



Sr. Amilivia González, Presidente

Sr. Estella Hoyos, Consejero

Sr. Fernández Costales, Consejero y
Ponente

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 24 de junio de 2010, ha examinado el *expediente relativo a la resolución del contrato de obra suscrito entre la Consejería de Educación y qqqq*, 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 26 de mayo de 2010 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 Consejería de Educación y la empresa "qqqq, S.A.", para la construcción de la Escuela de Arte "xxxxx" en xxxx1*.

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 28 de mayo de 2010, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 608/2010, 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. Fernández Costales.

Primero.- Por Orden de la Consejería de Educación de 25 de enero de 2010, se acuerda el inicio del procedimiento para la resolución del contrato de obras suscrito con la empresa "qqqq, S.A.", para la construcción de una Escuela de Arte en xxxx1.

Segundo.- Constan en el expediente tramitado para la resolución del contrato los siguientes documentos:



- Contrato administrativo de obras suscrito entre las partes el 30 de enero de 2009, mediante procedimiento abierto, por importe de 5.025.573,37 euros, con plazo de ejecución de dieciocho meses y en el que consta que ha sido constituida una garantía definitiva de 216.619,54 euros. En la cláusula tercera del contrato se declara que “los plazos parciales de la obra serán los fijados en el programa de trabajo que la empresa presentará en desarrollo del estudio de trabajo aportado en la documentación técnica, y que hará de ser aprobado por la Administración (...)”.

- Pliego de cláusulas administrativas particulares, cuya cláusula 7, bajo la rúbrica “Plazo de ejecución del contrato”, establece que “A la demora por causa imputable al contratista en el cumplimiento del plazo total o de los plazos parciales establecidos en el programa de trabajo, le será de aplicación lo dispuesto en el artículo 196 de la LCSP y disposiciones que la desarrollen y modifiquen”. Por otra parte, según la Cláusula 15: “Serán causas de resolución de este contrato las siguientes:

»1) El incumplimiento de las obligaciones contractuales de carácter esencial definidas en el presente pliego.

»(...).

»4) Las establecidas con carácter general en el artículo 206 de la LCSP y, con carácter particular, las señaladas en el artículo 220 de la LCSP. (...)

»Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados. (...).

»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”.



- Resguardo de depósito de la garantía definitiva constituida mediante aval por importe de 216.619,54 euros, cuyo garante es Vitalicio Seguros.

- Solicitud de la empresa contratista de 7 de octubre de 2009, de ampliación de plazo para la ejecución de las obras cuya fecha de inicio fue el 28 de febrero de 2009. La causa de esta solicitud se debe a los trámites llevados a cabo ante la "Delegación Territorial de Industria" (sic) para la sustitución del centro de transformación puesto que en el proyecto de ejecución de obra se recoge la existencia de un centro de transformación en el interior de la parcela que debe ser sustituido por uno nuevo ubicado fuera de los límites del edificio proyectado.

- Orden de 21 de octubre de 2009 de la Consejería de Educación por la que se acuerda la ampliación del plazo para la construcción de la Escuela de Arte "xxxxx" por un periodo de cinco meses y establece como nueva fecha de finalización de las obras el día 27 de enero de 2011, de lo que resulta un plazo total de ejecución de veintitrés meses con el consiguiente reajuste de anualidades y nuevo programa de trabajo.

- Orden de la Consejería de Educación de 25 de enero de 2010, por la que se acuerda el inicio del procedimiento para la resolución del contrato de obra para la construcción de la Escuela de Arte "xxxxx", suscrito con la empresa qqqqq, por causa de interés público, como consecuencia de una demora imputable a la adjudicataria en el incumplimiento de los plazos parciales señalados para su ejecución que hacen presumir razonadamente la imposibilidad del cumplimiento del plazo total. Se acuerda asimismo autorizar el inicio de los trámites correspondientes a la liquidación del contrato.

Entre los fundamentos contenidos en la Orden por la que se acuerda iniciar el procedimiento de resolución, interesa destacar lo siguiente:

- Que el día 27 de febrero de 2009 se firma el acta de comprobación del replanteo y se establece el día 27 de agosto de 2010 como fecha de conclusión de la obra.

