



Sr. Amilivia González, Presidente

Sr. Rey Martínez, Consejero

Sr. Velasco Rodríguez, Consejero y
Ponente

Sr. Nalda García, Consejero

Sr. Sobrini Lacruz, Secretario

La Sección Primera del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 19 de octubre de 2012, ha examinado el *procedimiento de resolución de contrato suscrito entre la Diputación Provincial de xxxx1 y qqqq1, S.A.*, y a la vista del mismo y tal como corresponde a sus competencias, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

I

ANTECEDENTES DE HECHO

El día 23 de julio de 2012 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *procedimiento de resolución del contrato suscrito entre la Diputación Provincial de xxxx1 y la empresa qqqq1, S.A., para la ejecución de la obra denominada "Acondicionamiento y refuerzo de firme de la carretera provincial xx1, de xxxx2 a xxxx3, puntos kilométricos 5+600 al 13+356,140", obra nº 198, financiada con cargo al Programa Operativo Local, anualidad 2005.*

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 23 de julio de 2012, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 480/2012, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal como dispone el artículo 55 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de Castilla y León, aprobado por el Decreto 17/2012, de 3 de mayo. Turnado por el Sr. Presidente del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Velasco Rodríguez.

Primero.- El 7 de mayo de 2012 el Diputado Delegado de Infraestructuras Viarias de la Diputación Provincial de xxxx1 inicia el procedimiento de resolución del contrato, suscrito con la empresa qqqq1, S.A.,



para la ejecución de la obra denominada "Acondicionamiento y refuerzo de firme de la carretera provincial xx1, de xxxx2 a xxxx3, puntos kilométricos 5+600 al 13+356,140", obra nº 198, financiada con cargo al Programa Operativo Local, anualidad 2005.

La resolución justifica la iniciación del procedimiento en los artículos 96.1, 111.c), 113 y 149 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (en adelante, TRLCAP).

Segundo.- Mediante Decreto de Presidencia 5.483/2005, de 29 de septiembre, rectificado posteriormente por el Decreto 5.686/2005, de 5 de octubre, se acordó la adjudicación de la obra denominada "Acondicionamiento y Refuerzo de firme de la Carretera Provincial xx1, de xxxx2 a xxxx3, puntos kilométricos 5+600 al 13+356,140", a la empresa qqqq1, S.A., por un importe de 1.196.050 euros.

El contrato se formalizó el 16 de noviembre de 2005. El plazo de ejecución era inicialmente de 8 meses a contar desde el acta de comprobación del replanteo.

Tercero.- A la finalización de la obra, el 29 de septiembre de 2008 se extiende un acta de recepción negativa de la obra, a la que se adjunta un anexo en el que se indican las faltas y deficiencias de la obra y un reportaje fotográfico. En el acta la empresa contratista manifiesta que el 2 de abril de 2008 el Presidente de la Diputación inauguró parte de la obra realizada, con excepción de un tramo.

El 14 de noviembre de 2008 qqqq1, S.A. comunica que se encuentran finalizados todos los trabajos mencionados en el acta de recepción negativa.

El 21 de abril de 2009 se levanta una nueva acta de recepción negativa, al constatarse la existencia de nuevas fisuras en la calzada, parte de ellas en la zona ya utilizada.

El 4 de enero de 2010 el director de la obra comunica a qqqq1, S.A. la progresión de algunas fisuras y la aparición de otras nuevas. El 5 de mayo la referida empresa contratista comunica a la Diputación de xxxx1 la fecha de



inicio del sellado de las fisuras, una vez que han mejorado las circunstancias meteorológicas.

El 22 de diciembre de 2010 el director de la obra remite escrito al Diputado Delegado de Planes Provinciales en el que describe el estado de la carretera.

