arquitectura, Urbanismo y Ordenación del Territorio, se inicia el procedimiento de resolución del contrato del contrato. En la misma fecha se notifica al contratista y al avalista.

Sexto.- Concedido trámite de audiencia a la contratista y al avalista, el 23 de marzo de 2023 aquella presenta alegaciones. En ellas manifiesta que "(…) la empresa adjudicataria ha puesto de manifiesto las circunstancias en las que se encuentra, tras el cambio accionarial que ha sufrido el Grupo qqq1, dando entrada en el capital social a qqq2 S.L., dicha operación se ha gestado durante el mes de septiembre de 2022 y ha supuesto una adaptación a las estructuras administrativas de gestión y de ejecución de la sociedad matriz. El cambio accionarial ha supuesto la integración de la empresa en el nuevo grupo empresarial y los inicios han requerido cambios

en los sistemas, adaptaciones informáticas y han merado el ritmo de ejecución y producción de la obra así como dificultades financieras y como dificultades financieras y de liquidez que han afectado a las empresas subcontratadas.

»El propósito e intención de la empresa es que durante el mes de abril de 2023 aumente el ritmo de ejecución para recuperar los volúmenes de certificación, cumplir la planificación, y los planes de entrega de la obra.

»Para ello hemos llegado a un acuerdo de Cesión de los Derechos de Crédito de las Certificaciones de Obra con los Subcontratistas Principales de la obra…".

Finalmente manifiesta que se anule "el proceso de resolución del contrato", lo que se interpreta como oposición a la resolución del contrato a los efectos de lo dispuesto en el artículo 193.1.a) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP).

Séptimo.- El 29 de marzo de 2023 el Servicio de Promoción Pública de Viviendas emite informe en el que en relación con las alegaciones presentadas por la contratista señala que no se aportado ningún documento que avale los compromisos que indica en su escrito y añade:

"Teniendo en cuenta la documentación presentada, y la importancia de las partidas no ejecutadas, se informa que es evidente y se presume razonablemente la imposibilidad del cumplimiento del plazo total.

»Además, considerando el grave perjuicio que para la ejecución de la obra supone la casi paralización de hecho de los trabajos, que implica:

»• los retrasos parciales acumulados que presuponen imposibilidad de cumplimiento del plazo total

»• la dificultad que implica la reanudación de los trabajos después de un periodo de tiempo prolongado casi sin actividad

»Dado el incumplimiento por parte de la empresa adjudicataria, es por lo que se solicita continúen los trámites de Resolución de Contrato con la empresa qqq1, S.L.

»La cláusula 43 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares señala que de acuerdo con lo establecido en el artículo 211.1 f) de la Ley de Contratos del Sector Público, será causa de resolución del contrato el incumplimiento de las obligaciones contractuales esenciales señaladas en el cuadro de características de este pliego.

»A la vista de lo expuesto, se propone proceder a la resolución, situación que ampara la aplicación del artículo 211 f) de la LCSP, con incautación de la fianza constituida en su día por importe de 83.481,32 euros como garantía de su cumplimiento, a los efectos del artículo 213.3 de la citada Ley".

Octavo.- El 29 de marzo de 2023 se formula propuesta de orden de resolución del contrato, de conformidad con el artículo 211.1.f) de la LCSP, con incautación de la garantía constituida por importe 83.481,32 euros.

Noveno.- El 31 de marzo de 2023 la Asesoría Jurídica de la Consejería de Medio Ambiente, Vivienda y Ordenación del Territorio, informa favorablemente la propuesta de Orden.

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 LCSP, relativo al "Procedimiento de ejercicio", 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. Por su parte, el artículo 109.1.b) del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), impone la audiencia al avalista o asegurador cuando se propone la incautación de la garantía. Estos trámites se han practicado en el procedimiento.

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 caso, de conformidad con lo previsto en el artículo 21 del Decreto 30/2021, de 4 de noviembre, por el que se desconcentran competencias en el titular de la Consejería de Fomento y Medio Ambiente, (actualmente la Consejería de Medio Ambiente, Vivienda y Ordenación del Territorio) en los titulares de sus órganos directivos centrales y en los de las Delegaciones Territoriales de la Junta de Castilla y León, la competencia corresponde al Consejero de Medio Ambiente Vivienda y Ordenación del Territorio.

3ª.- El asunto sometido a consulta versa sobre el expediente de resolución del contrato de obras de reforma y mejora de la eficiencia energética del grupo de Viviendas de VPP-PD "cccc", en xxxx financiado en el marco del programa operativo FEDER 2014-2020, como parte de la respuesta de la Unión a la pandemia COVID-19, suscrito entre la Consejería de Medio Ambiente, Vivienda y Ordenación del Territorio y qqq1, S.L.