- Que mediante informe de la dirección facultativa se pone en conocimiento de la Dirección General de Infraestructuras, Equipamiento y



Servicios el seguimiento de la obra efectuado en el mes de septiembre de 2009 y se indica: "Como se ha venido informando mensualmente el ritmo de los trabajos ha sido muy lento y a la fecha de hoy la obra está parada.

»En su día se hicieron unas catas en las proximidades del actual centro de transformación para ver el trazado de las líneas eléctricas que salían del mismo, vistas por el ingeniero autor del proyecto de electricidad, informó que no había ningún problema para la ubicación del nuevo centro de transformación y a continuación fueron tapadas con tierra, para poder proseguir con el resto de los trabajos.

»(...) Se han hormigonado los encepados de pilotes y vigas riostras que no entorpezcan el acceso a la zona de ubicación del nuevo transformador. En el momento actual no se puede continuar hormigonando más encepados ni vigas riostras hasta no tener colocado el nuevo centro de transformación, ya que impediríamos el acceso a dicha zona.

»La empresa constructora comenzó la excavación del foso para la ubicación del transformador y se dio la orden de paralización de la misma, hasta no tener en la obra el transformador. Hoy la empresa constructora no tiene previsto colocar dicho transformador, por lo que se ordenó entibar la excavación. En la última visita de obra se ha ordenado reforzar dicha entibación en previsión de una posible paralización de las obras".

- Que mediante Auto de 29 de septiembre de 2009 del Juzgado nº 3 de xxx2 se declara el concurso necesario ordinario de qqqq, conservando el deudor las facultades de administración y disposición de su patrimonio, pero sometidas éstas a disposición de la Administración concursal.

- Que el día 8 de enero de 2010 el arquitecto competente del Servicio de Construcciones emite un informe en el que se describe el desarrollo de la obra y expone que "(...) visto el informe de la dirección facultativa del mes de septiembre de 2009, y tras varias visitas realizadas por técnicos de este Servicio a la obra, se constata que desde finales del pasado mes de septiembre, la obra se encuentra paralizada no encontrándose operario alguno trabajando en ella, estando tan solo permanentemente el jefe de obra en las casetas instaladas, y según manifiesta él mismo, la obra se encuentra vallada y cerrada".



- Que el 11 de enero de 2010 la Directora General de Infraestructuras, Equipamiento y Servicios de la Consejería de Educación, insta al Consejero de Educación a iniciar el procedimiento de resolución del contrato. En dicha propuesta se afirma que “la ejecución durante los siete primeros meses (hasta septiembre de 2009) ha sido de un 5,25% (263.858,60 euros). Dada la situación en que se encuentra la obra, la demora que se está produciendo hace presumir razonablemente la imposibilidad del cumplimiento del plazo total, siendo excesivo el retraso previsible en relación con el plazo contractual. (...)”.

Los informes y documentos recogidos en los apartados anteriores se incorporan al expediente, salvo el Auto de 29 de septiembre de 2009 del Juzgado nº 3 de xxxx2 por el que se declara el concurso necesario ordinario de qqqqq.

Constan también en el expediente los siguientes documentos:

- Acreditación de la notificación de la citada Orden a la empresa contratista y al avalista el día 27 de enero de 2010.

- Informe del Servicio de Contratación Administrativa de la Secretaría General de la Consejería de Educación de 9 de febrero de 2010, en el que se concluye que procede la resolución del contrato por causa de interés público, como consecuencia de una demora imputable a la adjudicataria en el cumplimiento de los plazos parciales señalados para su ejecución, que hace presumir razonablemente la imposibilidad del cumplimiento del plazo total, “así como el abono a esta Administración, en concepto de indemnización, de los daños y perjuicios causados en la cuantía a determinar mediante la tramitación de procedimiento incidental que se iniciará una vez sea resuelto el contrato y efectuada la liquidación final de las obras”, además de la incautación de la garantía definitiva. Dicho informe es notificado a la empresa y a la administración concursal el día 15 de febrero y al avalista el día 12 del mismo mes.

- Escrito de alegaciones presentado por qqqqq el día 1 de marzo de 2010, con el siguiente contenido: “(...) la ejecución del contrato no se encontraba sujeta a plazos parciales sino al cumplimiento del plazo total de ejecución de 23 meses, el cual vence en fecha 21 de enero de 2011 de acuerdo a la Orden de 21 de octubre de 2009 (...).



