



Sr. Amilivia González, Presidente y
Ponente

Sr. Rey Martínez, Consejero
Sr. Velasco Rodríguez, Consejero
Sr. Nalda García, Consejero

Sr. Sobrini Lacruz, Secretario

La Sección Primera del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 13 de noviembre de 2012, ha examinado el *procedimiento 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 18 de octubre de 2012 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *procedimiento relativo a la resolución del contrato de ejecución de las obras de pavimentación y alumbrado en xxxx2, suscrito entre la Diputación de xxxx1 y qqqqq, S.L.*

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 19 de octubre de 2012, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 752/2012, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal como dispone el artículo 55 del Decreto 17/2012, de 3 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de Castilla y León. Turnado por el Sr. Presidente del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Amilivia González.

Primero.- Por Orden del Diputado Delegado de Obras y Planes Provinciales de la Diputación de xxxx1 de 17 de agosto de 2012, se acuerda iniciar el procedimiento de resolución del contrato suscrito con la empresa qqqqq, S.L. el 27 de octubre de 2010, para la ejecución de la obra "Pavimentación y alumbrado en xxxx2" obra nº 30, financiada con cargo al POS, anualidad 2010, al amparo de los artículos 197 (Resolución por demora) y



los artículos 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. Asimismo acuerda que se unan al expediente los informes y audiencia emitidos con anterioridad.

Segundo.- Constan en el expediente:

- Informe del director de las obras de 16 de agosto de 2012 en el que señala que, como puso de manifiesto en el pasado informe de 20 de julio de 2011, el contrato "se firmó el 27 de octubre de 2010, se replanteó el 23 de noviembre de 2010, y su plazo de ejecución es de 6 meses, se informa que dicho plazo finalizó el pasado 23 de mayo de 2011.

»A fecha de hoy, y como ya informé (...), en esta obra se han realizado y certificado los trabajos correspondientes al Capítulo 2 del proyecto contratado "Ramal de alumbrado" que suponen un porcentaje 17% de la obra contratada, trabajos que han sido realizados por un subcontratista. Del resto de la obra correspondiente al Capítulo 1 "Pavimentación-carretera y Calle xx1" no se ha ejecutado ninguna unidad de obra (...) Por lo cual y sin que se tenga conocimiento por parte de la Dirección de Obra de ningún otro tipo de objeción, que implique la demora o la posibilidad de no poder ejecutar la obra, la responsabilidad de la no ejecución corresponde al contratista qqqqq, S.L.

»También quiero poner de manifiesto que durante todo este tiempo transcurrido, desde que se procedió a la certificación de los trabajos realizados correspondientes al capítulo 2, no se ha procedido a la ejecución de ninguna unidad de obra, por lo cual la liquidación de la obra es de cero euros".

- Documentación referida al procedimiento de contratación, entre la que se incluye el pliego de cláusulas administrativas particulares, cuya cláusula II.1.4 dispone que el plazo total de ejecución del contrato es de seis meses, que comenzará a contarse desde el día siguiente al de la firma del acta de comprobación del replanteo con resultado viable, que tuvo lugar el 23 de noviembre de 2010. La cláusula tercera del documento de formalización del contrato de 27 de octubre de 2010 fija también en 6 meses el plazo de ejecución del contrato.



- Informe del Servicio Administrativo del Área de Obras de la Diputación de 17 de agosto de 2012, que estima procedente la resolución del contrato citado por incumplimiento de los plazos de ejecución por parte del contratista.

- Informe de la Secretaría de la Diputación de 21 de agosto de 2012.

- Informe de fiscalización de conformidad de la Intervención de la Diputación de 27 de agosto de 2012.

Tercero.- Mediante Providencia de 28 de agosto se concede trámite de audiencia al contratista y al avalista.

El 14 de septiembre la empresa contratista presenta un escrito en el que se opone a la resolución del contrato, porque la demora en la ejecución del contrato no le es imputable, sino que ha estado motivada por las condiciones climatológicas y por la continua subida del betún, por lo que no ha sido posible ejecutar y rematar dichos trabajos.

