



Sr. Amilivia González, Presidente

Sr. Estella Hoyos, Consejero

Sr. Fernández Costales, Consejero

Sr. Pérez Solano, Consejero y

Ponente

Sr. Madrid López, Consejero

Sr. Nalda García, Consejero

Sr. Sobrini Lacruz, Secretario

La Sección Primera del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 26 de noviembre de 2009, ha examinado el *expediente de resolución de contrato suscrito entre la Universidad de xxxxx y la empresa qqqqq, 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 19 de octubre de 2009 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *expediente relativo a la resolución del contrato de obra suscrito entre la Universidad de xxxxx y la empresa qqqqq, S.A., para la construcción de un edificio para los Servicios Administrativos Centrales.*

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 21 de octubre de 2009, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 1.133/2009, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, previa ampliación de éste, tal como dispone el artículo 53 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de Castilla y León, aprobado por el Decreto 102/2003, de 11 de septiembre. Turnado por el Sr. Presidente del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Pérez Solano.

Primero.- Mediante Resolución rectoral de 15 de diciembre de 2005 se convoca concurso público para la contratación de la obra "Construcción del edificio para los Servicios Administrativos Centrales de la Universidad de xxxxx", cuya adjudicación se efectúa el 31 de marzo de 2006 a la empresa qqqqq, S.A. por un importe de 7.716.527 euros, IVA incluido.



El contrato se formaliza el 12 de abril de 2006. En su cláusula segunda se estipula que la empresa qqqqq, S.A. se compromete a realizar la obra indicada con estricta sujeción al pliego de cláusulas administrativas y al proyecto de obra, así como a ejecutar las soluciones técnicas y mejoras incluidas en su oferta aceptadas por parte de la Universidad; y en la cláusula quinta se indica que el plazo de ejecución de la obra es de dieciséis meses, contados a partir del día siguiente al de la firma del acta de comprobación del replanteo, que data de 13 de junio de 2006, por lo que el plazo de ejecución finaliza el 14 de octubre de 2007.

Segundo.- El 17 de octubre de 2007 se extiende el acta de comprobación de las obras, en la que se pone de manifiesto la imposibilidad de recibir éstas por no haber finalizado, como se acredita en la certificación nº 16 y en el informe de planificación y certificación de la UTE qqqq1, correspondiente al mes de septiembre. En ese mismo momento se entrega a qqqqq S.A. un nuevo proyecto reformado que incluye un incremento del plazo y se le concede un plazo de tres días hábiles para presentar alegaciones o prestar conformidad en su caso.

Tercero.- El 30 de abril de 2008 se reforma el contrato para la ejecución del proyecto, cuya cuantía asciende a 908.816,09 euros -IVA incluido- y el plazo de ejecución de cuatro meses a partir de la firma del acta de comprobación de replanteo viable, cuya fecha es de 12 de mayo de 2008, por lo que el nuevo plazo de ejecución finaliza el 13 de septiembre de 2008.

En la cláusula segunda del contrato la empresa qqqqq, S.A. se compromete a realizar el reformado de obra indicado, con estricta sujeción al pliego de cláusulas administrativas y al proyecto reformado, así como a ejecutar las soluciones técnicas y mejoras ofertadas para la obra inicial.

Cuarto.- Mediante Resolución rectoral de 11 de julio de 2008 se concede una prórroga de una semana para la ejecución de la obra, motivada por los retrasos provocados por la huelga de transportes iniciada el 8 de junio, por lo que el nuevo plazo de finalización de la obra es el 20 de septiembre de 2008.

El 11 de septiembre de 2008 la empresa qqqqq presenta escrito en el que solicita la ampliación de plazo de ejecución en 91 días naturales. Respecto a esta petición el arquitecto-director de la Oficina Técnica de la Universidad de



xxxxx emite informe el 24 de septiembre de 2008, en el que propone la resolución del contrato por incumplimiento de éste, al no ejecutarse la obra en los plazos previstos debido a la falta de medios humanos y materiales, así como a la falta de coordinación, equipos de trabajo, personal de la empresa, puesto que todo ha sido subcontratado, lo que supone un incumplimiento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Por ello no se acepta la ampliación del plazo solicitada por la empresa.