»Así de las anualidades y del plan de obra que prevé el desarrollo de los trabajos, han sido ejecutadas y certificadas las obras en lo que se refiere al ejercicio 2009, en su totalidad a falta de dieciséis mil cuatrocientos setenta y nueve euros con ochenta y tres céntimos de euro (...). En el ejercicio 2010, se encuentran pendientes de ejecución las obras por importe de ciento diez mil euros y de doscientos veinte mil en febrero; y aunque si bien es cierto que las obras se encuentran paralizadas desde el mes de septiembre de 2009, esta parte considera posible su ejecución dentro del plazo previsto para el 27 de enero de 2011.

»(...) la Ley Concursal, mantienen el principio de la conservación de la actividad empresarial, y aun cuando efectivamente es cierto que qqqqq, S.A. ha sido declarada en concurso de acreedores pero también es cierto que, no habiéndose aperturado la fase de liquidación, la Administración no está obligada a resolver el contrato.

»(...) Y por ello, qqqqq, S.A. en aplicación de lo dispuesto en el art. 207.5 de la Ley 30/2007, solicita ser requerida a los efectos de prestar las garantías suficientes para la ejecución del contrato, y ello con carácter previo a la continuación del presente procedimiento de resolución contractual”.

La empresa solicita que se acuerde “(...) finalizar y archivar el procedimiento de inicio de resolución del contrato de obras” y subsidiariamente, en caso de no ser acogida la anterior solicitud, que se le requiera para prestar las garantías suficientes para la ejecución del contrato.

- Informe del Servicio de Construcciones y Equipamiento de 18 de marzo de 2010, sobre demora en el cumplimiento de plazos por parte de la empresa adjudicataria de las obras. En dicho informe se concluye que “dada la situación de concurso de acreedores en que se encuentra la empresa y su reflejo en la obra, y a pesar de lo manifestado por la empresa, la demora que se está produciendo hace presumir la imposibilidad del cumplimiento del plazo total (...)”. En dicho documento se señala que en los informes de la dirección facultativa del mes de septiembre de 2009 se acredita el ritmo lento de los trabajos y la paralización de la obra. A partir de esa fecha las obras no se han reanudado y pese al ajuste de anualidades, la empresa ni siquiera cumplió con lo pactado en el reajuste para la anualidad 2009. La empresa solicita en el mes



de octubre ampliación del plazo de ejecución en 5 meses a causa de los trámites a llevar a cabo ante la "Delegación Territorial de Industria" para la sustitución del centro de transformación. Se procede a autorizar la ampliación de plazo, con lo que la nueva fecha de finalización es el 27 de enero de 2011, con el consiguiente reajuste de anualidades del contrato y la aprobación de un nuevo programa de trabajo. A pesar de ello la empresa no coloca el centro de transformación ni reanuda las obras. El informe de este Servicio de 8 de enero de 2010 constata que las obras siguen paralizadas desde septiembre de 2009, que no se encuentra operario alguno trabajando en ella y que está vallada y cerrada.

- Propuesta de orden de la Consejería de Educación de 24 de marzo de 2010, relativa a la resolución del contrato de obra suscrito entre la Consejería de Educación y la empresa "qqqqq, S.A.", para la construcción de la Escuela de Arte "xxxxx" en xxxx1.

- Informe favorable de la Asesoría Jurídica de la Consejería de Educación de 26 de marzo de 2010.

- Orden de la Consejería de Educación de 26 de marzo de 2010, por la que se acuerda la suspensión del plazo para resolver el procedimiento de resolución contrato, cuya finalidad obedece a la necesaria autorización de la Junta de Castilla y León para la resolución de éste. La citada Orden se notifica a los interesados.

- Autorización de la Junta de Castilla y León de 15 de abril de 2010.

- Orden de la Consejería de Educación de 15 de abril de 2010, por la que se acuerda levantar la suspensión del plazo para resolver el procedimiento, notificada igualmente a los interesados.

- Orden de la Consejería de Educación de 16 de abril de 2010, por la que se acuerda nuevamente la suspensión del plazo para resolver. La finalidad de la suspensión obedece a la necesaria fiscalización previa por parte de la Intervención General de la Consejería de Hacienda. Consta la notificación a los interesados.

