



Sr. Estella Hoyos, Presidente en funciones

Sr. Fernández Costales, Consejero

Sr. Pérez Solano, Consejero

Sr. Madrid López, Consejero y Ponente

Sr. Nalda García, Consejero

Sr. Sobrini Lacruz, Secretario

La Sección Primera del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 16 de julio de 2009, ha examinado el *expediente de resolución de contrato de obra suscrito entre el Ayuntamiento de xxxxx y 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 10 de junio de 2009, tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *expediente relativo a la resolución del contrato suscrito entre el Ayuntamiento de xxxxx y la empresa qqqqq S.A. (hoy denominada qqqq1 S.A.), para la ejecución de obras de reforma y construcción de una residencia de la tercera edad.*

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 17 de junio de 2009, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 616/2009, 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. Madrid López.

Primero.- El 9 de noviembre de 2004, el Ayuntamiento de xxxxx y la empresa qqqqq S.A. (hoy denominada qqqq1 S.A.) formalizaron un contrato administrativo para la ejecución de obras de reforma y construcción de un edificio destinado a residencia de la tercera edad en localidad de xxxx1.



La empresa constituyó garantía definitiva por importe de 70.548,45 euros (4% del importe de adjudicación).

La cláusula tercera del contrato preveía un plazo de ejecución de veinticuatro meses desde el acta de comprobación del replanteo, que se extendió el 13 de diciembre de 2004.

El 30 de enero de 2006, la empresa qqqqq S.A. comunica al Ayuntamiento que ha cambiado su denominación social por la de qqqq1 S.A.

Segundo.- Obra en el expediente la siguiente documentación:

- Informe del arquitecto técnico, que actúa como técnico de dirección de la ejecución material de las obras, de 20 de noviembre de 2007, en el que se ponen de manifiesto diversas deficiencias en el inmueble.

- Acta de recepción provisional de las obras, de 21 de febrero de 2008, en la que se concede un plazo de 60 días a la contratista para la subsanación de los defectos advertidos.

- Escrito del arquitecto técnico, que actúa como técnico de dirección de la ejecución material de las obras, de 28 de abril de 2008, en el que manifiesta que los defectos advertidos en su anterior informe no han sido reparados y "que, en las circunstancias actuales, las deficiencias observadas pueden agravarse y, en consecuencia, afectar negativamente a la conservación del inmueble".

- Informe de un arquitecto, emitido a petición del interesado, fechado en junio de 2008, en el que se constata la existencia de deficiencias en el edificio, se afirma que existen obras que, sin estar presupuestadas, han sido ejecutadas o están por ejecutar, y obras que, estando presupuestadas, no se han ejecutado. Dicho informe valora en 57.834,68 euros el coste de las obras a realizar para su reparación.

- Informe del Secretario de 1 de octubre de 2008, sobre el procedimiento a seguir y la legislación aplicable.



Tercero.- Mediante Resolución del Alcalde de 8 de octubre de 2008, se incoa el procedimiento para resolver el contrato por incumplimiento del contratista.

No obstante lo anterior, obra en el expediente remitido un certificado del Secretario del Ayuntamiento en el que se hace constar que el Pleno de la Corporación acordó, en su sesión celebrada el 29 de julio de 2008 (sic), incoar el procedimiento para acordar, si procede, la resolución del contrato.

Cuarto.- Concedido el trámite de audiencia a la empresa contratista y a la entidad avalista, sólo aquella presenta el 7 de octubre de 2008 un escrito en el que se opone a la resolución del contrato, por considerar que no ha existido el incumplimiento alegado por el Ayuntamiento, justificándolo con un informe pericial.

Quinto.- El 28 de noviembre de 2008 el técnico de dirección de ejecución material de las obras informa que las obras de reparación de los desperfectos no estaban realizadas en esa fecha.

Sexto.- El 3 de diciembre de 2008 se emite un informe pericial por un arquitecto, en el que se constata que las obras de subsanación requeridas no han sido ejecutadas.

