



Sr. Amilivia González, Presidente

Sr. Estella Hoyos, Consejero y
Ponente
Sr. Fernández Costales, Consejero
Sr. Pérez Solano, Consejero
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 11 de marzo de 2010, ha examinado el *expediente de resolución de contrato suscrito entre la Diputación de xxxx1 y qqqq1, S.L.*, 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 3 de febrero de 2010 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *expediente relativo a la resolución del contrato de ejecución de obras "Alumbrado Público en xxxxx", suscrito entre la Diputación de xxxx1 y qqqq1, S.L.*

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 11 de febrero de 2010, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 117/2010, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, 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. Estella Hoyos.

Primero.- El 24 de noviembre de 2005 se formaliza entre la Diputación Provincial de xxxx1 y la empresa qqqq1, S.L. el contrato para la ejecución de la obra consistente en el "Alumbrado Público en xxxxx" por importe de 21.285,6 euros. El plazo de ejecución de las obras se fija en seis meses.

Se adjunta copia del pliego de cláusulas administrativas particulares.



Segundo.- El 17 de febrero de 2006 se firma por ambas partes el acta de comprobación del replanteo de la obra. En el apartado reservado a observaciones se hace constar lo siguiente: "No se autoriza el inicio de las obras, hasta la aprobación del Plan de Seguridad y Salud. Faltan 12 postes y posteletes, las luminarias no están situadas coherentemente".

Tercero.- Mediante escrito de 11 de diciembre de 2006 el Servicio de Obras de la Diputación informa al contratista que la Dirección General de Carreteras concedió, el 9 de octubre de 2006, el permiso para la instalación de los postes de alumbrado público en el tramo de la carretera xxx, de las obras de alumbrado público de xxxxx, al tiempo que se recuerda la obligación de iniciar la ejecución de aquéllas, "máxime si se tiene en cuenta que parte de la obra, no se ve afectada por el permiso citado al inicio y que podría y debería haberse terminado en estas fechas". Se adjunta el citado permiso.

Cuarto.- El 14 de diciembre de 2006 la empresa qqqq1, S.L. envía un escrito a la Diputación en el que expone que considera que el permiso para la instalación de los postes expedido por la Dirección General de Carreteras "(...) no autoriza a nada, pues no se corresponde con la realización necesaria para la ejecución de las obras, pues no se autoriza el uso de maquinaria necesaria para la colocación de postes de hormigón, ni para la colocación de éstos". Señala además que la obra es una totalidad, por lo que no existen permisos para ella, que el proyecto no es ajustado y que no se ha autorizado el comienzo de la ejecución de la obra en el acta de comprobación del replanteo. Finalmente se solicita una revisión de precios y aclaración sobre qué luminarias considera la dirección de obra que son similares "a la palpa de socelec".

En otro escrito sin fechar, la empresa qqqq1, S.L. comunica a la Diputación Provincial que no se colocarán los apoyos de hormigón en tanto no se garantice que se dispone de los permisos adecuados y que se procederá a la regulación del tráfico durante el periodo de colocación. Solicita la presencia de la autoridad competente.

Quinto.- El 16 de agosto de 2007 el director de la obra emite un informe en el que señala que la dirección de la obra comunicó verbalmente al contratista la ubicación exacta de dónde había que colocar las luminarias, sin que en ningún caso esta circunstancia impidiera el inicio de la ejecución de las obras. En cuanto a la consideración contenida en el acta de comprobación de replanteo referente a que faltaban 12 postes situados en las inmediaciones de



la carretera xxx, indica que dichos postes no figuran en el proyecto ni en el contrato y que no impedían el inicio de éste ni la ejecución de la mayor parte de la obra. "Todo ello sin perjuicio de que un tramo de la instalación (la afectada por la instalación de los postes) iba a quedar sin hacer hasta que se solventara la contratación de la instalación de los mismos. A tenor de lo anteriormente citado se contrató por el Ayuntamiento la colocación de los postes. Desde hace meses que los postes, salvo uno, están colocados por el contratista, sin que aún así, a fecha actual, haya iniciado la ejecución de las obras (sic)".

En cuanto al permiso de instalación de los postes, indica que el Ayuntamiento solicitó autorización al Ministerio de Fomento, quien otorgó la autorización con determinadas condiciones. A la vista de ello el contratista colocó todos los postes menos uno, que es el que se ve afectado por las condiciones impuestas por la autorización y que es el que falta por instalar, lo que acreditaría que prácticamente la totalidad de la obra podría haberse ejecutado.