- Informe favorable de la Intervención General de la Consejería de Hacienda de 3 de mayo de 2010, sobre la resolución del contrato por demora



en el cumplimiento de los plazos fijados en el programa de trabajo, así como para que se proceda a la comprobación, medición y liquidación de las obras ejecutadas y se instruya en pieza separada la indemnización por daños y perjuicios que se hayan causado a la Administración.

- Orden de la Consejería de Educación de 12 de mayo de 2010, por la que se acuerda levantar la suspensión del plazo para resolver el procedimiento de resolución del contrato de obra citado, notificada igualmente a los interesados.

- Orden de la Consejería de Educación de 17 de mayo de 2010, por la que se acuerda nuevamente la suspensión del plazo para resolver. La finalidad de la suspensión obedece a la remisión del expediente al Consejo Consultivo de Castilla y León para la emisión del dictamen. Consta la notificación a los interesados.

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, está fundamentalmente compuesta, además de por dicho pliego, por la Ley 30/2007, de 30 octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), 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 194 de la LCSP. En el presente caso, al Consejero de Educación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 78 de la Ley 3/2001, de 3 de julio, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad de Castilla y León; y en el artículo 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), sin perjuicio de la autorización preceptiva exigida por el artículo 8.1 a) de la Ley 10/2007, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad de Castilla y León para el año 2008, y concedida por la Junta de Castilla y León el 31 de julio de 2008.

En cuanto al procedimiento administrativo seguido para la instrucción del procedimiento, hay que señalar que se han cumplido los requisitos fijados en el artículo 195.1 y 3.a) de la LCSP y en el artículo 109.1 del RGLCAP, ya que se ha concedido trámite de audiencia tanto al contratista como al avalista, y con el presente dictamen se cumple lo previsto en el apartado d) de dicho precepto.

No obstante, debe advertirse que se han notificado a la empresa, al avalista y a la Administración concursal las Ordenes del Consejero de Educación por las que se acuerda suspender el plazo para resolver el procedimiento para la resolución contrato. De conformidad con 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, no sólo la suspensión del plazo, sino también la recepción de los informes deben ser objeto de notificación a los interesados, y esta última comunicación no consta en el expediente. Tal omisión, sin embargo, puede considerarse como defecto subsanable, por no derivarse de su ausencia indefensión o merma alguna de derechos a los interesados.

3ª.- El asunto sometido a consulta versa sobre el expediente de resolución del contrato administrativo de obras suscrito el 30 de enero de 2009 entre la Consejería de Educación y la empresa "qqqqq, S.A.", para la construcción de la Escuela de Arte "xxxxx" en xxxx1.

En cuanto al fondo de la cuestión planteada, estima este Consejo Consultivo que debe realizarse un análisis de las causas de incumplimiento



alegadas por la Administración contratante y la contestación que respecto a ellas realiza la empresa contratista.

Para ello ha de partirse de lo dispuesto en el artículo 196 de la LCSP, que establece que “Los pliegos o el documento contractual podrán prever penalidades para el caso de cumplimiento defectuoso de la prestación objeto del mismo o para el supuesto de incumplimiento de los compromisos o de las condiciones especiales de ejecución del contrato que se hubiesen establecido conforme a los artículos 53.2 y 102.1. Estas penalidades deberán ser proporcionales a la gravedad del incumplimiento y su cuantía no podrá ser superior al 10 por ciento del presupuesto del contrato.

»El contratista está obligado a cumplir el contrato dentro del plazo total fijado para la realización del mismo, así como de los plazos parciales señalados para su ejecución sucesiva.

»La constitución en mora del contratista no precisará intimación previa por parte de la Administración.

»Cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiere incurrido en demora respecto al cumplimiento del plazo total, la Administración podrá optar indistintamente por la resolución del contrato o por la imposición de las penalidades diarias en la proporción de 0,12 por 1000 euros del precio del contrato (...).

»La Administración tendrá la misma facultad a que se refiere el apartado anterior respecto al incumplimiento por parte del contratista de los plazos parciales, cuando se hubiese previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares o cuando la demora en el cumplimiento de aquéllos haga presumir razonablemente la imposibilidad del cumplimiento del plazo total.

»Cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiere incumplido la ejecución parcial de las prestaciones definidas en el contrato, la Administración podrá optar, indistintamente, por su resolución o por la imposición de las penalidades que, para tales supuestos, se determinen en el pliego de cláusulas administrativas particulares”.



Asimismo, el artículo 197 del mismo texto legal dispone que “En el supuesto a que se refiere el artículo anterior, si la Administración optase por la resolución, ésta deberá acordarse por el órgano de contratación o por aquél que tenga atribuida esta competencia en las Comunidades Autónomas, sin otro trámite preceptivo que la audiencia del contratista y, cuando se formule oposición por parte de éste, del dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva”.

Respecto a las causas de resolución del contrato, éstas se recogen con carácter general en el artículo 206 y, más concretamente, en su letra e), que establece como tal “la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista, (...)”.

En el presente caso, el contrato fue firmado por la Consejería de Educación y “qqqqq, S.A.” el 30 de enero de 2009, en cuya cláusula tercera se establece que “los plazos parciales de la obra serán los fijados en el programa de trabajo que la empresa presentará en desarrollo del estudio de trabajo aportado en la documentación técnica, y que hará de ser aprobado por la Administración, todo ello a tenor de lo establecido en la cláusula 9 del pliego de cláusulas administrativas particulares”.

La cláusula séptima del pliego de cláusulas administrativas particulares referida al plazo de ejecución del contrato establece que “El plazo total de ejecución de las obras será el establecido en el cuadro de características específicas, o en su caso, el ofertado por el adjudicatario cuando se hubiese establecido la reducción de plazo de ejecución de las obras como criterio de adjudicación del presente contrato.

»Los plazos parciales de ejecución serán los establecidos en el programa de trabajo presentado por el contratista y aprobado por el órgano de contratación.

»La ejecución de las obras comenzará desde el día siguiente al de la firma del acta de comprobación del replanteo con resultado viable”.

La cláusula 9.4 del Pliego, bajo la rúbrica “Programa de trabajo”, dispone que “(...) el contratista presentará ante el órgano de contratación un programa



de trabajo en desarrollo del presentado en su oferta, en el que especifique su ritmo o calendario de ejecución, adecuándolo al presupuesto, anualidades y plazos (total y parciales), sobre el que resolverá la Administración dentro de los quince días siguientes a su presentación”.

En el cuadro de características específicas del pliego, apartado 10, se señala un plazo de ejecución de dieciocho meses.

En todo caso, dicho plazo de ejecución comienza a computarse desde la firma del acta de comprobación del replanteo, tal y como dispone el Pliego y conforme previene el artículo 212 de la LCSP, que establece que “La ejecución del contrato de obras comenzará con el acta de comprobación del replanteo”. En el presente caso el acta de comprobación del replanteo fue firmada el día 27 de febrero de 2009, por lo que al ser el plazo de ejecución del contrato de dieciocho meses, finalizaba el 27 de agosto de 2010 (plazo de finalización respecto al cual no se ha suscitado controversia alguna entre contratante y contratista). Por Orden de la Consejería de Educación de 21 de octubre de 2009 se amplió el plazo de ejecución del contrato por un período de cinco meses, por lo que la nueva fecha de finalización del contrato es el 27 de enero de 2011.

4ª.- Por lo que se refiere al procedimiento de resolución del contrato, hay que señalar que se han seguido los trámites formales que la ley exige en estos casos, en particular el trámite de audiencia.

Tal y como se extrae del expediente administrativo, la Consejería de Educación, por Orden de 25 de enero de 2010, inicia el procedimiento de resolución del contrato y acuerda las actuaciones oportunas a tal fin, como consecuencia de una demora imputable al adjudicatario en el cumplimiento de los plazos de ejecución que se señalan en el pliego de cláusulas administrativas que forma parte del contrato, que hace presumir razonablemente la imposibilidad del cumplimiento del plazo total. Asimismo autoriza el inicio de los trámites correspondientes para la liquidación del contrato.

