



Sr. Amilivia González, Presidente

Sr. Estella Hoyos, Consejero

Sr. Fernández Costales, Consejero

Sr. Pérez Solano, Consejero

Sr. Madrid López, 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 17 de julio de 2008, ha examinado el *expediente de resolución de contrato administrativo de obras suscrito entre la Diputación de xxxx1 y la empresa "xxxx2 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 17 de junio de 2007, tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *expediente relativo a resolución de contrato de obra suscrito entre la Diputación de xxxx1 y la empresa "xxxx2 S.A." para el "ensanche y mejora de trazado de la ctra. nº 85 de xxxx3 a la xxxx4 y acceso a xxxx5. Tramo: xxxx6 a la xxxx4 (Kms. 10,100 al 12,000)".*

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 23 de junio de 2007, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 543/2008, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal como dispone el artículo 53 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo, 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.- Por acuerdo la Junta de Gobierno de la Diputación Provincial de xxxx1, de fecha 30 de abril de 2008, se inicia el expediente de resolución del contrato de las obras de "Ensanche y mejora de trazado de la ctra. nº 85 de xxxx3 a la xxxx4 y acceso a xxxx5. Tramo: xxxx6 a la xxxx4 (Kms. 10,100 al 12,000)", adjudicadas a la mercantil "xxxx2 S.A.".



La causa de la resolución es el incumplimiento por parte de la empresa del plazo final de ejecución de las obras, ya que debían estar terminadas el día 28 de enero de 2008 y se encuentran suspendidas unilateralmente por la empresa contratista desde el 15 de septiembre de 2007, debido a un desacuerdo entre la Administración y la empresa adjudicataria de las obras sobre las mediciones realizadas por el técnico de la Diputación, reclamando, además, la cantidad de 143.340,63 euros por obra ejecutada al margen del presupuesto del proyecto aprobado y no autorizada por el órgano de contratación.

Segundo.- Por acuerdo de la Junta de Gobierno de la Diputación Provincial de xxxx1 de 28 de septiembre de 2006, se aprueba el expediente de contratación y el pliego de cláusulas administrativas particulares para contratar, por procedimiento abierto y mediante subasta pública, las obras de "Ensanche y mejora de trazado de la ctra. nº 85 de xxxx3 a la xxxx4 y acceso a xxxx5. Tramo: xxxx6 a la xxxx4 (Kms. 10,100 al 12,000)".

Las obras son adjudicadas por acuerdo de la Junta de Gobierno de la Diputación Provincial de 15 de noviembre de 2006 a la empresa "xxxx2 S.A.", por un importe de 198.000,00 euros, IVA incluido, formalizándose el correspondiente contrato administrativo de las obras con fecha 22 de diciembre de 2006.

Con fecha 18 de enero de 2007, se formaliza el acta de comprobación de replanteo, acordándose por los representantes de la Administración y de la empresa adjudicataria posponer temporalmente el inicio de las obras, por no disponer de la totalidad de los terrenos necesarios para su normal ejecución, al "encontrarse en tramitación la documentación necesaria, por lo que se acuerda posponer su inicio hasta la resolución del expediente de Expropiación Forzosa".

Tras una comunicación escrita ordenando a la parte contratista el comienzo de las obras, con fecha 28 de mayo de 2007 se formaliza un acta de comparecencia entre el contratista, un representante de la Administración, y el director de las obras, en el que se acuerda iniciar las mismas. Por ello, teniendo en cuenta la referida fecha y dado que el plazo de ejecución que figura en el pliego de cláusulas administrativas particulares que rige el contrato está fijado en ocho meses, los trabajos deberían haber finalizado el 28 de enero de 2008.



Comenzada la ejecución de las obras, el 10 de agosto de 2007 se aprueba la primera certificación por importe de 94.001,02 euros.

Señala la Administración contratante que el 15 de septiembre de 2007 la empresa abandona las obras, al existir discrepancias en las mediciones de la obra ejecutada y no existir acuerdo con una certificación del Director Técnico de la misma, que fue devuelta sin firmar en noviembre de 2007.

Consta en el expediente administrativo un Acuerdo de la Diputación Provincial de xxx1 de 20 de diciembre de 2007, por el cual "queda enterada" de la concesión de prórroga por la Dirección General de Administración Territorial de la Junta de Castilla y León hasta el 30 de junio de 2008, para poder justificar la subvención autonómica del 55% con que financia las obras y acordando realizar nuevas mediciones de las obras y resolver las incidencias, previa audiencia del contratista, a la mayor brevedad posible.

