



Sr. Amilivia González, Presidente

Sr. Rey Martínez, Consejero

Sr. Velasco Rodríguez, Consejero y
Ponente

Sr. Nalda García, Consejero

Sra. García Fonseca, Secretaria
en funciones

La Sección Primera del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 19 de abril de 2012, ha examinado el *expediente de resolución de contrato suscrito entre la Diputación de xxxx1 y qqqqq, 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 22 de marzo de 2012 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *expediente relativo a la resolución del contrato de obra denominada "comedor social en xxxx2 para xxxx3", suscrito entre la Diputación Provincial de xxxx1 y qqqqq, S.L.*

Examinada la solicitud y admitida a trámite con la misma fecha, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 217/2012, 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. Velasco Rodríguez.

Primero.- Por Orden del Diputado de Obras de la Diputación Provincial de xxxx1 de 9 de enero de 2012 se incoa el procedimiento relativo a la resolución del contrato suscrito con la empresa qqqqq, S.L. el 18 de noviembre de 2010, para la ejecución de la obra "comedor social en xxxx2 para xxxx3", al amparo de los artículos 197 (resolución por demora), 206 y 208 (sobre causas y



efectos de la resolución contractual), todos ellos de la Ley 30/2007, de 30 octubre, de Contratos del Sector Público.

Segundo.- Obra en el expediente la siguiente documentación:

a) Pliego de cláusulas administrativas particulares, cuya cláusula II.1.4 dispone que el plazo total de ejecución del contrato es de ocho meses, que comenzará a contarse desde el día siguiente al de la firma del acta de comprobación del replanteo con resultado viable; documento de aval bancario; acta de comprobación del replanteo celebrada el 17 de diciembre de 2010; contrato de obra suscrito el 18 de noviembre de 2010, cuya cláusula tercera fija también en ocho meses el plazo de ejecución del contrato.

b) Informe del director de obra de 16 de enero de 2012 en el que señala lo siguiente:

“La obra debería haberse concluido el pasado 17 de agosto de 2011, no teniéndose conocimiento de ningún impedimento derivado de las obras que motive el retraso y siendo por lo tanto de posible responsabilidad del contratista qqqqq S.L. la demora de la ejecución de la obra.

»La obra fue replanteada con fecha 17 de diciembre de 2010, teniendo un plazo de ejecución de 8 meses. En el momento de procederse a la firma del acta de replanteo, circunstancialmente dentro del edificio se encontraban algunos enseres que impedían el comienzo normal de las obras, anotándose en el acta que el local debería estar vacío el día 10 de enero, como de hecho así ocurrió (el plazo de 8 meses a partir de esa fecha concluyó a su vez el pasado día 10 de septiembre).

»Se han emitido tres certificaciones, la última el pasado día 12 de agosto, que asciende a la cantidad total a origen de 35.453,84 euros incluido IVA, importe que es de los trabajos actualmente realizados y por lo tanto el importe de la propuesta de liquidación de las obras. Dado que estas cantidades están certificadas, el saldo a favor del contratista sería de 0 euros”.

c) Informe del Servicio Administrativo del Área de Obras de la Diputación de 16 de enero de 2012, que considera procedente la resolución del contrato citado por incumplimiento de los plazos de ejecución por parte del



contratista. Pone de manifiesto igualmente que es una obra con financiación condicionada a su ejecución en plazo, por lo que la realización de la obra fuera de éste podría derivar en la obligación de retornar a la Administración cofinanciadora los fondos que en su día fueron transferidos a la Diputación Provincial.

d) Informe de la Secretaría de la Diputación de 25 de enero en el que concluye que procede la resolución del contrato por demora, imputable al contratista, en el cumplimiento del plazo total de ejecución, con incautación de la garantía y la indemnización a la Administración por los daños y perjuicios ocasionados en lo que exceda del importe de la garantía incautada.

e) Informe de fiscalización de la Intervención de la Diputación de 26 de enero.

Tercero.- El 2 de febrero el Diputado Delegado de Obras formula propuesta de resolución del contrato por causa de incumplimiento culpable del contratista, así como de aprobación de la liquidación de la obra por importe de 0,00 euros. La propuesta señala que "No procede la incautación de la garantía [definitiva] (...) hasta que no se determine la cuantía de los daños y perjuicios" y que "Igualmente, no procede la devolución de dicha garantía hasta que no se determinen las responsabilidades a que la misma está afecta".