Concedido el trámite de audiencia al contratista, éste presenta escrito de oposición a la resolución contractual. Alega sustancialmente que no procede la resolución del contrato por causa de incumplimiento puesto que la ejecución del contrato no se encontraba sujeta a plazos parciales sino al cumplimiento del



plazo total de ejecución de veintitrés meses. De las anualidades y del plan de obra que prevé el desarrollo de los trabajos, han sido ejecutadas y certificadas las obras en lo que se refiere al ejercicio 2009, en su totalidad a falta de 16.479,83 euros. En el ejercicio 2010, se encuentran pendientes de ejecución las obras por importe de 110.000 euros y de 220.000 en febrero; y aunque si bien es cierto que las obras se encuentran paralizadas desde el mes de septiembre de 2009, esta parte considera posible su ejecución dentro del plazo previsto, esto es, el 27 de enero de 2011. Aún cuando efectivamente es cierto que qqqqq ha sido declarada en Concurso de Acreedores, también es cierto que, al no haberse abierto la fase de liquidación, la Administración no está obligada a resolver el contrato. Por ello solicita que se acuerde la finalización y el archivo del inicio de procedimiento de resolución del contrato de obras y subsidiariamente, en caso de no ser acogida la anterior solicitud, que se le requiera para prestar las garantías suficientes para continuar con la ejecución de aquél.

Será preciso por tanto analizar en primer lugar la causa de resolución alegada por la Consejería de Educación para posteriormente evaluar si las alegaciones vertidas por qqqqq pueden enervar la causa resolutoria, con los diferentes efectos jurídicos que se derivarían de estimar sus pretensiones.

De los datos que obran en el expediente puede deducirse que los plazos parciales de ejecución de las obras no han sido cumplidos. Así se refleja en los siguientes documentos:

- El informe del arquitecto competente del Servicio de Construcciones de 8 de enero de 2010 describe el desarrollo de la obra y expone que "(...) visto el informe de la dirección facultativa del mes de septiembre de 2009 , y tras varias visitas realizadas por técnicos de este Servicio a la obra, se constata que desde finales del pasado mes de septiembre, la obra se encuentra paralizada no encontrándose operario alguno trabajando en ella, estando tan solo permanentemente el jefe de obra en las casetas instaladas, y según manifiesta él mismo, la obra se encuentra vallada y cerrada".

- La propuesta de inicio de procedimiento para la resolución del contrato de 11 de enero de 2010, señala que "la ejecución durante los siete



primeros meses (hasta septiembre de 2009) ha sido de un 5,25% (263.858,00 euros).

»Dada la situación en que se encuentra la obra, la demora que se está produciendo hace presumir razonablemente la imposibilidad del cumplimiento del plazo total, siendo excesivo el retraso previsible en relación con el plazo contractual”.

- El informe del Servicio de Construcciones y Equipamientos de 18 de marzo de 2010, sobre demora en el cumplimiento de plazos por parte de la empresa adjudicataria de las obras hace constar que “dada la situación de concurso de acreedores en que se encuentra la empresa y su reflejo en la obra, y a pesar de lo manifestado por la empresa, la demora que se está produciendo hace presumir la imposibilidad del cumplimiento del plazo total (...)”. En dicho documento se indica que en los informes de la dirección facultativa del mes de septiembre de 2009 se acredita el ritmo lento de los trabajos y la paralización de la obra. A partir de esa fecha las obras no se han reanudado y pese al ajuste de anualidades, la empresa ni siquiera cumplió con lo pactado en el reajuste para la anualidad 2009. La empresa solicita en el mes de octubre ampliación del plazo de ejecución en 5 meses a causa de los trámites a llevar a cabo ante la “Delegación Territorial de Industria” (así la denomina el contratista) para la sustitución del centro de transformación. Se procede a autorizar la ampliación de plazo, por lo que la nueva fecha de finalización es el 27 de enero de 2011, con el consiguiente reajuste de anualidades del contrato y la aprobación de un nuevo programa de trabajo. A pesar de ello la empresa no coloca el centro de transformación ni reanuda las obras.

De todo ello se deduce la situación de incumplimiento del programa de trabajo previsto y aprobado, al establecer la cláusula tercera del contrato que “los plazos parciales de la obra serán los fijados en el programa de trabajo que la empresa presentará en desarrollo del estudio de trabajo aportado en la documentación técnica, y que habrá de ser aprobado por la Administración (...)”, por lo que queda acreditado el incumplimiento contractual sin que exista alegación al respecto formulada por la empresa contratista en el trámite de audiencia concedido.



