



Sr. Amilivia González, Presidente
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 18 de noviembre de 2010, ha examinado el *expediente de resolución del contrato de obras suscrito entre el Ayuntamiento de xxxxx y qqqq1, S.A.U.*, 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 noviembre de 2010 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 qqqq1, S.A.U., para la ejecución de las obras de ampliación de xxxx1 y remodelación de intersección con Avenida de xxxx2.*

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 11 de noviembre de 2010, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 1.379/2010, 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.- Mediante Resolución de la Alcaldía de xxxxx de 13 de agosto de 2009 se adjudicó el contrato para la ejecución de las obras de ampliación de xxxx1 y remodelación de la intersección con Avenida de xxxx2 a la empresa qqqq1, S.A.U., por un importe de 2.255.888,20 euros (IVA incluido).



El contrato se formalizó el 24 de agosto de 2009. En él se establece un plazo de ejecución de las obras de 7 meses, contados a partir del día siguiente a la fecha del acta de comprobación del replanteo, y una garantía definitiva por importe de 97.240 euros.

Segundo.- El 25 de agosto se extiende el acta de comprobación del replanteo.

Tercero.- El 22 de septiembre de 2009 se levanta acta de suspensión temporal parcial de las obras de ampliación de xxxx1 y remodelación de intersección con Avenida de xxxx2.

Cuarto.- Consta en el expediente, la modificación del contrato al surgir la necesidad de ejecutar unidades de obra no previstas en el proyecto.

Quinto.- El 14 de abril de 2010 se acuerda el levantamiento de la suspensión temporal de las obras, ya que "como consecuencia del expediente de expropiación, la totalidad de los terrenos se encuentran disponibles para el término de la obra (...)" ; se adjunta el Plan de Obra realizado por el adjudicatario de las obras, en el que se fija un plazo para la finalización total de las obras de 4 meses y se establece el día 16 de agosto de 2010 como fecha de finalización de las obras.

Sexto.- El 16 de agosto, el Director de las Obras emite informe en el que indica:

"1. Con fecha 16 de Agosto de 2010 ha concluido el plazo para la finalización de las obras establecido por el 'Acta de levantamiento de la suspensión temporal parcial de las obras de ampliación de xxxx1 y remodelación de intersección con Avenida de xxxx2'.

»2. En dicha Acta, se establecía una ampliación de plazo de 4 meses en base a la suspensión temporal parcial de la obra debido a las expropiaciones necesarias. En dicho plazo, el contratista adjudicatario de las obras se comprometía al término integro de las obras tal como así se indicaba en el Plan de Obra anexo al Acta.



»3. Para dejar constancia de la evolución de los trabajos, cabe hacer mención que el importe de las certificaciones, en los siguientes meses, es el siguiente:

»+ Marzo: 289.982,48 €.

»+ Abril: 259.089,22 €.

»+ Mayo: 123.743,43 €.

»+ Junio: 113.491,00 €.

»+ Julio: 89.023,91 €.

»4. Se puede apreciar cómo el volumen de obra ejecutada ha disminuido todos los meses y que el importe de obra que queda por ejecutar, sin tener en cuenta los trabajos realizados desde finales de julio a la fecha del presente escrito, es de 529.759 ,50 €

»5. En base a la ralentización de los trabajos y que una nueva prórroga en el plazo no va a lograr que la empresa adjudicataria de las obras finalice con prontitud la obra en curso, se propone al Excmo. Ayto de xxxxx la rescisión del contrato con la adjudicataria de las obras, qqqq1 S.A.U.

»6. La rescisión del Contrato se basa en la causa e) del artículo 206 de lo Sección 3^a, Resolución de Contratos, de la Ley 30/07, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público: 'La demora en el cumplimiento de los Plazos por parte del Contratista'.

»7. Tal como se establece en el artículo 196 apartado 4: 'Cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiera incurrido en demora respecto al cumplimiento del plazo total, la Administración podrá optar indistintamente por la resolución del contrato o por la imposición de penalidades diarias en la proporción de 0,20 euros por cada 1.000 euros del precio del contrato'. En base a lo argumentado previamente no procede permitir la ampliación del plazo e imponer sanciones.



»8. Al contratista de las obras se le puso en conocimiento la semana pasada de la posibilidad de rescisión del contrato para que proceda a la colocación de las medidas de seguridad y salud con carácter definitivo hasta que una nueva empresa concluya las obras del presente escrito.

