



Sr. Velasco Rodríguez, Presidente en funciones

Sr. Rey Martínez, 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 14 de febrero de 2013, ha examinado el *procedimiento de resolución de contrato suscrito entre la Diputación de xxx1 y qqqq, 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 15 de enero de 2013 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *procedimiento de resolución del contrato de ejecución de las obras de "Acondicionamiento y refuerzo de la Carretera xx1, de xx2 por xxx2 y xxx3 a xx3 y ramal a xxx2. Tramo xx4 a xxx2. Segunda fase"*, suscrito entre la Diputación de xxx1 y qqqq, S.A.

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 18 de enero de 2013, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 41/2013, 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. Rey Martínez.

**Primero.-** Por Decreto del Presidente de la Diputación de xxx1 de 20 de diciembre de 2012 se incoa procedimiento de resolución del contrato suscrito el 30 de septiembre de 2011 con la empresa qqqq, S.A. para la ejecución de la obra "Acondicionamiento y refuerzo de la Carretera xx1, de xx2 por xxx2 y xxx3 a xx3 y ramal a xxx2. Tramo xx4 a xxx2. Segunda fase", al amparo de



los artículos 197 (resolución por demora) y 206.d) de la Ley 30/2007, de 30 octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP).

En el mismo acto se dispone la conservación de todas las actuaciones realizadas, incluido el trámite de audiencia y la propuesta de resolución, en el procedimiento iniciado con la misma finalidad el 18 de julio de 2012 cuya caducidad fue declarada por Decreto de la Presidencia de 14 de diciembre de 2012.

El Decreto acuerda también 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, por el tiempo que medie entre la petición y la emisión de dictamen de este Consejo.

Este acuerdo de inicio es notificado al contratista y al avalista el 28 de diciembre, sin que conste la formulación de nuevas alegaciones.

**Segundo.-** Obran en el expediente:

- Documentación relativa al expediente de contratación, en el que se incluye el pliego de cláusulas administrativas particulares, cuya cláusula 9 dispone que el plazo de ejecución del contrato es de dos 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 28 de octubre de 2011. En ella consta expresamente como fecha de terminación de la obra el 28 de diciembre de 2011. La cláusula tercera del documento de formalización del contrato de 30 de septiembre de 2011 fija también en dos meses el plazo de ejecución del contrato.

- Decreto de 28 de diciembre de 2011 por el que se concede la prórroga del plazo de ejecución por 6 meses (hasta el 28 de junio de 2012) solicitada por el contratista a causa de la adversa climatología de los meses de noviembre y diciembre de 2011, que dificulta la realización de los trabajos.

- Escrito del contratista de 30 de mayo de 2012, en el que indica que la ampliación del plazo de ejecución no tenía la consideración de prórroga, sino de suspensión del contrato acordada por la Administración, con el consiguiente derecho del contratista a la indemnización reconocida en el artículo 203.2 de la LCSP.



Igualmente pone de manifiesto la imposibilidad de ejecutar el contrato conforme al proyecto que le sirve de base por los siguientes motivos:

- El contrato le obliga a asfaltar unos anchos útiles de plataforma consolidada que no se dan y la diferencia entre la realidad física de los terrenos y el proyecto hacen inaplicable la medición de éste, lo que obligaría a la modificación del contrato. Aporta a tal fin informe de ingeniero técnico en topografía de 28 de mayo de 2012, de medición de los anchos actuales del camino xx1 de xxxx2 hasta el cruce con la xx2.

- El proyecto contempla que los áridos para la fabricación de las mezclas bituminosas deben ser aportados por la Diputación y, al no hacerlo, ello supone una alteración grave de las circunstancias tenidas en cuenta para presentar la oferta.

Añade que la empresa estaría dispuesta a resolver el contrato, al amparo del artículo 206.c) de la LCSP, si la Administración no tuviera ya interés en él.

- Informes del Servicio de Vías y Obras de la Diputación y de la dirección facultativa de la obra de 20 y 25 de junio de 2012 respectivamente. En ambos se concluye que no hay razones técnicas que impidan la realización de la obra y que el proyecto no contempla la aportación de materiales por la Administración.

- Informe del Jefe del Servicio de Vías y Obras de la Diputación de 3 de julio de 2012, en el que se hace constar la cofinanciación de esta obra por el actual Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, al incluirse en el Plan provincial de Obras y Servicios del Estado. El 20 de julio se solicita al Ministerio el mantenimiento de la financiación por las circunstancias concurrentes hasta que se vuelva a contratar la obra, y aquel concede una prórroga a tal efecto hasta el 31 de julio de 2013, plazo máximo de ejecución previsto en el artículo 14 del Real Decreto 835/2003, de 27 de junio, por el que se regula la cooperación económica del Estado a las inversiones de las entidades locales.

- Informe del técnico de administración del Servicio de Vías y Obras de la Diputación de 4 de julio de 2012, que estima procedente la resolución del contrato por incumplimiento del plazo de ejecución por parte del



contratista, con incautación de la garantía definitiva. Considera daño indemnizable a la Diputación la pérdida de la financiación del Ministerio, que asciende a la cantidad de 197.177,61 euros, así como la diferencia entre el importe del contrato adjudicado que se resuelve y el nuevo importe por el que se contrate la ejecución de la obra.