Asimismo aporta diversa documentación en la que, al igual que en el trámite de audiencia concedido con ocasión del procedimiento que se declaró caducado, considera 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.

Cuarto.- El 3 de octubre se formula propuesta de resolución del contrato por incumplimiento del plazo de ejecución imputable al contratista y por incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, como es el no comenzar la obra, con incautación de la garantía definitiva.

Quinto.- Por Decreto de la Presidencia de 3 de octubre de 2012 se acuerda la suspensión del plazo máximo legal para resolver y notificar la resolución, al amparo del artículo 42.5 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 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.

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), 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).

Debe recordarse que 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 (en adelante TRLCSP), establece -para los contratos adjudicados con anterioridad a su entrada en vigor, que tuvo lugar el 14 de diciembre de 2010- que se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior, esto es, por la Ley 30/2007, de 30 octubre.

Por su parte, el procedimiento para el ejercicio de la facultad resolutoria se rige por la normativa vigente en el momento de su inicio, cuestión que aparece confirmada por lo dispuesto en la disposición transitoria segunda de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común ("A los procedimientos ya



iniciados antes de la entrada en vigor de la presente Ley no les será de aplicación la misma, rigiéndose por la normativa anterior”), norma de aplicación subsidiaria a los procedimientos en materia de contratación, según establece la disposición final tercera del TRLCSP.

En cuanto al procedimiento de resolución contractual, se ha iniciado bajo la vigencia del TRLCSP, por lo que cabe acudir a su artículo 213, relativo a la “Resolución por demora y prórroga de los contratos”, que 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 en este caso, la incautación de la garantía.

La competencia para acordar la resolución del contrato y determinar sus efectos corresponde al órgano de contratación, en el presente caso, al Presidente de la Diputación, de acuerdo con el apartado 1 de la disposición adicional segunda de la LCSP.

3ª.- El asunto sometido a consulta versa sobre el expediente relativo a la resolución del contrato de ejecución de las obras de Pavimentación y alumbrado en xxxx2, suscrito por la Diputación de xxxx1 y qqqq, S.L. que se opone a tal actuación.

La propuesta de resolución del contrato de 3 de octubre de 2012 se fundamenta en un incumplimiento contractual imputable al contratista, conforme a las letras e) y g) del artículo 206 de la LCSP.

Debe aclararse sobre ello 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 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 en el apartado 3 del citado artículo 208 LCSP.

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).

Con carácter previo, respecto a las alegaciones formuladas por el contratista sobre la pretendida nulidad de las actuaciones por la incompetencia del órgano para iniciar el procedimiento, cabe señalar que el Acuerdo de iniciación del Delegado de Obras indica que se ha adoptado por delegación, en virtud del Decreto núm. 1.777, de 15 de marzo de 2012.

Por otra parte, las alegaciones presentadas por la empresa contratista en las que atribuye la demora en el cumplimiento del contrato a las condiciones meteorológicas y al aumento del precio de los materiales (que ni especifica ni acredita que imposibilitaran los trabajos) no desvirtúan la causa de resolución analizada. El informe del director de las obras señala que la posible responsabilidad en la demora de la ejecución de la obra recae exclusivamente en la empresa adjudicataria.



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, actualmente artículo 230 TRLCSP). 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.

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, el incumplimiento del contratista puede ser calificado de culpable ya que, dado que no se trata de un "simple retraso" del contratista, sino de un incumplimiento a él imputable por su pasividad culposa o negligente.

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 el presente caso consta en el expediente que durante todo este tiempo transcurrido no se ha procedido a la ejecución de ninguna unidad de obra.

El mencionado artículo 208.3 de la LCSP ha de ponerse en relación con el 113 del RGLCAP, que 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 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”.

III CONCLUSIONES

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

Procede resolver el contrato de ejecución de las obras de Pavimentación y alumbrado en xxxx2, suscrito entre la Diputación de xxxx1 y qqqqq, S.L.

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