Quinto.- Mediante Resolución rectoral de 9 de diciembre de 2008 se resuelve el expediente contradictorio relativo a las incidencias surgidas en el contrato de obra iniciado mediante Resolución de 10 de octubre de 2008. Además, se acuerda imponer penalidades por demora a la empresa contratista a partir del día siguiente a la fecha de finalización del plazo de ejecución y conceder la ampliación por plazo de tres meses para la terminación del contrato, por lo que el nuevo plazo de ejecución finaliza el 20 de diciembre de 2008.

Sexto.- El 16 de diciembre de 2008 la empresa qqqq1, que ejerce el control de calidad de la obra, informa de que, según el estado de ejecución, la obra no va a finalizar en la fecha prevista y calcula que el plazo necesario para su finalización es de dos meses y medio, extremo que es confirmado por el arquitecto-director de la Oficina Técnica el 17 de diciembre.

Por Resolución rectoral de 22 de diciembre de 2008, y en respuesta a la ampliación de plazo de 45 días naturales solicitada por la empresa contratista se acuerda continuar con la imposición de penalidades y ampliar el plazo de ejecución hasta el 8 de marzo de 2009.

Séptimo.- El 5 de marzo de 2009 la empresa solicita la suspensión temporal de las obras y la prórroga del plazo de ejecución. El Arquitecto-Director de la Oficina Técnica de la Universidad de xxxxx emite informe el 12 de marzo de 2009 en el que concluye que no procede la ampliación solicitada puesto que el retraso en la ejecución de la obra se ha producido por motivos imputables al contratista.

Por Resolución Rectoral de 7 de abril de 2009 se acuerda continuar con la imposición de penalidades hasta la fecha de recepción positiva de las obras o hasta la fecha de la declaración de la resolución del contrato.



Octavo.- El 7 de abril de 2009 se firma el acta de recepción de la obra, en la cual se acuerda no recibir las obras por no encontrarse en estado de ser recibidas y se concede a la empresa contratista un plazo de 45 días para llevar a efecto la subsanación y ejecución de los defectos observados. El plazo finaliza el 22 de mayo de 2009.

Una vez finalizado este plazo, el 28 de mayo de 2009 se firma la segunda acta de recepción de la obra, en la que se acuerda no recibir las obras por no encontrarse en estado de ser recibidas y se concede a la empresa contratista un plazo improrrogable, hasta el 25 de junio de 2009, para llevar a efecto la subsanación y ejecución de los defectos observados.

Noveno.- El 26 de junio de 2009 se firma la tercera acta de recepción de la obra por la Comisión Receptora que, tras proceder al reconocimiento de aquella, acuerda no recibirla no otorgar un nuevo plazo de ejecución. Se adjunta el informe de deficiencias que presenta la obra de acuerdo con el proyecto e instrucciones de la dirección facultativa, así como las detectadas en las distintas estancias de acuerdo con las denominaciones del proyecto y el incumplimiento de alguna de las mejoras ofertadas por qqqqq.

Décimo.- El 26 de junio de 2009 se dicta Resolución rectoral por la que se acuerda la iniciación del procedimiento de resolución del contrato y se concede trámite de audiencia a la empresa contratista y a la entidad avalista durante un plazo de diez días naturales para que puedan formular alegaciones.

La empresa contratista se opone a la resolución del contrato en base a los siguientes motivos:

“1.- La Administración modificó los trabajos a ejecutar continuamente, ordenando obra no incluida ni en el Proyecto Original ni en el Reformado, desde febrero de 2008, es decir, con anterioridad al plazo de finalización contractual establecido el día 20 de septiembre de 2008.

»2.- La Administración modificó parte de los trabajos durante el período comprendido entre septiembre del año 2008 y enero del 2009, es decir, con posterioridad a la conclusión del plazo contractualmente establecido el 20 de septiembre de 2008, e incluso tras las ampliaciones otorgadas en el mes de



diciembre de 2008 que finalizaba el pasado 8 de marzo de 2009, e incluso en las actas de supuestas deficiencias.