Sexto.- El 5 de junio de 2009 la Diputación Provincial emite informe jurídico en el que se concluye que la contratista no ha cumplido sus obligaciones contractuales esenciales, sin que conste causa que justifique el incumplimiento.

En el referido informe se señala que el Plan de Seguridad y Salud (que no consta en el expediente remitido) se aprobó por Decreto de la Presidencia de 14 de marzo de 2006.

Séptimo.- El 9 de junio de 2009 el Oficial Mayor de la Diputación emite un informe sobre la resolución del contrato, del que interesa destacar:

- En dicho informe se menciona la existencia de una Orden de 6 de mayo de 2009 del Diputado Delegado del Área de Planes Provinciales por el que se incoa el procedimiento relativo a la resolución del contrato, cuyo contenido no ha sido remitido a este Consejo Consultivo.

- Asimismo se resume el contenido de un informe elaborado por el director de la obra el 16 de agosto de 2007.

- Se pone de manifiesto que, con independencia de la existencia de posibles anomalías o incongruencias en el devenir del contrato, así como la



contradictoria acta de comprobación del replanteo y la no constancia en el expediente remitido del acta de suspensión de las obras ni, en su caso, el inicio de ejecución de la obra, resulta evidente el incumplimiento del contrato por la demora en la ejecución por parte del contratista.

Octavo.- El 18 de junio de 2009 se emite informe de fiscalización previa.

Noveno.- El 16 de noviembre de 2009 el Diputado Delegado de Obras y Planes Provinciales acuerda iniciar el procedimiento de resolución del contrato.

Décimo.- El 17 de noviembre de 2009 el Diputado Delegado del Área de Obras y Planes Provinciales dicta Providencia por la que se concede trámite de audiencia a la contratista y avalista sobre la resolución contractual.

En la misma Providencia se recoge que habiéndose solicitado dictamen a este Consejo Consultivo, no se admitió por haberse producido la caducidad del procedimiento. No consta el escrito por el cual se notifica la inadmisión.

Decimoprimer.- Mediante escrito de 2 de diciembre de 2009 la empresa contratista se ratifica en las alegaciones formuladas en otro escrito de 10 de julio de 2009 (parece desprenderse que responde a otro trámite de audiencia conferido con anterioridad).

El contenido de dichas alegaciones, sucintamente, es el siguiente:

- Que en el momento en que se visita la obra con el objeto de levantar el acta de comprobación del replanteo, se detecta que el proyecto no es adecuado a la realidad existente en el municipio. En el acta, firmada por el director de las obras, se reflejan todas las irregularidades existentes y se indica también que no se autoriza el inicio de las obras.

- Se niega la existencia de órdenes verbales con referencia a la situación final de las luminarias, órdenes que no constan recogidas por escrito, tal y como dispone el artículo 143 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

- El proyecto no es viable, ya que no existen importantes elementos necesarios para su realización, por ello no se puede realizar lo ofertado por el contratista.



- Que hasta el momento de presentar estas alegaciones, no ha existido ninguna intención o comunicación por parte del director de la obra para fijar una nueva fecha para realizar una nueva acta y dar comienzo así a las obras.

- Que a pesar de la autorización de la Dirección General de Carreteras no se podía iniciar la obra, pues no existía acta de comprobación del replanteo que autorizara su comienzo. En relación con el permiso, establecía una serie de condiciones particulares que imposibilitaban la realización real de la obra en esos términos, "no siendo la dirección de obra capaz de aclarar y asumir la responsabilidad que se pudiera originar". Por otra parte ese permiso se obtiene el 9 de octubre de 2006, esto es, casi 11 meses después de firmado el contrato, por lo que sería imposible cumplir el contrato en el plazo previsto.

- Que en cualquier caso la obra no hubiera podido terminarse en la fecha prevista (12 de diciembre de 2006) porque seguían faltando los doce postes de hormigón, los posteletes para realizar los cruces de calles y no existía definición en la colocación de gran parte de las luminarias.

- Que el hecho de que por parte del director de la obra se reconozca que los postes no figuran en el proyecto no hace más que ratificar que la obra no se podía ejecutar, pues era imposible la ejecución de unidades de obra que necesitaban esos apoyos.