»9. La empresa contratista adjudicataria de las obras terminará las unidades de obra en curso sin comenzar ninguna nueva según las indicaciones que se le han comunicado”.

Séptimo.- El 17 de agosto el ingeniero técnico de obras públicas municipal emite informe en el que, tras exponer las consideraciones del informe emitido por el director de la obra, manifiesta:

“El contratista se halla en la actualidad en un estado de actos previos dentro del procedimiento de concurso de acreedores, debido a una situación de ‘insolvencia’, motivo por el cual en los últimos meses, los subcontratistas y los suministros a la obra no han llegado ni llegan con el ritmo necesario.

»El artículo 196 de la Ley de Contratos establece que ‘Cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiera incurrido en demora respecto al cumplimiento del plazo total, la Administración podrá optar indistintamente por la resolución del contrato o por la imposición de penalidades diarias en la proporción de 0,20 euros por cada 1.000 euros del precio del contrato’. Por lo expuesto en el párrafo anterior, esta última opción se desaconseja ya que en la situación actual del contratista no garantiza la finalización de la obra contratada a corto plazo.

»Analizados los argumentos y ratificándonos en ellos, la Ley de Contratos del Sector Público 30/07 nos indica en su artículo 206 (causas de resolución) apartado d) ‘la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista’, por lo que proponemos esta opción al órgano de contratación”.

Octavo.- El 25 de agosto de 2010 la Jefa de Gestión de la Gerencia Municipal de Fomento emite informe de acuerdo con lo previsto en el artículo 109 c) del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1.098/2001, de 12 de octubre.



Noveno.- En la misma fecha se acuerda el inicio del procedimiento para la resolución del contrato suscrito con qqqq1, S.A.U., para la ejecución de las obras de ampliación de xxxx1 y remodelación de intersección con Avenida de xxxx2 “por incurrir el contratista, por causas imputables al mismo, en demora respecto al cumplimiento del plazo total de ejecución”.

Asimismo se acuerda la incautación de la garantía definitiva y se concede trámite de audiencia a la empresa contratista y a la entidad avalista.

El 7 de septiembre la empresa contratista presenta alegaciones en las que se opone a la resolución que se tramita y solicita la resolución contractual por mutuo acuerdo, o “alternativamente, tramitar la cesión del contrato a favor de la mercantil que designada por las partes (...)”.

No consta alegación alguna de la entidad avalista.

Décimo.- Consta asimismo en el expediente escrito de la Jefa de Gestión Administrativa de la Gerencia Municipal de Fomento de 22 de septiembre, para hacer constar que en la misma fecha se remite por la Tesorería Municipal, para su archivo en el expediente y para que se realice apunte de registro de Subcontratistas, según comunicación verbal, la documentación que se reseña.

Decimoprimer.- El 13 de octubre de 2010 la Jefa del Departamento de Gestión de la Gerencia Municipal de Fomento emite informe sobre las alegaciones formuladas por el contratista.

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.- Es aplicable al presente supuesto la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos de Sector Público (en adelante LCSP), ya que el contrato cuya resolución se pretende fue tramitado y adjudicado bajo la vigencia de dicha Ley.

Conforme al artículo 195.3.a) de la LCSP, es preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de resolución de los contratos administrativos cuando se formule oposición por parte del contratista (idéntica previsión se contempla en el artículo 197 de la LCSP para los supuestos de resolución de contratos por demora del contratista).

3ª.- La competencia para acordar la resolución del contrato y determinar sus efectos corresponde al órgano de contratación, conforme disponen los artículos 194 de la LCSP y 109 del 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).

4ª.- Se ha seguido, sustancialmente, el procedimiento establecido en el artículo 109.1 del RGLCAP para la resolución del contrato: se ha concedido trámite de audiencia a la empresa contratista y a la entidad avalista y se ha emitido el informe jurídico (idéntica previsión se contempla en el artículo 197 de la LCSP para los supuestos de resolución de contratos por demora del contratista).

No obstante, es preciso advertir que no consta el índice numerado de documentos que conforman el expediente, tal y como exige el artículo 51.1 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo, aprobado por el Decreto 102/2003, de 11 de septiembre.