»3.- Gran parte de los supuestos defectos contenidos en el informe que acompañaba al Acta de Recepción negativa de 7 de abril de 2009, así como los que acompañan al Acta de Recepción de 28 de mayo de 2009 y a esta Acta, no son tales, sino que resultan ser unidades nuevas ordenadas por la Dirección Facultativa, no contempladas en el proyecto original, ni tampoco en el modificado, correspondiendo en su mayoría a los precios contradictorios a día de hoy, en su mayoría no aprobados. A su vez se están mencionando una serie de deficiencias que mencionan las cuales ya están corregidas (...).”

Decimoprimer.- El 1 de julio de 2009 la Asesoría Jurídica de la Universidad de xxxxx emite informe favorable al Acuerdo de inicio del procedimiento de resolución del contrato.

Decimosegundo.- Con fecha 22 de julio de 2009 se solicita al Consejo Consultivo de Castilla y León que emita informe preceptivo sobre la resolución del contrato.

Mediante Resolución rectoral de 22 de julio de 2009 se acuerda suspender el plazo para resolver el contrato desde la fecha de formalización de petición de informe al Consejo Consultivo hasta la recepción del mismo por la Universidad, lo que se notifica al interesado.

Decimotercero.- Mediante Acuerdo de 25 de agosto de 2009 del Presidente del Consejo Consultivo de Castilla y León se inadmite el expediente relativo a la resolución del contrato de obra suscrito entre la Universidad de xxxxx y la empresa qqqq, S.A. para la construcción de un edificio para los Servicios Administrativos Centrales, porque en él no se incluye borrador, proyecto o propuesta de resolución.

Decimocuarto.- El 20 de septiembre de 2009 se formula propuesta de resolución rectoral por la que se resuelve el contrato de obras, se incauta la garantía definitiva y se exige a la empresa contratista la indemnización de daños y perjuicios que se determine en expediente contradictorio incoado en pieza separada, en el que se atenderá, entre otros factores, al retraso que



implique para la inversión proyectada y a los mayores gastos que ocasione la Universidad.

Mediante Resolución rectoral de fecha 25 de septiembre de 2009 se acuerda suspender el plazo para resolver el contrato desde la fecha de formalización de la petición de informe al Consejo Consultivo hasta la recepción del mismo por la Universidad, lo que se notifica al interesado.

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 (en adelante LCAP), texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, en aplicación de la disposición transitoria primera de la Ley 30/2007, de 30 de 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).

La competencia para acordar la resolución del contrato y determinar sus efectos corresponde al órgano de contratación, conforme dispone el artículo 112 del TRLCAP. En el presente caso, al rector de la Universidad de xxxxx, de conformidad con lo establecido en el artículo 20 de la Ley Orgánica 6/2001 de Universidades de 21 de diciembre, y en el artículo 226.2 del Acuerdo 262/2003,



de 26 de diciembre, de la Junta de Castilla y León por el que se aprueban los Estatutos de la Universidad de xxxxx.

En cuanto al procedimiento administrativo seguido para la instrucción del procedimiento, hay que señalar que se han cumplido los requisitos fijados en el artículo 109.1 del RGLCAP, ya que se ha concedido trámite de audiencia tanto al contratista como al avalista, y se ha cumplido con el presente dictamen lo previsto en el apartado d) de dicho precepto.

3ª.- El caso sometido a consulta versa sobre el expediente iniciado por el Rectorado de la Universidad de xxxxx relativo a la resolución del contrato de obra suscrito con la empresa qqqqq, S.A. para la construcción de un edificio para los Servicios Administrativos Centrales.