Con fecha 22 de enero de 2008, la empresa adjudicataria realiza alegaciones sobre las mediciones, señalando que, según los datos de su topógrafo, las mismas superan con creces el precio de ejecución de la obra, por lo que solicita que se realicen nuevas mediciones de la obra ejecutada.

El Ingeniero Director, en informe fechado el 31 de enero de 2008, señala que la empresa contratista ha presentado unas mediciones desproporcionadas y no ajustadas a la realidad. En ellas se incluye una excesiva medición en roca, sin especificar a qué puntos kilométricos corresponde cada unidad ni el criterio seguido en su determinación, cuando, según consta en el precio descompuesto, para que sea éste el tipo de material excavado es necesaria la utilización de martillo rompedor y en ningún momento de la ejecución del movimiento de tierras se ha utilizado este tipo de herramienta.

Asimismo, se informa que se efectuó por un topógrafo una medición de las obras sobre el terreno, que se remitió el 8 de febrero de 2008 a la empresa adjudicataria, adjuntando detalle de toda la medición realizada, teniendo en cuenta el tipo de materiales extraídos en diferentes puntos de la traza y concediéndose un plazo de diez días naturales para efectuar alegaciones a la nueva medición efectuada.



En escrito de 28 de febrero de 2008, la empresa adjudicataria expresa su total desacuerdo con las nuevas mediciones efectuadas por el Técnico Topógrafo de la Diputación de xxxx1, solicitando la celebración de una reunión con el Director Técnico para aclarar las discrepancias existentes. En escrito de 11 de marzo de 2008 se convoca a la reunión señalando expresamente que el incumplimiento de los plazos de ejecución y de expedición de certificaciones está poniendo en peligro la financiación de las mencionadas obras. Dicha reunión se celebra el 25 de marzo de 2008 en el Servicio de Infraestructuras y Obras de la Diputación, participando en ella el representante de la empresa y el director técnico de las obras, encontrándose también presente el funcionario vigilante de la obra.

Según los antecedentes del acuerdo de iniciación del expediente de resolución, "después de esta reunión, se emitió por el Director Técnico de las obras la segunda certificación por importe de 64.483,95 euros que fue firmada y aceptada por el representante de la empresa, correspondiente a trabajos de excavación y afirmado realizados en la obra con anterioridad a 15 de septiembre de 2007, la cual es análoga, una vez rectificadas puntualmente, a la anteriormente expedida, fecha en la que, como se ha dicho, la obra quedó abandonada unilateralmente por la empresa adjudicataria".

El 7 de abril de 2008, el Jefe del Servicio de Infraestructura y Obras expone que subsisten las discrepancias con la empresa contratista, relativas fundamentalmente a mediciones y tipo de excavación, exponiéndose lo siguiente:

"La Dirección Técnica de la obra cuantificó el movimiento total de tierras en 10.253 metros cúbicos, no teniendo en cuenta las sobreexcavaciones realizadas en los taludes por considerarse injustificadas, al no estar previstas en el proyecto técnico aprobado y no haber sido autorizadas por la Dirección de las obras. El contratista valora la excavación total en 14.114,00 m³. Si se tiene en cuenta las sobreexcavaciones la medición de la Diputación ascendería a 12.414,30 m³.

»En cuanto al tipo de material excavado, la Diputación defendió que a tierra correspondían a 6.672,40 m³, 1.197,80 m³ a roca y el resto a material de tránsito, justificando los puntos kilométricos en que se ubican cada uno de ellos. Por su parte el contratista defiende -aunque sin argumentos- que el 50% de sus mediciones son en roca y el 50% restante en tierras.



»Ante la disparidad de posiciones, en primer lugar se le ha pedido que firme la 2ª certificación. Propone el contratista que un técnico independiente arbitre en la discusión para dar la razón a quién corresponda (...)"

Finalmente, en el citado informe se afirma que, dada la situación actual de bloqueo de la obra, que se encuentra abandonada y suspendida unilateralmente por el contratista, y sin visos de continuarla, sin haber finalizado totalmente las obras (falta el reperfilado de la zahorra artificial del firme y el pavimento de mezcla bituminosa en caliente), la mejor opción a adoptar puede ser la de rescindir el contrato.