La causa de resolución sobre la que existe oposición del contratista y, por tanto, sobre la que se centra el presente dictamen es la expresada en el artículo 211.1.f) de la LCSP.

Dicho precepto considera causa de resolución "el incumplimiento de la obligación principal del contrato" que, en principio, cabe identificar con la prestación que constituya su objeto. Con esta previsión, que carece de antecedentes en normas anteriores, la LCSP resuelve, como manifestó el Consejo de Estado en su Dictamen nº 1116/2015, de 10 de marzo de 2016, al anteproyecto de la ley, la dificultad interpretativa que planteaba el TRLCSP de 2011 en los casos en los que los pliegos declaraban esenciales varias de las obligaciones accesorias imputables al contratista, pero omitían, sin embargo, esa calificación en lo que atañe al objeto mismo del contrato (la

realización de la obra, la entrega del suministro o la prestación del servicio) por su obviedad.

En segundo lugar, el artículo 211.1.f) establece, al igual que lo hiciera el artículo 223.f) del TRLCSP, que el contrato puede resolverse ante el incumplimiento por el contratista de las restantes obligaciones esenciales, siempre que estas últimas hubiesen sido calificadas como tales en los pliegos o en el correspondiente documento técnico descriptivo. Ahora bien, frente a la regulación anterior, la LCSP incorpora dos novedades, al exigir que concurran los requisitos siguientes:

"1º Que las mismas respeten los límites que el apartado 1 del artículo 34 establece para la libertad de pactos.

»2º Que figuren enumeradas de manera precisa, clara e inequívoca en los pliegos o en el documento descriptivo, no siendo admisibles cláusulas de tipo general".

A juicio del Consejo de Estado, expresado en el mismo dictamen, con ello la Ley trata de impedir que el pliego del contrato "configure como obligaciones esenciales cuyo incumplimiento determine la resolución contractual todas las obligaciones asumidas por el contratista". Así, a diferencia de las leyes precedentes, la LCSP no contiene ya una remisión genérica a otras posibles causas de resolución "establecidas expresamente en el contrato", lo que supone que para que "este efecto extintivo pueda modularse en función de las características propias de cada contrato, la única opción remanente será la definición en el pliego de dichas obligaciones esenciales, lo que habrá de tenerse en cuenta en la confección del mismo".

En el caso planteado, sin embargo, debe dejarse al margen este segundo supuesto. El pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) si bien califica como obligaciones contractuales esenciales las determinadas en el Anexo 6 del PCAP, por parte de la Administración no se hace constar que los incumplimientos que invoca hayan sido calificados específicamente como obligaciones esenciales.

De este modo, la propuesta de resolución se refiere directamente al incumplimiento de la obligación principal del contrato, la cual, como se ha indicado, se identifica con el incumplimiento de la prestación objeto del

mismo, es decir, la ejecución de las obras reforma y mejora de la eficiencia energética del grupo de viviendas VPP-PD "cccc" en xxxx.

A estos efectos, la cláusula 43, del PCAP determina que: "Serán causas de resolución del contrato las previstas en los artículos 211 y 245 de la LCSP.

»De acuerdo con lo establecido en el artículo 211.1 f) de la LCSP, será causa de resolución del contrato el incumplimiento de las obligaciones contractuales esenciales señaladas en el cuadro de características de este pliego".

El acta de comprobación del replanteo e inicio de las obras se formalizó el 15 de julio de 2022, fijándose el 31 de diciembre de 2023 como fecha de finalización de los trabajos.

El 6 de marzo de 2023 la Dirección de Obra emite informe en relación con el estado actual de la obra el que se indica:

"1. Con fecha 15 de julio de 2022 se firmó el Acta de Replanteo e Inicio de Obras, siendo el plazo contractual para su finalización el día 31 de diciembre de 2023

»2. Durante el tiempo transcurrido desde el comienzo de las obras, buena parte del tiempo han estado paralizadas, o con ritmos de ejecución muy lentos.

»3. En relación con el programa de trabajo aprobado, la evolución de la ejecución de las obras ha sido manifiestamente lenta, y con dilatados períodos de paralización total de las mismas, como se puede apreciar en el siguiente cuadro:

Certificaciones	Importe Ejecutado
1 Julio	0,00 €
2 Agosto	0,00 €
3 Septiembre	20.111,01 €
4 Octubre	1.344,21 €
5 Noviembre	16.592,68 €
6 Diciembre	3.818,61 €
7 Enero	45.438,38 €
Total Ejecutado	87.304,89 €

»El total ejecutado se corresponde con el 4,75 % respecto al importe inicial

»4. A la vista de todo lo anterior, se observa el incumplimiento de la programación de las obras y los técnicos que suscriben este informe, consideran razonablemente que será imposible cumplir el plazo contractual establecido, ya que la obra está técnicamente parada, por lo que se somete a la consideración de esa Administración Contratante la conveniencia de la rescisión del contrato".