Una vez acreditado este incumplimiento, resta examinar si la no ejecución de dichos plazos parciales conforme al programa de trabajo habilitaría la resolución del contrato. El Consejo de Estado, en su Dictamen 1.217/1993, de 14 de octubre, ya manifestaba que “El incumplimiento de los plazos parciales, en cuanto evidencia una quiebra de la normal y regular ejecución de la prestación, se sanciona con la posible resolución del contrato”. En el mismo sentido es suficientemente esclarecedora la Sentencia de 28 de marzo de 2000, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sala de Valladolid, que señala: “hemos de advertir que de conformidad con los artículos 45 de la LCE, y 129 y 137 del RGC el contrato de obras obliga al contratista a cumplir tanto los plazos parciales como el plazo final de terminación de la obra, permitiendo el primero de ellos que la Administración puede declarar la resolución del contrato en caso de que exista incumplimiento de los parciales”. O la Sentencia de 14 de junio de 2001 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid cuando dice que “Se trata con dicha opción el evitar que padezca el interés público al resultar de la paralización de las obras o servicios contratados, que siempre comportan unos perjuicios generales que el incumplimiento por equivalente (incautación de fianza y eventual responsabilidad por daños) puede no ser bastante para reparar (...) sin que la alegada mala situación económica pueda considerarse causa de fuerza mayor a efectos del incumplimiento del contrato, no siendo aplicable el art. 140 del RCE , que se refiere a retrasos en el cumplimiento del contrato y en su caso concesión de prórrogas”. Idéntico criterio sigue la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de País Vasco de 30 de noviembre de 1995, con cita de jurisprudencia del Tribunal Supremo.

La cláusula tercera del contrato y las cláusulas 7 y 9 del pliego de cláusulas administrativas particulares establecen la obligación del contratista de cumplir los plazos de ejecución del contrato, así como los plazos parciales si los hubiera. Si llegado el término de cualquiera de dichos plazos, parciales o final, el contratista hubiere incurrido en mora por causas a él imputables, la Consejería competente podrá optar, indistintamente, por la resolución del contrato o por la imposición de las penalidades conforme al régimen previsto en los artículos 196 y 197 de la LCSP.

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



resolutivo, 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 del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 2000 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, expone la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 1987 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; habrá que ponderar, en atención a las circunstancias del caso, si el incumplimiento es de tanta trascendencia que justifique 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, sin que pueda caracterizarse este juicio de ponderación como el fruto de un voluntarismo inmotivado y carente de cualquier posibilidad de control. Ahora bien, a lo largo del procedimiento son múltiples los informes que manifiestan el retraso y estado de abandono en que se encuentran las obras, sin que la contratista,



durante el trámite de audiencia concedido, haya hecho manifestación sobre las razones del incumplimiento. Todo ello, unido a la imposibilidad de ejecución del contrato dentro de plazo total establecido, dotan de entidad suficiente al incumplimiento como causa de resolución.

Asimismo, el artículo 113 del RGLCAP 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”.

Para su fijación, si procede, deberá tenerse en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que en Sentencia 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”.

En consecuencia, debe entenderse que se ha producido un incumplimiento por la contratista de los compromisos asumidos y, por ello, concurre la causa de resolución del contrato alegada por la Administración contratante. Si algún sentido ha de dársele al programa de trabajo aprobado, no puede ser otro que la vinculación contractual de las partes, sobre todo en cuanto a los plazos parciales y totales de ejecución de las obras; y lo cierto es que en el plan de trabajo aprobado existía un compromiso de cumplimiento de plazos que vincula contractualmente y no puede ignorarse, siendo esos períodos de ejecución los que, por incumplirse, dan lugar a la resolución del contrato. En el presente caso los sucesivos incumplimientos de los plazos parciales hacen inviable el cumplimiento del plazo total y otorgan fundamento a la resolución acordada.

5ª.- Una vez acreditada la existencia de incumplimiento contractual, es necesario examinar de las alegaciones formuladas por la empresa adjudicataria.



Respecto a la ejecución del contrato señala que no se encontraba sujeto a plazos parciales sino al cumplimiento del plazo total de ejecución de 23 meses, el cual vencería el 21 de enero de 2011, de acuerdo con la Orden de 21 de octubre de 2009.