Antes de proceder al análisis de las causas de resolución del contrato debe advertirse al órgano de resolución (en este caso la Universidad de xxxxx) que la Resolución rectoral de 20 de septiembre de 2009, por la que se resuelve el contrato de obras, no fundamenta ni motiva las causas de esta resolución, lo que debería haber hecho de conformidad con lo establecido en el artículo 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Si bien de los informes técnicos obrantes en el expediente se deduce que la causa en la que pretende basarse la resolución del contrato es el incumplimiento del contratista, al no ejecutarse la obra en los plazos previstos debido a la falta de medios humanos y materiales, así como a la falta de coordinación, equipos de trabajo y personal de la empresa puesto que todo ha sido subcontratado, con incumplimiento de la LCAP. Toda la obra desde su comienzo se ha llevado a efecto con una gestión deficiente, como queda reflejado en los informes de la UTE qqqq1, que ejerce el control de calidad de la obra, y en el libro de órdenes e informes del arquitecto-director de la Oficina Técnica de la Universidad de xxxxx, que indican que los medios empleados durante el transcurso de la obra por la empresa qqqqq han sido los mínimos y que ha habido momentos en los que apenas había personal en la obra, teniendo en cuenta la magnitud de ésta.

Por todo ello pudo encuadrarse la resolución del contrato en las letras e) y g) del artículo 111 de la LCAP.



Por parte de la empresa qqqqq se alega que el retraso de la obra no le es imputable, sino que se debe a la propia actuación de la Administración, que realizaba modificaciones que no estaban previstas ni en el proyecto original ni en el reformado, así como con posterioridad a la conclusión del plazo contractualmente establecido el 20 de septiembre de 2008, e incluso tras las ampliaciones otorgadas en el mes de diciembre de 2008, que finalizaba el 8 de marzo de 2009, y en las actas de supuestas deficiencias. Alega también que gran parte de los supuestos defectos contenidos en el informe que acompañaba a las actas de recepción negativas de 7 de abril y 28 de mayo de 2009, no son tales sino que resultan ser unidades nuevas ordenadas por la dirección facultativa, no contempladas en el proyecto original ni en el modificado y que corresponden en su mayoría a los precios contradictorios a día de hoy, en su mayoría no aprobados. Añade que, a su vez, se cita una serie de deficiencias que ya están corregidas.

Por tanto, hay que analizar en primer lugar si los trámites seguidos para la modificación del contrato inicial fueron realizados de acuerdo con las estipulaciones legalmente establecidas. La cláusula 21 del pliego de cláusulas administrativas particulares, en lo referente a la modificación del contrato de obras, se remite a lo dispuesto en los artículos 101 y 146 de la LCAP, y a su formalización de conformidad con lo establecido en el artículo 54 de la citada norma.

El artículo 146.2 de la LCAP dispone: "Cuando las modificaciones supongan la introducción de unidades de obra no comprendidas en el proyecto o cuyas características difieran sustancialmente de ellas, los precios de aplicación de las mismas serán fijados por la Administración a la vista de la propuesta del director facultativo de las obras y de las observaciones del contratista a esta propuesta en el trámite de audiencia (...)".

Del mismo modo se pronuncia el artículo 162.2 del RGLCAP, que añade: "La conformidad por parte del contratista a los nuevos precios y a la variación del plazo total de la obra será condición necesaria para poder comenzar los trabajos correspondientes a las unidades nuevas".

La modificación del contrato se llevó a cabo de acuerdo con los trámites legalmente establecidos, no siendo preceptivo en este caso el informe del Consejo Consultivo, al no superar la cuantía señalada al efecto en el artículo



59.3 de la LCAP. Dicha modificación es acordada mediante Resolución rectoral de 30 de abril de 2008; firmada el acta de comprobación de replanteo el 12 de mayo de 2008, se fija como nuevo plazo para finalización de la obra el día 13 de septiembre de 2008.

Las modificaciones o aparición de nuevas unidades no contempladas en el proyecto inicial alegadas por la empresa contratista no se han logrado acreditar, ya que de los informes de la UTE qqqq1 -que ejerce el control de calidad de la obra- y del libro de órdenes e informes del arquitecto-director de la Oficina Técnica de la Universidad de xxxxx, se pone de manifiesto que no se efectuaron modificaciones a lo largo de la obra fuera del proyecto inicial o reformado, sino que lo que se produjo fue una defectuosa ejecución por la empresa contratista, con la que se pretendía dilatar los plazos innecesariamente.

El análisis de los documentos incorporados al expediente desde la adjudicación del contrato pone de manifiesto que el incumplimiento no se debe a una actuación imputable a la Administración.