Cuarto.- Mediante Providencia de 2 de febrero se concede trámite de audiencia al contratista y al avalista.

El 16 de febrero el contratista presenta un escrito en el que se opone a la resolución del contrato, al considerar que la incoación del procedimiento es nula de pleno derecho por falta de competencia del Diputado Delegado del Área de Obras, que no es el órgano de contratación; y en cuanto al fondo del asunto, porque "ha ejecutado el contrato a satisfacción de la dirección facultativa y la propiedad, y a día de hoy se encuentran ejecutadas las siguientes unidades de obra (las cuales figuran en proyecto) y no han sido certificadas por la dirección facultativa ni abonadas por la Diputación de Zamora (...): 1 ud. televisor pantalla plana 32, 20 uds. butaca comedor, 7 uds. mesa de madera 80x80, 2 ml. encimera cocina granito nacional".

Quinto.- El 7 de marzo el director de obra emite un nuevo informe en el que señala que "En el momento en que se han visitado las obras y se han redactado las certificaciones correspondientes no se ha constatado dentro de



las obras la existencia de los enseres que se citan, tales como una televisión, 20 butacas o 7 mesas de madera. Igualmente no se ha constatado que no se hayan certificado 2 ml. de encimera. Es por dicha razón por la que consecuentemente no se han incluido en las certificaciones de las obras”.

Sexto.- En la misma fecha se formula propuesta de resolución del contrato por causa de incumplimiento culpable por parte del contratista, al haberse producido demora en el cumplimiento de los plazos e incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales (artículo 206, letras e) y g) de la LCSP). La propuesta señala que “No procede la incautación de la garantía [definitiva] (...) hasta que no se determine la cuantía de los daños y perjuicios” y que “Igualmente, no procede la devolución de dicha garantía hasta que no se determinen las responsabilidades a que la misma está afectada”.

Séptimo.- El 12 y 13 de marzo se notifica al contratista y al avalista, respectivamente, el Decreto de la Presidencia de 6 de marzo por el que se acuerda la suspensión del plazo máximo legal para resolver y notificar la resolución, al amparo del 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.

2ª.- La normativa aplicable, tal y como se recoge en el pliego de cláusulas administrativas particulares que rige el contrato, viene determinada



fundamentalmente, además de por dicho pliego, por la Ley 30/2007, de 30 octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) -aplicable de acuerdo con la disposición transitoria primera, apartado 2, del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre-, por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente dicha ley, 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 Presidente de la Diputación, de acuerdo con el apartado 1 de la disposición adicional segunda de la LCSP.

En cuanto al procedimiento para resolver el contrato, el artículo 197 de la LCSP, relativo a la "Resolución por demora y prórroga de los contratos", dispone en su apartado 1 que "En el supuesto a que se refiere el artículo anterior (relativo a la demora en la ejecución de los contratos), 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, el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva". Estos trámites se cumplimentan en el procedimiento, así como la audiencia al avalista que prevé el artículo 109.1.b) del RGLCAP, cuando se propone, como parece deducirse en este caso, la incautación de la garantía.

3ª.- El asunto sometido a consulta versa sobre el expediente relativo a la resolución del contrato de obra denominado "comedor social en xxxx2 para xxxx3, suscrito por la Diputación de xxxx1 y qqqqq, S.L., que se opone a tal actuación.

La propuesta de resolución del contrato se fundamenta en un incumplimiento contractual imputable al contratista, conforme a las letras e) y g) del artículo 206 de la LCSP.

Previamente a su análisis debe advertirse, para su consideración en la resolución que se dicte en el procedimiento, que la Ley 34/2010, de 5 de



agosto, modificó el artículo 206 de la LCSP suprimiendo su letra d), al tiempo que dio nueva enumeración alfabética sucesiva a las restantes letras. De este modo, “La demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista” que figuraba en la redacción inicial de la LCSP en la letra e) del artículo citado, aparece ahora como causa de resolución de la letra d) del artículo 206 de la LCSP y “El incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato”, antes letra g), figura como letra f) del referido artículo 206 de la LCSP.