En respuesta a esta alegación del contratista debe tenerse en cuenta lo expuesto en la consideración jurídica anterior, en la que se constata el incumplimiento de plazos establecidos para la ejecución de la obra, tanto en el contrato como en el pliego de cláusulas administrativas particulares, que fija un plazo total y plazos parciales que se reflejarán en los programas de trabajo.

La empresa solicitó una ampliación de plazo, que le fue concedida por la Administración, a consecuencia de los trámites efectuados ante la "Delegación de Industria de xxxx1" para el desmontaje y sustitución del centro de transformación, que bien podía haber realizado desde agosto de 2009 -cuando se aprobó el proyecto- y no lo hizo. A este respecto, el informe de la dirección facultativa de la obra de septiembre de 2009, señala que la empresa constructora no tenía previsto colocar dicho transformador. Por consiguiente la contratista mantiene paralizada la obra desde septiembre de 2009 por su propia voluntad al no aportar el transformador, condición necesaria para proseguir la ejecución, sin que exista impedimento alguno puesto que desde agosto de 2009 contaba con la autorización de la que el contratista denomina Delegación de Industria de xxxx1.

Alega también que, al estar la empresa en concurso, la Ley Concursal mantiene el principio de la conservación de la actividad empresarial, y que al no haberse abierto la fase de liquidación, la Administración no está obligada a resolver el contrato, por lo que solicita ser requerida a los efectos de prestar las garantías suficientes para la ejecución del contrato, y ello con carácter previo a la continuación del procedimiento de resolución contractual.

El artículo 207.5 de la LCSP dispone que "En caso de declaración de concurso y mientras no se haya producido la apertura de la fase de liquidación, la Administración potestativamente continuará el contrato si el contratista prestare las garantías suficientes a juicio de aquélla para su ejecución".



Por lo tanto, que la Administración quiera continuar con la ejecución del contrato y exigir al contratista suficientes garantías, es una opción que le otorga la Ley pero no es una obligación; y más si, como en el presente caso, la obra está totalmente abandonada, circunstancia que produce una limitación a la actuación de la Administración en el cumplimiento de sus objetivos y el menoscabo del interés público, por no disponer ésta en el plazo establecido de un centro público docente necesario para el cumplimiento de los fines públicos a que está obligada.

Todo ello lleva a concluir que las alegaciones presentadas por la empresa adjudicataria no desvirtúan la causa de resolución del contrato por incumplimiento. qqqqq, con la adjudicación del contrato, adquirió la obligación de ejecutarlo en plazo y conforme a las cláusulas convenidas, como deriva de los artículos 196.2 y 213 de la LCSP. El artículo 196.2 de la LCSP establece la obligación del contratista de "(...) cumplir el contrato dentro del plazo total fijado para la realización del mismo, así como de los plazos parciales señalados para su ejecución sucesiva". Por otra parte, el apartado 6 del mismo precepto atribuye a la Administración -para el supuesto de incumplimiento por parte del contratista de los plazos parciales- la misma facultad que ostenta en casos de incumplimiento culpable del plazo total, "(...) cuando se hubiese previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares o cuando la demora en el cumplimiento de aquéllos haga presumir razonablemente la imposibilidad del cumplimiento del plazo total".

6ª.- A la vista de lo expuesto puede concluirse que el incumplimiento del contratista puede ser calificado de culpable, ya que, dado que la obra no ha finalizado, resulta que no se trata de un simple retraso del contratista, sino de un incumplimiento a él imputable por su pasividad culposa o negligente. Tal actitud justifica la procedencia de la resolución del contrato y la incautación de la garantía constituida, sin perjuicio de la liquidación de la obra ejecutada que proceda y de la indemnización de los daños y perjuicios que hayan podido ocasionarse a la Administración contratante por la actuación de la contratista, en lo que exceda de dicha garantía, de conformidad con el artículo 208.4 de la LCSP.

Por ello puede deducirse que concurre la causa que se recoge en el artículo 206.e) de la LCSP, es decir "la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista", por lo que procede la resolución del contrato.



**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 por la Consejería de Educación de la Junta de Castilla y León con la empresa "qqqqq, S.A.", para la construcción de la Escuela de Arte "xxxxx" en xxxx1.

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