A consecuencia de ello, la Junta de Gobierno de la Diputación, acuerda iniciar expediente administrativo de resolución del mencionado contrato, por incumplimiento por parte del contratista del plazo final de ejecución de las obras, que deberían haber finalizado el día 28 de enero de 2008 y desde el 15 de septiembre de 2007 se encuentran abandonadas y suspendidas unilateralmente por la contratista, por desacuerdo sobre las mediciones realizadas.

Tercero.- Concedido el trámite audiencia a la empresa adjudicataria y a la empresa avalista de las obras ("xxxx7, S.A."), al objeto formular alegaciones u observaciones en defensa de sus derechos, el 15 de mayo de 2008 la empresa contratista presenta un escrito en el que afirma, que "sólo queda por terminar un 20% (riego de imprimación y mezcla bituminosa) aproximadamente de la obra, ascendiendo la cuantía o valor de lo pendiente de obra a ejecutar a la cantidad de 39.531,82 euros" y que ha realizado mucha más obra de la presupuestada, habiéndosele abonado "sólo dos certificaciones de obra de 94.001,02 euros y 64.483,95 euros, quedando pendiente de abonar por obra ejecutada, según la empresa, la cifra de 143.340,63 euros". Por otro lado señala que se han llevado a cabo obras fuera del presupuesto con aprobación de la propiedad; y se justifica la suspensión de la obra en la imposibilidad de atender el pago de los salarios de los trabajadores, por lo que "no tuvo otra salida que suspender las obras e iniciar una serie de conversaciones con el Técnico Director para solucionar el problema".

Cuarto.- A la vista de las alegaciones de la empresa adjudicataria, el técnico director de las obras realiza un nuevo informe en el que, en términos generales, se ratifica en el informe emitido el 7 de abril de 2008.



Quinto.- El 23 de mayo de 2008 el Secretario General de la Diputación de xxx1 realiza un exhaustivo informe jurídico sobre la resolución del contrato.

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.- 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 la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (en adelante LCAP); 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 resto de disposiciones aplicables, entre las que se encuentran las referentes al régimen local.

La competencia para acordar la resolución del contrato y determinar sus efectos corresponde al órgano de contratación, conforme dispone el artículo 59 de la LCAP; en el presente caso, de acuerdo con el contrato suscrito, a la Junta de Gobierno de la Diputación Provincial, al haber sido dicho órgano el de contratación en el expediente.

En lo relativo al *iter* procedimental, se encuentra previsto en el artículo 109 del RGLCAP, que, con observancia de las reglas establecidas en el artículo 59 de la LCAP, sujeta la resolución del contrato al cumplimiento de los siguientes requisitos:



- a) Audiencia del contratista por plazo de diez días naturales, en el caso de propuesta de oficio.
- b) Audiencia, en el mismo plazo anterior, del avalista o asegurador si se propone la incautación de la garantía.
- c) Informe del Servicio Jurídico -en este caso emitido por el Secretario General de la Corporación- no siendo preceptivo en casos de demora.
- d) Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, cuando se formule oposición por parte del contratista.

En cuanto al procedimiento administrativo seguido para la instrucción del expediente, se han cumplido los requisitos fijados en el artículo 109.1 del RGLCAP, dando audiencia tanto al contratista como al avalista, y cumpliéndose el previsto en el apartado d) con el presente dictamen.

Puede afirmarse, por ello, que existe en el expediente la documentación sustancial para su tramitación, incluida la declaración de incautación de la garantía, de la forma prevista en el artículo 113.4 de la LCAP.

3ª.- Vistas las cuestiones referentes al régimen jurídico aplicable y a los requisitos formales, procede determinar si concurre alguna causa que ampare la resolución contractual pretendida.

La intervención del Consejo Consultivo en un caso como el presente ha de centrarse en examinar la concurrencia de la causa de resolución alegada y si este incumplimiento puede considerarse imputable a la empresa contratista, al objeto de sopesar lo fundado de la pretensión resolutoria de la Administración, a la vista del contenido de la oposición del contratista.

La Administración contratante fundamenta la resolución del contrato en que se ha incumplido el plazo final debido a que las obras no están totalmente finalizadas y que, como consecuencia de una serie de discrepancias sobre las certificaciones emitidas, se ha producido abandono de la obra a falta de terminación.