Lo mismo ocurre en el artículo 208 de la LCSP, referido a los “Efectos de la resolución”, en el que dicha Ley suprime el apartado 1 y da nueva numeración sucesiva a los restantes, de modo que los efectos de la resolución por incumplimiento culpable del contratista, se determinan actualmente en el apartado 3 del citado artículo 208 de la LCSP.

Se indica igualmente que, aunque bien pudieran haberlo hecho, ni el pliego de cláusulas administrativas particulares ni el contrato califican expresamente como obligación contractual esencial, a los efectos del artículo 206.f) de la LCSP, la de dar comienzo a la obra en un momento determinado (la propuesta de resolución parece sugerir, en su consideración jurídica cuarta, que no se comenzó la obra, pese a que los informes refieren que se han emitido certificaciones de trabajos realizados), por lo que no parece procedente acordar la resolución del contrato a su amparo máxime cuando dicha resolución contractual puede fundamentarse claramente en otra causa.

El debate debe centrarse, por tanto, en el análisis de la concurrencia de la causa de resolución del contrato prevista en el artículo 206.d) de la LCSP: “La demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista (...)”. En relación con este precepto deben traerse a colación el artículo 196.2 de la LCSP, que dispone que “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” y el artículo 196.4, que faculta a la Administración para optar entre la resolución del contrato o la imposición de penalidades “Cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiere incurrido en demora respecto al incumplimiento del plazo total”.

Según reiterada jurisprudencia, “el contrato de obras es típicamente un contrato de resultado. De ahí que tanto la Ley como el Reglamento, al desarrollar



la ejecución de este contrato, hagan hincapié en los preceptos mencionados para resaltar la obligación del contratista de cumplir tanto los plazos parciales fijados para la ejecución sucesiva, como el general o final para su total realización. *Item* más, para la constitución en mora del contratista no se requiere interpelación o intimación previa por parte de la Administración; hasta tal punto que una racional presunción de incumplimiento del plazo final, deducido de la conducta del contratista en el desarrollo de la obra permite a la Administración optar por la resolución del contrato" (entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1986, 20 de marzo de 1989 y 12 de marzo de 1992).

Las alegaciones presentadas por la empresa contratista, en el sentido de que las obras se han ejecutado "a satisfacción de la dirección facultativa y la propiedad", no desvirtúan la causa de resolución analizada y ceden ante la afirmación del director de obra, que en su informe de 16 de enero de 2012 señala que las obras, que debían haber terminado el 17 de agosto de 2011, no han finalizado.

Por otra parte, no consta en el expediente que el contratista haya solicitado la ampliación del plazo de ejecución. Esta posibilidad de prórroga se regula en el artículo 197.2 de la LCSP, que dispone: "Si el retraso fuese producido por motivos no imputables al contratista y éste ofreciera cumplir sus compromisos dándole prórroga del tiempo que se le había señalado, se concederá por la Administración un plazo que será, por lo menos, igual al tiempo perdido, a no ser que el contratista pidiese otro menor".

Debe recordarse que con la adjudicación del contrato el contratista adquiere la obligación de ejecutar las obras "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 dieren al contratista el Director facultativo de las obras, y en su caso, el responsable del contrato, en los ámbitos de su respectiva competencia" (artículo 213 de la LCSP). Además, el artículo 199 de la LCSP establece que "La ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, sin perjuicio de lo establecido para el de obras en el artículo 214 (...)", precepto este último que otorga al contratista el derecho a una indemnización en los casos de fuerza mayor, siempre que no exista actuación imprudente por parte del contratista.