Cuarto.- La Sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 1 de xxxx1 de 12 de enero de 2011 estima parcialmente el recurso contencioso administrativo interpuesto por la entidad qqqq1, S.A. frente a la inactividad de la Diputación Provincial de xxxx1 y "declara que dicha Administración ha incurrido en inactividad al no proceder, bien a recibir la obra definitivamente liquidando definitivamente la misma, bien a la resolución del contrato, condenando a la Administración a proceder en la forma señalada en la fundamentación jurídica de esta resolución".

El 23 de marzo la empresa contratista solicita que se dé cumplimiento a la Sentencia de 12 de enero de 2011 y que se proceda a recibir la obra y a su liquidación definitiva.

Quinto.- El 13 de junio el director facultativo de la obra informa de que la carretera presenta la misma fisuración anterior y que la longitud de las fisuras ha ido aumentando. Concluye que la obra no se puede recibir en el estado en que se encuentra en el momento actual y por ello no puede hacerse la liquidación definitiva, salvo que el Diputado de Obras indique lo contrario. Se adjunta un informe de la empresa qqqq2, S.A.

Sexto.- El 28 de junio de 2011 se acuerda la incoación de un procedimiento de resolución del contrato de la obra de referencia. El Dictamen de 15 de diciembre de 2011 del Consejo Consultivo de Castilla y León concluye: "Procede que se declare la caducidad del procedimiento de resolución del contrato (...).

El Decreto de Presidencia nº 1.677, de 10 de abril de 2012, declara la caducidad del procedimiento de resolución del contrato de la obra denominada "Acondicionamiento y Refuerzo de firme de la Carretera Provincial xx1, de xxxx2 a xxxx3, puntos kilométricos 5+600 al 13+356,140



Séptimo.- Obran en el expediente, entre otros documentos, los siguientes:

- Sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de xxxx1 de 12 de enero de 2011, en la que se estima la demanda presentada por qqqq1 y se declara que la Administración "ha incurrido en inactividad al no proceder bien a recibir la obra, liquidando definitivamente la misma o bien, a la resolución del contrato (...)."

- Informe del estado de las obras realizado por la empresa de asistencia técnica qqqq2 S.A. el 9 de junio de 2011.

- Informe del Director de Obra de 13 de junio de 2011, en el que pone de manifiesto la existencia de fisuras en la calzada.

- Informe del Jefe de Servicio Administrativo del Área de Obras de 28 de junio de 2011, relativo a la forma de ejecutar la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de xxxx1 de 12 de enero de 2011.

- Informe del director facultativo de la obra de 24 de mayo de 2012, relativo a las soluciones técnicas posibles para solucionar los problemas de la calzada. Se adjuntan el cálculo de la revisión de precios, un informe del estado de la carretera en mayo de 2012, una valoración del coste de reparación de las obras y el proyecto de liquidación de la obra.

- Informe del Jefe del Servicio Administrativo del Área de Obras de 6 de junio, relativo a la resolución del contrato.

- Informe del Secretario General de la Diputación Provincial de 3 de junio.

- Informe de fiscalización de la Interventora de la Diputación Provincial de 20 de junio.

- Informe de un técnico del Servicio Administrativo del Área de Obras de 27 de julio, en el que se señala que procede la resolución del contrato a la vista de lo dispuesto en el artículo 147.2 en relación con la causa prevista en el artículo 111.g) (incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales), ambos del TRLCAP.



Octavo.- El 21 de junio de 2012 se formula propuesta de resolución del contrato por concurrir la causa prevista en el artículo 111.g) del TRLCAP (“El incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales”), al no haberse realizado la obra conforme a lo previsto en el proyecto.

Noveno.- Notificada a la empresa contratista la apertura del trámite de audiencia, el 26 de junio obtiene copia parcial del expediente.

El 5 de julio la empresa contratista presenta alegaciones en las que manifiesta su oposición a la resolución pretendida por considerar que las imperfecciones son consecuencia del proyecto elaborado por la Administración, que la obra fue abierta al tráfico y que “cuenta con deficiencias que no existían en la fecha en la que debió de producirse la recepción de la obra”. Además de ello, discrepa de la liquidación y de la revisión de precios propuestas.