- Que el proyecto era inviable porque el estado previo de la obra no se ajusta al acta de comprobación del replanteo previo.

- Que la Diputación Provincial de xxxx1 requirió al municipio de xxxx2 para que se hiciera cargo del pago de las unidades de obra no descritas en el proyecto y que, en respuesta, el Ayuntamiento comunicó que se haría cargo del pago de los postes de alumbrado público (se cita un escrito que no aparece en el presente expediente).

- Que no se ha dado respuesta a las alegaciones realizadas con anterioridad.

Decimosegundo.- Finalmente, tras varias rectificaciones y correcciones, el 2 de marzo de 2010 se formula propuesta de resolución de liquidación de la



obra por importe de 0,00 euros, la resolución del contrato por causa de incumplimiento culpable del contratista, con incautación de la garantía definitiva y la indemnización de los daños y perjuicios causados.

Consta la suspensión del plazo máximo para resolver el procedimiento y su notificación 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 como se recoge en el pliego de cláusulas administrativas particulares que rige el contrato, fundamentalmente está constituida, además de por dicho pliego, por la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, 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 (aplicable en este caso de acuerdo con la disposición transitoria primera de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público), 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.

De acuerdo con la disposición transitoria primera, apartado 2, de la citada Ley 30/2007, de 30 de octubre, 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, que es la señalada en el párrafo precedente.

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.

Aunque pueda afirmarse que se ha seguido formalmente el procedimiento legalmente establecido y que se ha concedido trámite de audiencia tanto al contratista como al avalista, analizado el expediente cabe señalar que, con carácter general, presenta una serie de notables deficiencias e irregularidades, puestas incluso de manifiesto por los propios servicios de la Diputación.

Así, entre otros, el expediente remitido no mantiene el debido orden en la remisión de los documentos, falta alguno de ellos, no contiene una relación detallada de los hechos y causas que motivan la resolución y no se da respuesta a las alegaciones vertidas por la contratista.

No obstante estas deficiencias, este Consejo Consultivo estima más conveniente, en aplicación del principio de economía procedimental, la emisión del presente dictamen que una devolución del expediente, con petición de documentación que no cabe esperar que altere las abiertas posturas discordantes que se deducen de lo que actualmente consta en la documentación remitida.

3ª.- El asunto sometido a consulta versa sobre el expediente iniciado por la Diputación Provincial de xxxx1, relativo a la resolución del contrato de ejecución de obras de "Alumbrado Público en xxxxx" suscrito entre la Diputación de xxxx1 y qqqq1, S.L.

Vista la naturaleza del contrato administrativo, procede analizar las causas en las que la entidad local fundamenta la resolución del contrato.

Se alega así el incumplimiento del plazo de ejecución del contrato de obras formalizado el 24 de noviembre de 2005, al referirse al incumplimiento en el inicio y ejecución de las obras.



La realidad de los hechos demuestra que existe ciertamente una situación irregular: un contrato formalizado en noviembre de 2005 sin haberse iniciado su ejecución, por lo que habrían de arbitrarse las condiciones necesarias para, en la medida de lo posible, llevar a efecto lo preceptuado en el contrato o, en último término, acudir a su resolución, bien por mutuo acuerdo, bien por alguna de las causas consignadas en la LCAP.

La Administración contratante considera que se ha producido un incumplimiento culpable por el contratista, a lo que éste se opone por considerar que el incumplimiento obedece a una serie de deficiencias que impiden la ejecución del contrato. Debido a la parquedad tanto del expediente de contratación como de la documentación remitida, no resulta evidente quién resulta ser responsable de la no ejecución del contrato en plazo.

En la legislación de contratos se arbitran diferentes medios para que, en el caso de detectarse las deficiencias alegadas por el contratista, se inste por éste la actuación administrativa que remueva los obstáculos que impiden el inicio de las obras o, en su caso, la resolución potestativa en los casos en que se faculta expresamente al contratista para instar la extinción del contrato. El contratista, una vez manifestadas las oportunas reservas y salvedades al acta extendida, podría haberlas hecho valer con posterioridad; sin embargo no efectúa alusión alguna a la supuesta inviabilidad del proyecto, sino que únicamente se opone a la resolución contractual.