5ª.- En cuanto al fondo de la cuestión, lo primero que ha de subrayarse es que, de acuerdo con una consolidada doctrina del Consejo de Estado (por todos, Dictamen 681/2009, de 21 de mayo), "con carácter general en caso de concurrencia de varias causas de resolución de un contrato administrativo debe aplicarse de manera preferente la causa que se hubiere producido antes desde



un punto de vista cronológico. Es paradigmático de esta doctrina el dictamen 47.892, de 4 de julio de 1985, en el que se dice que “cuando concurren diversas causas de resolución del contrato con diferentes efectos en cuanto a las consecuencias económicas de la extinción debe atenderse a la que haya aparecido con prioridad en el tiempo”.

En el supuesto analizado consta, de acuerdo con el informe del Director de Obra de 16 de agosto de 2010, que “el volumen de obra ejecutada ha disminuido todos los meses y que el importe de obra que queda por ejecutar, sin tener en cuenta los trabajos realizados desde finales de julio a la fecha del presente escrito, es de 529.759 ,50 €” , y que “En base a la ralentización de los trabajos y que una nueva prórroga en el plazo no va a lograr que la empresa adjudicataria de las obras finalice con prontitud la obra en curso”.

Esta conducta de la empresa contratista supone el incumplimiento de una de las obligaciones contractuales esenciales, ya que la obligación principal del contratista es la ejecución de la obra.

No consta en el expediente remitido que se haya producido la declaración de concurso o insolvencia que constituye causa de resolución, según lo previsto en el artículo 206. b) de la LCSP.

Se alega como causa de resolución la prevista en el artículo 206.e de la LCSP; por su parte el artículo 196, apartado 4 de la misma ley faculta a la Administración para acordar la resolución del contrato cuando el contratista, por causas a él imputables, hubiera incurrido en demora respecto al cumplimiento del plazo total.

Pues bien, el director facultativo de las obras considera que no pueden terminarse las obras ni con la concesión de prórroga. Estas circunstancias, junto al hecho de que la empresa contratista se encuentra en una delicada situación económica, a tenor de lo señalado en el informe del ingeniero técnico de obras públicas municipal de 17 de agosto de 2010, permiten concluir razonablemente el incumplimiento del contratista. De acuerdo con la documentación obrante en el expediente, se pone de manifiesto el incumplimiento total del plazo, lo que faculta a la Administración para resolver el contrato.



Respecto a esta causa resolutoria, el incumplimiento, existe una reiterada doctrina jurisprudencial (entre otras, Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1999) y del Consejo de Estado, en el sentido de que no bastaría 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, la Sentencia de 17 de octubre de 2000, del mismo Tribunal, señala que “el plazo fijado para el cumplimiento de la prestación contractual constituye el elemento básico de la relación jurídica establecida, de forma que cuando éste aparece como un elemento relevante, es una determinación esencial que no accesoria o agregada a la esencia de la prestación, de donde se desprende que si el plazo transcurrió el contrato quedó sustancialmente afectado por dicha situación y el incumplimiento resultó claramente imputable al contratista, resultando ajustada a derecho la resolución acordada por la Administración con la consecuencia de la incautación de la fianza constituida por el contratista como efecto propio del acuerdo resolutorio”.

Más aún, la Sentencia de 26 de marzo de 1987, también del Tribunal Supremo, mantiene que existen razones suficientes para que las penalidades o resoluciones contractuales “sólo se adopten cuando están plenamente justificadas puesto que la prudencia aconseja, salvo en casos extremos, no romper la atmósfera de concordia y colaboración que debe reinar en las relaciones contractuales administrativas, teniendo siempre presente la proporcionalidad entre el plazo pactado para la ejecución de la obra y el de la prórroga o prórrogas interesadas por los contratistas”, pues, como añade esta misma Sentencia, “lo peor para todos es una resolución del contrato y una vuelta a empezar en la selección de un nuevo contratista”.