La demora en el cumplimiento del plazo total es causa de resolución de los contratos administrativos y está prevista en los artículos 95.3, 96.1 y 111.e) de la LCAP. A mayor abundamiento, se contempla en el pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato que, conforme a la Cláusula 3ª, era de ocho meses, plazo que comenzó a contarse a partir del día 28 de mayo de 2007, finalizando en consecuencia el 28 de enero de 2008.

Los requisitos para que se dé la causa de resolución invocada por el Ayuntamiento son:

- 1) Que el plazo total de ejecución haya terminado.
- 2) Que la obra no esté finalizada.
- 3) Que el contratista haya incurrido en la demora por causas imputables a él.

Al respecto, al día de hoy el plazo total de ejecución ha terminado, cumpliéndose, pues, el primer requisito.

En cuanto al cumplimiento del segundo requisito, la propia empresa contratista reconoce que la obra no está finalizada.

Así, el artículo 110 de la LCAP dispone que el contrato se entenderá cumplido por el contratista cuando éste haya realizado, de acuerdo con los términos del mismo y a satisfacción de la Administración, la totalidad de su objeto, extremo que no se ha cumplido, al faltar más de un 20% de las prestaciones pendientes (falta el perfilado de zahorra artificial de firme y el pavimento de mezcla bituminosa en caliente), y al haber abandonado la obra el contratista.

En cuanto al tercer requisito, que el contratista haya incurrido en demora por causas imputables al mismo (artículo 95.3 de la LCAP), debe tenerse en cuenta que la culpa de la empresa se aprecia partiendo de la consideración inicial de que la obra no se ha acabado de ejecutar, siendo de cuenta de aquella demostrar que este incumplimiento se debe a causas ajenas a ella misma. Lo cierto es que la actitud de la empresa, que dejó en su momento de trabajar en la obra sin haberla acabado, implica un juicio de culpabilidad, pues



no son razones suficientes para adoptar esa actitud supuestos defectos del proyecto -respecto de los que no existe prueba concluyente-, ni la justifica la presunta la realización de otras obras no contenidas en los pliegos de contratación.

Por ello, este Consejo Consultivo, a la luz de la documentación remitida, entiende que la causa de resolución -demora en el cumplimiento del plazo total de ejecución- sí es imputable a la empresa contratista.

4ª.- Por lo que se refiere a la entidad del incumplimiento en el presente caso, en el contexto de la relación jurídica contractual que se examina, puede ser calificado de incumplimiento grave del contratista.

Respecto a esta causa resolutoria existe una reiterada doctrina jurisprudencial (entre todas, 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 tratarse de incumplimiento grave y de naturaleza sustancial del contrato, al ser la resolución la consecuencia más grave que puede derivarse de esta circunstancia.

En relación con lo anterior cabe considerar que las partidas que faltan por ejecutar de la obra tienen un volumen presupuestario no desdeñable, y que la actitud de la empresa contratista ha supuesto un problema administrativo y de financiación para la Diputación, dado que la Corporación ha tenido que solicitar dos prórrogas para justificar una subvención.

Debe tenerse presente que la Cláusula 22ª del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares establece que, con carácter general, cuantas incidencias surjan entre esta Diputación y el contratista en la ejecución del contrato de obras, serán tramitadas y resueltas por la primera a la mayor brevedad posible, adoptando las medidas convenientes para no alterar el ritmo de las obras.

Asimismo, tal y como ha mantenido 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 el presente caso, de la apreciación de los hechos dado que la obra no ha finalizado, resulta que no se trata de un “simple retraso” del contratista, sino de un incumplimiento imputable al mismo por su pasividad culposa o negligente.

5ª.- En resumen, se aprecia un incumplimiento de la empresa contratista de tal entidad que procede la resolución del contrato y la incautación de la garantía luego constituida, sin perjuicio de la indemnización de los daños y perjuicios que hayan podido seguirse para la Administración contratante por la actuación de la contrata, en lo que exceda de dicha garantía, de conformidad con el artículo 113.4 de la LCAP.

Dicho artículo se ha de poner en relación con lo dispuesto en el artículo 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”.

III CONCLUSIONES

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

Procede resolver el contrato administrativo de obra suscrito entre la Diputación de xxxx1 y la empresa “xxxx2 S.A.” para el “ensanche y mejora de trazado de la ctra. nº 85 de xxxx3 a la xxxx4 y acceso a xxxx5. Tramo: xxxx6 a la xxxx4 (Kms. 10,100 al 12,000)”.

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