Adjunta el acta de recepción parcial de la obra y diversa documentación técnica.

Décimo.- El 12 de julio se acuerda la suspensión del plazo para resolver el procedimiento, al amparo del artículo 42.5, letra c), de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Dicha Resolución se notifica a la entidad avalista y a la contratista el 12 de julio.

En tal estado de tramitación, se dispuso la remisión del expediente al Consejo Consultivo de Castilla y León para que emitiera dictamen.

Decimoprimer.- Mediante Acuerdo del Presidente del Consejo Consultivo de 1 de agosto de 2012 se requiere a la Diputación Provincial de xxx1 para que complete el expediente con una nueva propuesta de resolución, dado que la anterior (fecha el 21 de junio de 2012) se había dictado antes de la oposición de la empresa contratista (escrito de 5 de julio), por lo que las alegaciones realizadas por ésta no pudieron ser valoradas.

En la misma fecha se suspende el plazo para la emisión del dictamen.

Decimosegundo.- El 4 de octubre tiene entrada en el Consejo Consultivo la siguiente documentación:



- Informe del Jefe de Servicio Administrativo del Área de Obras de 21 de septiembre.

- Informe técnico del Ingeniero Jefe de Área de Obras de 21 de septiembre.

- Informe de un ingeniero de caminos fechado en "septiembre de 2012", sobre el origen y causa de las fisuras existentes en la carretera provincial xx1, de xxxx2 a xxxx3.

- Propuesta de resolución del contrato de 24 de septiembre, en la que se desestiman las alegaciones presentadas por la empresa contratista; se aprueba la liquidación de la obra, la revisión de precios y se ordena su pago; se liquida la tasa de dirección de obra; se resuelve el contrato de la obra denominada "Acondicionamiento y Refuerzo de firme de la Carretera Provincial xx1, de xxxx2 a xxxx3, puntos kilométricos 5+600 al 13+356,140", por culpa del contratista debido al incumplimiento de las obligaciones contractuales esenciales del contrato de la obra; se determina el importe correspondiente a la indemnización exigible a la empresa contratista y se procede a la incautación de la garantía definitiva.

Recibida dicha documentación, se acuerda la reanudación del plazo para la emisión del dictamen.

Decimotercero.- El 4 de octubre D. yyyyy, en nombre y representación de qqqq1, S.A., presenta en el registro del Consejo Consultivo de Castilla y León alegaciones, que no pueden tenerse en cuenta al no estar previsto dicho trámite en el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo.

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 apartado tercero, 1. d) del Acuerdo de 31 de



mayo de 2012, del Pleno del Consejo, por el que se determina la composición y competencias de las Secciones.

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

La formalización del contrato tuvo lugar el 16 de noviembre de 2005. De acuerdo con la disposición transitoria primera, apartado 2, de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, a la que a su vez se remite la disposición transitoria primera, apartado 2, del texto refundido de esta Ley, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior.

Resulta por ello de aplicación en el presente caso el ya citado TRLCAP.

El artículo 59.3.a) del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP), establece como preceptiva la intervención del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, en los supuestos de resolución de contratos administrativos cuando se formule oposición por parte del contratista.

2ª.- El procedimiento seguido para la resolución del contrato se ha tramitado de acuerdo con lo previsto en el artículo 109.1 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante, RGLCAP): se ha concedido audiencia a la contratista y a su avalista, se ha emitido el informe jurídico y con el presente dictamen se cumple el requisito previsto en la letra d) del referido artículo 109.1.

3ª.- La competencia para acordar la resolución del contrato y determinar sus efectos corresponde al órgano de contratación, conforme disponen los artículos 59 del TRLCAP y 109 del RGLCAP.

4ª.- Según lo dispuesto en el artículo 111 letra g) del TRLCAP, es causa de resolución del contrato "El incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales".