El resultado de todo ello es que, aunque consta la existencia de unas irregularidades iniciales en la forma en que se comprobó el replanteo del proyecto, el contratista dispuso de sucesivas ocasiones y tiempo suficiente para aducirlas y demostrar la inviabilidad del proyecto, sin que haya hecho uso de esta facultad.

Si bien la inexecución del contrato puede considerarse como un incumplimiento, tanto la doctrina como la jurisprudencia vienen reconociendo que en estos casos no puede afirmarse siempre que todo incumplimiento ha de ser considerado como culpable, a efectos de la pérdida de fianza e indemnización de los daños y perjuicios causados. A este respecto, según el Dictamen del Consejo de Estado 46.155, de 29 de marzo de 1984, "El incumplimiento del contrato por el contratista no equivale necesariamente a incumplimiento "culpable", según ha declarado la jurisprudencia (STS, Sala 4ª,



de 24 de febrero de 1982, entre otras), y no puede decretarse la incautación de la fianza e indemnización de daños y perjuicios con sólo argumentar que las causas que alega como determinantes del incumplimiento corresponden a su esfera de riesgo contractual”.

Examinadas las circunstancias concurrentes en el presente caso, se observan una serie de irregularidades por ambas partes contratantes. Así, el acta de comprobación del replanteo se firmó el 17 de febrero de 2006 y en ella no se autoriza el inicio de las obras hasta la aprobación del Plan de Seguridad y Salud. Consta asimismo en el citado documento, firmado por ambas partes, lo siguiente: “Faltan 12 postes y posteletes, las luminarias no están situadas correctamente”.

De conformidad con el artículo 142 de la LCAP, la ejecución del contrato de obras comenzará con el acta de comprobación del replanteo, que deberá ser firmada por ambas partes. Añade el artículo 143 que las obras se ejecutarán con estricta sujeción a las estipulaciones contenidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares y al proyecto que sirve de base al contrato y conforme a las instrucciones que en interpretación técnica de éste diere al contratista el director facultativo de las obras. Cuando dichas instrucciones fueren de carácter verbal, deberán ser ratificadas por escrito en el más breve plazo posible, para que sean vinculantes para las partes. Por su parte, los artículos 139 y 140 del RGLCAP, establecen que la comprobación del replanteo debe sujetarse a una serie de reglas, entre ellas y para el caso de que se decrete la suspensión de las obras, que se dicte nuevo acuerdo autorizando su reanudación.

El artículo 140, por su parte, bajo la rúbrica “Acta de comprobación del replanteo y sus efectos”, dispone:

“1. El acta de comprobación del replanteo reflejará la conformidad o disconformidad del mismo respecto de los documentos contractuales del proyecto, con especial y expresa referencia a las características geométricas de la obra, a la autorización para la ocupación de los terrenos necesarios y a cualquier punto que pueda afectar al cumplimiento del contrato.

»2. A la vista de sus resultados se procederá en los términos previstos en el artículo anterior. Caso de que el contratista, sin formular



reservas sobre la viabilidad del proyecto, hubiera hecho otras observaciones que puedan afectar a la ejecución de la obra, la dirección, consideradas tales observaciones, decidirá iniciar o suspender el comienzo de la obra, justificándolo en la propia acta”.

De conformidad con lo expuesto, consta en el acta de comprobación del replanteo una denegación de la autorización para iniciar las obras supeditada a la aprobación del Plan de Seguridad y Salud, así como una serie de observaciones formuladas por el contratista, sin que se haya dado cumplimiento a lo señalado en los artículos que se acaban de transcribir. Así, en primer lugar y al margen de que no consta -más que por referencia en algún informe- la aprobación del Plan de Seguridad y Salud, tampoco consta la resolución que en relación con dicha suspensión, en el caso de que se quisiera levantar, correspondería al órgano de contratación dentro de las facultades que le atribuye la legislación de contratos de las Administraciones Públicas.

En cuanto a la ausencia de postes y posteletes, así como la indebida colocación de las luminarias, tampoco se refleja que la dirección de la obra, consideradas tales observaciones, decidiera iniciar o suspender expresamente el comienzo de aquéllas, con justificación en la propia acta. Tan sólo en un informe de 16 de agosto de 2007 se expone que se informó verbalmente a la contratista del lugar donde había que colocarlas, cuestión ésta negada por la empresa adjudicataria y sobre la que este Consejo no puede pronunciarse, toda vez que no aparecen reflejadas en el acta ni en ningún otro documento.