Debe recordarse que con la adjudicación del contrato, la contratista adquirió la obligación de ejecutarlo conforme al proyecto aprobado por el órgano de contratación y en los plazos establecidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

Desde que se adjudicó el contrato (el 12 de abril de 2006) en el que se fijó como plazo límite de ejecución el 14 de octubre de 2007, se concedieron por la Universidad, a petición de la empresa, sucesivas prórrogas, motivadas en que en el momento de entrega de las obras, se apreció que estaban incompletas y que no se podía proceder a su recepción.

La contratista ha reconocido el retraso en la ejecución e incluso, una vez finalizado el periodo de ejecución de obra, solicitó una prórroga del contrato.

A la vista de que en el momento de entrega de la obra ésta se hallaba incompleta, la Universidad -en aplicación del artículo 147.2 de la LCAP y de la cláusula 27ª del pliego de cláusulas administrativas particulares- indica los defectos observados, detalla las instrucciones precisas y fija un plazo para remediar aquéllos. Una vez transcurrido este plazo sin que el contratista haya



corregido los defectos, caben dos opciones: o conceder un nuevo plazo improrrogable o resolver el contrato.

Esta estipulación se basa en la causa de resolución recogida en el artículo 111.e) de la LCAP, es decir "La demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista". En el mismo sentido resulta de aplicación el artículo 95.1 y 3 de la citada norma.

La Universidad decide en este caso resolver el contrato, puesto que, después de ampliar reiteradamente los plazos sin que la empresa haya cumplido lo estipulado, en el momento de la recepción la obra se encontraba siempre incompleta.

Debe señalarse al respecto que una vez transcurrido el plazo máximo posible para su ejecución, el contrato está incurso en aquélla causa de resolución ya que, como señala el Consejo de Estado en el Dictamen 912/1997, de 27 de febrero de 1997, "(...) 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".

Por otra parte, resulta patente el incumplimiento de las órdenes de la dirección de obras; así se acredita en los informes del director de obra y de la UTE qqqq1, que ejerce el control de calidad.

Por tanto resultan de aplicación, como causas de resolución del contrato, las contenidas en las letras g) y h) del artículo 111 de la LCAP, por incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales y aquellas que expresamente establece el contrato.

4ª.- Por lo que se refiere a la entidad del incumplimiento en el presente caso y en el contexto de la relación jurídica contractual que se examina, es evidente que el cumplimiento irregular que ha dado origen al presente procedimiento puede ser calificado de incumplimiento grave y culpable del contratista.



Respecto a esta causa resolutoria existe una reiterada doctrina jurisprudencial (entre ellas, la 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 ha mantenido el Tribunal Supremo en su 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”.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 1988 destaca que “Conforme al artículo 1.124 del Código Civil y la jurisprudencia que reiteradamente lo interpreta, precepto que, como es sabido, es subsidiariamente aplicable a la contratación administrativa, la resolución no se produce sino cuando existe un propio y definitivo incumplimiento, fruto de una conducta manifiestamente rebelde al cumplimiento de lo pactado, y siempre que quien la pidiera hubiere cumplido por su parte lo que le incumbiere”.

5ª.- En cuanto a la existencia de daños y perjuicios que, tal como se deduce del presente expediente, pretende reclamarse a la empresa contratista a favor de la Administración, la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1980 declara: “(...) 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”.

Lo que sí procede en cualquier caso es la incautación de la garantía, en los términos previstos en el artículo 113.4 de la LCAP.



6ª.- En resumen, puede apreciarse un incumplimiento de la empresa contratista, incumplimiento de tal entidad que motiva la procedencia de la resolución del contrato, la comprobación, medición y liquidación de las obras ejecutadas con arreglo al proyecto (excluyendo las certificaciones de obra aprobadas y su correspondiente liquidación si se ha efectuado) 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 negligente actuación de la contratista, en lo que exceda de dicha garantía, de conformidad con el artículo 113.4 de la LCAP.

Este artículo ha de ponerse 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, por incumplimiento del contratista, el contrato de obra suscrito entre la Universidad de xxxxx y la empresa qqqqq, S.A., para la construcción de un edificio para los Servicios Administrativos Centrales.

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