La obligación esencial del contratista de una obra es la ejecución de ésta conforme al proyecto. Una ejecución no conforme a lo previsto en el proyecto, que suponga que la obra no alcance la finalidad para la que fue proyectada y que impida su completa recepción, constituye el incumplimiento de la obligación esencial que le imponen al contratista los artículos 143 y 147.2 del TRLCAP y, por ende, determina la concurrencia de la causa de resolución tipificada en el artículo 111.g) del TRLCAP.

5ª.- El asunto sometido a consulta versa sobre el procedimiento iniciado por la Diputación Provincial de xxxx1 para resolver el contrato de ejecución de la obra denominada "Acondicionamiento y refuerzo de firme de la carretera provincial xx1, de xxxx2 a xxxx3, puntos kilométricos 5+600 al 13+356,140", suscrito con la empresa qqqq1, S.A. -que se opone a tal actuación-.

Respecto a la causa resolutoria por incumplimiento culpable del contratista, existe una reiterada doctrina jurisprudencial (entre todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1999), del Consejo de Estado y de este Consejo Consultivo, en el sentido de que no basta cualquier incumplimiento contractual para que se produzca el efecto resolutorio, sino que ha de traducirse en una valoración del incumplimiento grave y de naturaleza sustancial del contrato, al ser la resolución la consecuencia más grave que puede derivarse de esta circunstancia.

Asimismo, tal y como ha mantenido el Tribunal Supremo en la Sentencia de 14 de diciembre de 2001, la resolución por incumplimiento del contrato ha de limitarse a los supuestos en que sea patente "una voluntad rebelde a su cumplimiento, sin bastar el simple retraso, al requerirse una pasividad dolosa, culposa o negligente imputable al contratista, como ha venido exigiendo la jurisprudencia de esta Sala a tales efectos".

En el presente caso, consta en el expediente que la calzada no se encontraba en correctas condiciones en el momento de finalizar el contrato y que tampoco lo estaba tras el transcurso de los dos plazos concedidos a la contratista para la corrección de sus defectos.

La empresa imputa el deterioro de la calzada a errores del proyecto y no a una mala ejecución. No obstante, los diversos informes incorporados al expediente no acreditan esta circunstancia. La Administración considera que no



existen tales fallos en el proyecto y pone de manifiesto que el informe presentado por la contratista parte de "datos erróneos al considerar que los valores de las deflexiones aportados (...) venían expresados en centésimas de milímetro en lugar de en milésimas de milímetro". Por otro lado, no está acreditado que las nuevas fisuras sean únicamente consecuencia del uso de la carretera.

En definitiva, en opinión de este Consejo no existe circunstancia alguna imputable a la Administración que pueda justificar el incumplimiento por el contratista de sus obligaciones contractuales, por lo que procede resolver el contrato suscrito entre la Diputación Provincial de xxxx1 y la empresa qqqq1, S.A., para la ejecución de la obra denominada "Acondicionamiento y refuerzo de firme de la carretera provincial xx1, de xxxx2 a xxxx3, puntos kilométricos 5+600 al 13+356,140".

Ello se entiende sin perjuicio de la indemnización de los daños y perjuicios que hayan podido seguirse para la Administración contratante por la actuación de la contratista, de conformidad con el artículo 113.4 del TRLCAP, puesto en relación con el artículo 113 del RGLCAP.

6ª.- Finalmente, debe tenerse en cuenta que, de acuerdo con el artículo 151 del TRLCAP, "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".

III CONCLUSIONES

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

Procede resolver el contrato suscrito entre la Diputación Provincial de xxxx1 y la empresa qqqq1, S.A., para la ejecución de la obra denominada "Acondicionamiento y refuerzo de firme de la carretera provincial xx1, de xxxx2



**CONSEJO
CONSULTIVO**
DE CASTILLA Y LEÓN

a xxxx3, puntos kilométricos 5+600 al 13+356,140", obra nº 198, financiada con cargo al Programa Operativo Local, anualidad 2005.

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