Séptimo.- El 12 de diciembre de 2008 se formula la propuesta de resolución en el sentido de resolver el contrato por incumplimiento del contratista ("por no haber realizado las obras y reparaciones que se reflejan en el informe, a la vez de no haber entregado la obra en la fecha que menciona el contrato suscrito"), incautar la garantía constituida, y reclamar al contratista indemnización por daños y perjuicios.

Octavo.- Remitido el expediente al Consejo Consultivo de Castilla y León para dictamen, mediante Acuerdo de su Presidente de 8 de enero de 2009, fecha en la que se cumplían tres meses del inicio del procedimiento de resolución, se inadmite a trámite la consulta formulada al haberse remitido directamente al Órgano Consultivo y no a través de la Consejería de Interior y Justicia.



Noveno.- El 13 de febrero de 2009, el Alcalde acuerda suspender el plazo para dictar y notificar la resolución. Dicho acuerdo es notificado a la empresa contratista y al avalista el 19 de enero de 2009.

Décimo.- El 25 de marzo de 2009 la Sección Primera del Consejo Consultivo emite Dictamen en el que se concluye que procede declarar la caducidad del procedimiento de resolución contractual.

Decimoprimer.- El 2 de abril de 2009 se acuerda iniciar de nuevo el procedimiento de resolución, conservar todos los actos y trámites practicados, y dar audiencia al contratista y al avalista o asegurador.

El 27 de abril de 2009, la empresa qqqq1 S.A. reitera las alegaciones efectuadas el 7 de octubre de 2008.

El 14 de mayo de 2009 el arquitecto técnico municipal informa que a fecha de hoy no se han realizado las obras reflejadas en su informe de 20 de noviembre de 2007.

El 23 de mayo la Secretaría del Ayuntamiento de xxxxx emite informe jurídico.

El 26 de mayo de 2009 se formula propuesta de resolución del contrato por incumplimiento del contratista en los siguientes términos: "por no haber realizado las obras y reparaciones que se reflejan en el informe, a la vez de no haber entregado la obra en la fecha que menciona el contrato suscrito". Asimismo, se propone incautar la garantía constituida y reclamar al contratista indemnización por daños y perjuicios.

El 27 de mayo de 2009 se acuerda la suspensión del plazo para la resolución del contrato al amparo de lo dispuesto en el artículo 42.5.c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

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.

La preceptividad del dictamen deriva también de la normativa reguladora de los contratos de las Administraciones Públicas.

De acuerdo con la disposición transitoria primera, apartado 2, de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos de Sector Público, los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley se registrarán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior.

En el presente caso, el contrato fue adjudicado por el Pleno del Ayuntamiento en su sesión de 4 de diciembre de 2004, por lo que le es aplicable, el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (en adelante, LCAP) y 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).

El artículo 59.3.a) de la LCAP establece como preceptiva la intervención del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, en los supuestos de resolución de contratos administrativos cuando se formule oposición por parte del contratista.

2ª.- El procedimiento seguido para la resolución del contrato se ha tramitado de acuerdo con lo previsto en el artículo 109.1 del RGLCAP: se ha otorgado audiencia a la empresa contratista y a la entidad avalista, y se ha emitido el informe jurídico, cumpliéndose con el presente dictamen el requisito previsto en el apartado d).



No obstante, se advierte que el informe jurídico debiera haberse pronunciado no sólo sobre los aspectos procedimentales sino también sobre la concurrencia o no de las causas de resolución invocadas.

3ª.- 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, a la vista de la documentación obrante en el expediente, es competente el Pleno de la Corporación, al ser el órgano que contrató.

4ª.- El asunto sometido a consulta versa sobre el expediente iniciado por el Ayuntamiento de xxxxx para acordar la resolución del contrato de obras suscrito con la empresa qqqqq S.A. (hoy denominada qqqq1 S.A.), que se opone a tal actuación, cuyo objeto consiste en la reforma y construcción de una residencia de la tercera edad en la localidad de xxxx1.