Se opone también por el contratista la nulidad de pleno derecho de la orden de incoación del procedimiento por falta de competencia para su adopción del Diputado Delegado de Obras, que no es el órgano de contratación. Al respecto explica la propuesta de resolución que la actuación del referido Diputado se realiza “en uso de las competencias que le atribuye el Decreto de Presidencia nº 5.374 de 20 de julio de 2011 y las disposiciones legales vigentes. Dicho Decreto acuerda el establecimiento de un régimen de delegaciones y competencias, entre las cuales cita con carácter general, entre otras, la dirección y gestión en general, el estudio, informe, propuesta y ejecución, y la emisión de actos administrativos que no pongan fin a la vía administrativa o que sean de trámite no cualificado”. Si bien no consta en el expediente el referido Decreto, es claro que el acuerdo de inicio del procedimiento ha de calificarse como acto de trámite que no pone fin a la vía administrativa, por lo que parece integrarse en el ámbito de aquella resolución, la cual deberá incorporarse al expediente a fin de motivar el rechazo de la alegación formal efectuada por el contratista.

De todo lo anterior se desprende que, transcurrido el término previsto en el contrato para su realización sin haberse éste ejecutado, el contrato estaría incurso en esa causa de resolución puesto que, como señaló el Consejo de Estado en su Dictamen 912/1997, de 27 de febrero, “(...) el simple vencimiento de los plazos sin que la prestación del contratista esté realizada implica *ipso iure* la calificación de incumplimiento, pues el contrato administrativo tiene como elemento característico ser un negocio a plazo fijo, en el que el tiempo constituye una condición esencial”.

Respecto a esta causa resolutoria, 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 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 mantiene 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”.

Por lo que se refiere a la entidad del incumplimiento en el contexto de la relación jurídica contractual que se examina, dicho incumplimiento del contratista puede ser calificado de culpable al concurrir pasividad culposa o negligente puesto que, según se infiere del informe del director de obra, hasta el 12 de agosto de 2011 se habían emitido certificaciones por importe de 35.482,84 euros sobre un importe total del contrato de 48.260,82 euros (es decir, inferior al 75% del total) y no consta que se haya ejecutado trabajo alguno desde esa fecha hasta el 16 de enero de 2012 (cinco meses después de concluir el plazo de ejecución).

En definitiva, puede apreciarse que el incumplimiento de la empresa contratista es de tal entidad que motiva la resolución del contrato, al amparo del artículo 206.d) de la LCSP.

4ª.- El incumplimiento culpable del contratista provoca, como efectos de la resolución, la incautación de la garantía constituida -en los términos previstos en el artículo 88.c) de la LCSP- y la indemnización de los daños y perjuicios que hayan podido ocasionarse a la Administración contratante por la actuación del contratista, en lo que exceda de dicha garantía, de conformidad con el artículo 208.3 de la LCSP. Todo ello sin perjuicio de la liquidación de la obra ejecutada que proceda conforme al 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 (...)”. En este sentido, ha de advertirse que si bien la dirección de obra afirma que la liquidación de la obra asciende a 0,00 euros, la Administración debe pronunciarse de manera expresa sobre si, de acuerdo con el proyecto de obra, los materiales referidos por el contratista en el trámite de audiencia han de ser o no abonados a éste.

El mencionado artículo 208.3 de la LCSP ha de ponerse en relación con el 113 del RGLCAP, que dispone: “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 ya en Sentencia de 9 de diciembre de 1980 declaró 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”.

Cabe citar finalmente, en atención a las circunstancias que concurren en la financiación del presente contrato, el Dictamen del Consejo de Estado 1.450/2003, de 26 de junio, según el cual “Para la concreta determinación de los daños y perjuicios, sin embargo, deberá incoarse un expediente contradictorio con audiencia al contratista a fin de que se individualicen los daños sufridos por el Ayuntamiento con cuantificación de los correspondientes perjuicios, incluyendo como partidas computables las subvenciones que la Entidad Local Menor haya podido perder como consecuencia de los retrasos imputables al contratista en la ejecución de las obras”.

A ello se refiere el informe del Servicio Administrativo del Área de Obras de la Diputación de 16 de enero de 2012, al indicar que es una obra con financiación condicionada a la ejecución de la misma en plazo por lo que la ejecución fuera de plazo podría derivar en la obligación de retornar a la Administración cofinanciadora los fondos que en su día fueron transferidos a la Diputación Provincial.

III CONCLUSIONES

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



**CONSEJO
CONSULTIVO**
DE CASTILLA Y LEÓN

Procede resolver el contrato de obra denominada "comedor social en xxxx2 para xxxx3", suscrito entre la Diputación Provincial de xxxx1 y qqqqq, S.L.

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