El informe transcrito denuncia la paralización de las obras, lo que aparece acreditado con el hecho de que los importes de obra ejecutada en las certificaciones emitidas lo son por un importe inferior al reflejado en las previsiones contenidas en el plan de obra modificado y aprobado que fue incorporado al expediente. De la misma forma en las certificaciones aparece registrada la referencia a la paralización de las obras.

A estos efectos, la cláusula 6 del PCAP, bajo la rúbrica "plazo de ejecución", establece que "El plazo total de ejecución del contrato, es el reflejado en el cuadro de características de este pliego, o en su caso los propuestos por el adjudicatario en su programa de trabajo aprobado por la Administración y que en ningún caso podrán ser superiores a los establecidos en el referido cuadro de características.

»El acta de comprobación de replanteo y los plazos parciales que puedan fijarse al aprobar el programa de trabajo, con los efectos que en esta aprobación se determinen, se entenderán integrantes del contrato en cuanto a su exigibilidad".

En la misma línea, el apartado 3 de la cláusula 34 del PCAP, dispone que "El programa de trabajo, conteniendo los plazos totales y parciales así como las actividades críticas, será aprobado por el órgano de contratación, siendo documento contractual inseparable. Cada vez que se modifiquen las condiciones contractuales, el contratista queda obligado a la actualización y puesta al día de este programa siguiendo las instrucciones que, a estos efectos, reciba del órgano de contratación".

En este sentido, debe recordarse que el plazo del contrato es una de las características fundamentales del mismo, y no debe limitarse únicamente al plazo final, sino también, y en particular, en el caso de las obras, debe considerarse como tal la alteración de la iniciación o de la ejecución del programa de trabajo que haga presumir la imposibilidad de cumplir el plazo pactado.

Tal y como ha señalado este Consejo, ente otros en el Dictamen 608/2010, de 24 de junio, "(…) si algún sentido ha de dársele al programa de trabajo aprobado no puede ser otro que la vinculación contractual de las partes, sobre todo en cuanto a los plazos parciales y totales de ejecución de las obras. En el plan de trabajo aprobado existía un compromiso de cumplimiento de plazos que vincula contractualmente y no puede ignorarse, al ser esos períodos de ejecución los que por incumplirse dan lugar a la resolución del contrato. En el caso presente los sucesivos incumplimientos de los plazos parciales hacen inviable el cumplimiento del plazo total y otorgan fundamento a la resolución acordada".

En el caso analizado, el informe del Servicio de Promoción Pública de Viviendas de 29 de marzo de 2023 señala, en relación con esta cuestión que "Teniendo en cuenta la documentación presentada, y la importancia de las partidas no ejecutadas, se informa que es evidente y se presume razonablemente la imposibilidad del cumplimiento del plazo total".

Por ello, la propuesta de orden, a la vista de la importancia de las partidas no ejecutadas, concluye la imposibilidad de cumplimiento del plazo total.

Las alegaciones realizadas por el contratista en cuanto a la previsión de incrementar el ritmo de la obra, así como las relativas a la cesión de las certificaciones a los principales subcontratistas no han sido avaladas documentalmente.

Por lo expuesto, ha quedado acreditado que, en la fecha de inicio del expediente de resolución contractual, existía una casi paralización total de los trabajos, lo que implica un incumplimiento en cuanto a la obligación principal del contrato, por lo que puede considerarse, que se ha producido el incumplimiento de la obligación principal del contrato al amparo del artículo 211.1.f) de la LCSP.

4ª.- Por último, procede recordar que, con carácter general, 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.

Este 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 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 considerarse 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".

En este sentido, la propuesta de orden señala que se incaute la garantía constituida por importe de 83.481,32 euros y que se proceda al barrado de los documentos contables pertinentes.

III
CONCLUSIONES

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

Procede resolver el contrato de "obras de reforma y mejora de la eficiencia energética del grupo de Viviendas del VPP-PD 'cccc', en xxxx, financiado en el marco del programa operativo FEDER 2014-2020, como parte de la respuesta de la Unión a la pandemia COVID-19 suscrito entre la Consejería de Medio Ambiente, Vivienda y Ordenación del Territorio y la empresa qqq1, S.L.

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