Por otra parte, no consta claramente la necesidad de la existencia de 12 postes para la ejecución de la obra, pues si bien en un primer momento se niega de plano la posibilidad de llevar a cabo la obra, o al menos su mayor parte, posteriormente se reconoce que por el Ayuntamiento de xxxx2 -entidad a la que no se ha oído en el presente expediente- se celebró un contrato con la empresa qqqq1, S.L. para su colocación, previa autorización por el Ministerio de Fomento el 9 de octubre de 2006 (esto es, casi once meses después de la formalización del contrato).

Es preciso por ello recordar que para una buena gestión administrativa resulta fundamental observar con rigor las prescripciones legales a la hora de practicar el replanteo de las obras, cuyo objeto supone, en esencia, confrontar los proyectos y sus previsiones con la realidad y sobre el terreno, formando y



expresando un juicio acerca de la viabilidad de las obras, (Dictamen del Consejo de Estado 1.673/1993). En el presente caso no se ha dado cumplimiento a la referida finalidad, pues utilizando un impreso formulario de un “acta de comprobación del replanteo” se recogen una serie de observaciones sin determinar si ellas impiden la realización de las obras, aunque lo cierto es que en el acta se recoge la no autorización del inicio de las obras, por lo que debería haber una resolución de signo contrario por la que se autorizara dicho inicio.

A la vista de lo expuesto no resulta claro que el incumplimiento pueda atribuirse únicamente a la empresa contratista, ya que lo cierto es que, desde la celebración del contrato, constan escasas actuaciones tanto del contratista como de la Administración tendentes a ejecutar o a resolver el contrato. Del mismo modo resulta extraño que el contratista (si efectivamente consideraba que se encontraba ante una imposibilidad o incumplimiento en la ejecución del contrato suscrito) no iniciara actuación alguna bien para promover el inicio de la ejecución de las obras, bien para instar él la resolución contractual.

Por todo lo expuesto y ante la falta de acreditación suficiente de los extremos alegados por la Diputación Provincial para fundamentar la resolución contractual en un incumplimiento culpable de la empresa contratista con los efectos pretendidos, este Consejo Consultivo no puede compartir el sentido de la propuesta de resolución, por considerar que procede la resolución del contrato pero sin la imposición de las penalidades, pues no puede basarse una resolución contractual por causa imputable al retraso culpable del contratista (con las graves consecuencias que ello comporta) en meros juicios o afirmaciones que no se ven respaldados documentalmente, como acontece en el supuesto que se dictamina.

En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 2002 expone: “Y, desde luego, esa idea de culpa cobra total relevancia en el momento de declarar la incautación de la fianza y la reparación de los daños causados a la Administración (art. 53 LCE), ya que según se desprende de dichos artículos y ha resaltado esta Sala en una consolidada jurisprudencia (v.gr., por citar una de las últimas, en sentencia de 20 Abr. 1999), no cabe identificar «el incumplimiento del contratista, como causa resolutoria, con la culpa del mismo, a efectos de ulterior sanción». La incautación de la fianza está reservada para los casos de resolución contractual por culpa del contratista,



jugando entonces como indemnización previamente fijada (STS de 22 Jul. 1988). Incluso en los casos en que puede afirmarse esa imputación del retraso al contratista, hay que tener en cuenta que, como dice la sentencia de 19 May. 1998, «las consecuencias del incumplimiento deben ser fijadas conforme a los principios de equidad y de buena fe, que rige específicamente en materia de contratos (artículo 1.258 del Código Civil), buscando un equilibrio de los intereses en presencia en la solución del debate (sentencias de 10 Jun. y 11 Nov. 1987 ó de 10 Jul. 1990)», por lo que, ciertamente, si el incumplimiento es imputable al contratista deviene causa de resolución del contrato (artículo 53.1 de la LCE y 159 del Reglamento), pero no se debe dar lugar ni a pérdida de fianza ni a indemnización de daños y perjuicios a la Administración, cuando la culpa de la empresa contratista queda compensada por la propia culpa de la Administración contratante”.

III CONCLUSIONES

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

Procede resolver, en los términos señalados en el cuerpo del presente Dictamen, el contrato de ejecución de las obras de “Alumbrado Público en xxxxx”, suscrito entre la Diputación de xxxx1 y qqqq1, S.L.

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