La causa de resolución que invoca el Ayuntamiento es la de "no haber realizado las obras y reparaciones que se reflejan en el informe, a la vez de no haber entregado la obra en la fecha que menciona el contrato suscrito", subsumiéndola entre las previstas en el artículo 106 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. No obstante, como se ha señalado con anterioridad, las normas que resultan de aplicación son el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (LCAP) y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1.098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP). Así, ha de entenderse que la causa en que se pretende fundamentar la resolución del contrato es la de la letra e) del artículo 111 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

La jurisprudencia (Sentencias de 8 de noviembre de 1997, y de 14 de noviembre de 1998) ha señalado que la facultad de resolución contractual se hace depender sin más del incumplimiento, con lo que el problema se desplaza a determinar las características o el alcance que habrá de tener éste para que pueda justificarse la decisión resolutoria. Y sobre ello se declara que a efectos de apreciar un incumplimiento bastante para la resolución lo determinante es que afecte a la prestación principal del contrato, y que se exteriorice a través



de una inobservancia total o esencial de dicha prestación.

Por ello, a los efectos del ejercicio de la facultad resolutoria, siempre es necesario ponderar el grado de infracción de las condiciones estipuladas, de modo que sólo cuando se origine una alteración relevante del objeto del contrato, será procedente la resolución.

Por lo que se refiere a la entidad del incumplimiento en el supuesto que nos ocupa, y en el contexto de la relación jurídica contractual que se examina, es evidente que 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 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 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 asunto que se examina, de la mera apreciación de los hechos, se observa que no se está sin más ante un "simple retraso" del contratista, sino ante un incumplimiento imputable a su pasividad culposa o negligente. Ello, no sólo por el gran número de defectos en la ejecución de la obra que se contemplan en el informe elaborado por el arquitecto en junio de 2008, sino también por la excesiva demora en el cumplimiento de las obligaciones por el contratista, ya que la obra debió estar finalizada en un plazo máximo de 24 meses desde la firma del acta de comprobación del replanteo, esto es, 13 de diciembre de 2006.

5ª.- En resumen, puede apreciarse un incumplimiento de la empresa contratista de tal entidad que procede la resolución del contrato y la incautación



de la garantía constituida, sin perjuicio de la indemnización de los daños y perjuicios que proceda de conformidad con el artículo 113.4 del Texto Refundido de la citada Ley.

Dicho artículo ha de ponerse en relación con lo dispuesto en el artículo 113 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas 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”.

Al respecto este Consejo Consultivo ya en el Dictamen 90/2004, de 10 de marzo, recordaba la Sentencia de 9 de diciembre de 1980 del Tribunal Supremo, que sostenía 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”. Indemnización que, por otra parte, no parece que pueda tener por objeto compensar como daños y perjuicios “la diferencia entre el precio pactado con el contratista objeto de resolución y el precio de la nueva contratación”, toda vez que aquélla no resulta de la resolución del contrato sino de la diferencia que supuestamente exista entre las ofertas de los adjudicatarios, debiendo tenerse presente, además, por una parte, que es de suponer que en el proyecto se subsanarán las deficiencias apreciadas, y, por otra parte, que el precio pactado en el contrato objeto del presente expediente, en la práctica, no ha sido una cuestión irrelevante en su resolución.

Consta en el expediente una valoración “incompleta” de los daños que asciende a 57.834,68 euros motivo por el que deberá ser completada en un procedimiento contradictorio en el que, como señala el artículo 113 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, se otorgue audiencia al contratista.



III CONCLUSIONES

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

Procede resolver, en los términos del cuerpo de este dictamen, el contrato suscrito entre el Ayuntamiento de xxxxx y la empresa qqqqq S.A. (hoy denominada qqqq1 S.A.), para la ejecución de obras de reforma y construcción de una residencia de la tercera edad.

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