Por consiguiente, la mera constatación del vencimiento del plazo contractual sin que el contratista haya cumplido satisfactoriamente sus obligaciones no determinaría, por sí misma e indefectiblemente, la resolución del contrato, pues habrá que ponderar, en atención a las circunstancias del caso, si el incumplimiento es de tanta trascendencia que justifica la resolución y nueva apertura del procedimiento de selección de contratistas, o si, por el contrario, procede sólo, en su caso, la imposición de penalidades. Este juicio de ponderación no puede considerarse como el fruto de un voluntarismo



inmotivado y carente de cualquier posibilidad de control. Ahora bien, a lo largo del expediente son múltiples los informes que ponen de manifiesto el retraso y la imposibilidad de cumplimiento total del plazo establecido, ni aún con la concesión de prórroga, a lo que habría que unir durante la concesión del trámite de audiencia una vez iniciado el expediente de resolución de contrato no se ha hecho manifestación sobre las razones del incumplimiento. Todo ello, unido a la constatación del incumplimiento del plazo total establecido, dotan de entidad suficiente a dicho incumplimiento como causa de resolución del contrato.

También es preciso indicar, respecto de las alegaciones vertidas por la empresa contratista, que de acuerdo con el artículo 207.4 de la LCSP “La resolución por mutuo acuerdo sólo podrá tener lugar cuando no concurra otra causa de resolución que sea imputable al contratista, y siempre que razones de interés público hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato”.

El fin público y de satisfacción de intereses generales a que obedece todo contrato administrativo impide a la Administración contratante, cuando conste una causa de resolución del contrato por dolo o culpa de la adjudicataria, acudir a la vía del mutuo disenso como forma de extinguir el contrato. En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado (entre otros, Dictámenes 46.236, de 26 de abril de 1984, 50.571, de 21 de mayo de 1987, 55.279, de 27 de septiembre de 1990) y este Consejo Consultivo (por todos, Dictámenes 610/2009, de 9 de julio y 670/2009, de 30 de julio).

También mantiene el Consejo de Estado en su Dictamen 46.155, de 29 de marzo de 1984, que “el incumplimiento del contrato por el contratista no equivale necesariamente a incumplimiento culpable, según ha declarado la jurisprudencia (Sentencia del Tribunal Supremo, 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. Antes al contrario, no proceden dichas sanciones si el adjudicatario demuestra que esas causas son ajenas a su control, una vez desarrollada toda la diligencia posible”; circunstancia ésta que no puede entenderse acreditada por las alegaciones formuladas por la entidad adjudicataria en el presente procedimiento.



Tampoco cabe, tal y como alega el contratista, la posibilidad de cesión de un contrato cuyo plazo de ejecución ya ha expirado y que está incurso en causa de resolución por incumplimiento culpable, tal y como indica el informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 39/1978, de 22 de noviembre: "la cesión del contrato, como instrumento técnico que permite su circulación o tráfico en cuanto bien o valor jurídico en sí mismo considerado, es la transferencia negocial a un tercero, el cesionario, del conjunto de posiciones contractuales constituidas en la persona de uno de los originarios contratantes, el cedente, de tal forma que a través de dicha sustitución negocial del tercero en la posición de parte del contrato y el lugar del cedente, dicho tercero subentra en la totalidad de los derechos y obligaciones que, en su orgánica interdependencia, se derivan del contrato estipulado por el cedente". La Administración no puede autorizar la cesión del contrato en este momento, pues la solicitud es tardía y priva de base a una operación novatoria del negocio jurídico.

6ª.- A diferencia de lo que ocurría con la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, la LCSP no prevé la incautación automática de la garantía en los supuestos de incumplimiento culpable del contratista. El artículo 208.4 de la LCSP establece que "Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados. La indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada". Y el apartado 5 prevé que "En todo caso el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que, en su caso, hubiese sido constituida". Lo que deberá tenerse en cuenta al dictarse la resolución definitiva.

7ª.- Finalmente, de acuerdo con el artículo 222.1 de la LCSP, "La resolución del contrato dará lugar a la comprobación, medición y liquidación de las obras realizadas con arreglo al proyecto, fijando los saldos pertinentes a favor o en contra del contratista. Será necesaria la citación de éste, en el domicilio que figure en el expediente de contratación, para su asistencia al acto de comprobación y medición."



**CONSEJO
CONSULTIVO**
DE CASTILLA Y LEÓN

III CONCLUSIONES

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

Procede resolver el contrato suscrito entre el Ayuntamiento de xxxxx y la empresa qqqq1, S.A.U., para la ejecución de las obras de ampliación de xxxx1 y remodelación de intersección con Avenida de xxxx2.

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