**Tercero.-** El 6 de agosto el contratista presenta un escrito en el que se opone a la resolución del contrato, ante la imposibilidad de ejecutar éste conforme al proyecto debido a las diferencias de medición que puso de manifiesto en el escrito presentado el 30 de mayo, con apoyo en el informe topográfico de 28 de mayo de 2012.

**Cuarto.-** El 20 de agosto el avalista presenta un escrito al que acompaña las alegaciones del contratista de 30 de mayo de 2012, que da por reproducidas.

**Quinto.-** En informe de 24 de octubre la dirección facultativa de la obra considera improcedentes las alegaciones efectuadas por el contratista.

**Sexto.-** El 13 de diciembre de 2012 se formula propuesta de resolución del contrato por incumplimiento del plazo de ejecución imputable al contratista, con incautación de la garantía definitiva y reclamación de indemnización al contratista por los daños causados, cuyo importe se concretará en expediente posterior.

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 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 al contrato, tal y como se recoge en el pliego de cláusulas administrativas particulares, viene determinada fundamentalmente, además de por dicho pliego, por la Ley 30/2007, de 30 de 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, párrafo segundo, de la Ley de Contratos del Sector Público, texto refundido aprobado por 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 16 de diciembre de 2011- 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 mencionada Ley 30/2007, de 30 de octubre.

No obstante, 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 ("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 este caso, el 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 el 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 del TRLCSP.

**3ª.-** El asunto sometido a consulta versa sobre el procedimiento de resolución del contrato de la obra de "Acondicionamiento y refuerzo de la Carretera xx1, de xx2 por xxxx2 y xxxx3 a xx3 y ramal a xxxx2. Tramo xx4 a xxxx2. Segunda fase", suscrito entre la Diputación de xxxx1 y qqqqq, S.A., que se opone a tal actuación.

El debate se centra en el análisis de la concurrencia de la causa de resolución del contrato prevista en el artículo 206.d) LCSP: "La demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista (...)". En relación con este precepto debe 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 de la LCSP, 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, SSTS 20-3-1989, 14 de julio de 1986, 12 de marzo de 1992).

Las alegaciones presentadas por la empresa contratista para justificar la falta de ejecución de las obras por problemas técnicos del proyecto no desvirtúan la causa de resolución analizada. Así lo corroboran los distintos informes emitidos en el procedimiento y la propia actuación del contratista, quien nada opuso sobre tales problemas en el acto de comprobación del replanteo.



Sobre la alegada imposibilidad de ejecutar el contrato conforme al proyecto que le sirve de base, al no disponer la plataforma actual de la carretera del ancho necesario para extender la sección tipo de proyecto, los informes de la dirección facultativa de la obra de 25 de junio y 24 de octubre de 2012 señalan que "La empresa (...) se basa en una serie de mediciones de anchura cada 20 metros, que una vez comprobadas en campo se concluye que son falsas y no tienen que ver con la realidad del Proyecto. Además se introducen en las columnas de dichas mediciones conceptos inventados como el de "anchura útil de plataforma consolidada".

»En la Memoria del Proyecto que nos ocupa figura que la anchura media de la calzada/plataforma es de 5,50/6,50 m., siendo 5,50 m. de aglomerado y dos bermas laterales de 0,5 m., cada una, hasta llegar a los 6,50 m.

»Se habla por tanto de anchura media y no de anchura mínima y por tanto el extendido del aglomerado se deberá realizar con una anchura media de 5.5 m, adaptándose a la realidad de la obra, para cuya ejecución no existe ningún problema técnico".

Destacan los referidos informes "en segundo lugar, que el contratista ha licitado, ha justificado la baja económica y ha firmado el acta de comprobación de replanteo de las obras en la que se afirma la viabilidad del proyecto, suscribiendo todo ello sin ningún tipo de observación ni reparo. Por tanto, no se pueden argumentar ahora problemas técnicos para ejecutar las obras.

»Y en tercer lugar no se han producido modificaciones respecto al proyecto que sirvió de base para realizar la licitación, la justificación de la baja económica y la firma del acta de comprobación de replanteo de las obras, por lo que se concluye que las obras se pueden ejecutar perfectamente".

En el mismo sentido se expresa el informe del Servicio de Vías y Obras de la Diputación de 20 de junio de 2012.

Por otra parte, todos los informes mencionados contradicen igualmente la causa de oposición fundada en que el proyecto contempla que los áridos para la fabricación de las mezclas bituminosas deben ser aportados por la Diputación. Por el contrario, de aquéllos resulta que la Diputación licita la obra con base en una *addenda* al proyecto original redactada en abril de 2011, en la



que en el documento Memoria (Anejo nº 1.9: Justificación de precios) se expresa textualmente: “Queda modificado el anejo “Justificación de Precios” del proyecto original anulando todas las excepciones en él establecidas, de tal manera que el precio de todas las unidades de obra definidas en el presente proyecto, comprende sin excepción ninguna, la unidad completamente terminada de acuerdo con lo especificado en los documentos del mismo, incluido todos los materiales necesarios, maquinaria y mano de obra, así como los medios auxiliares y costes indirectos”. Con arreglo a ello, no hay en el proyecto margen para la duda, acerca de que los materiales debe aportarlos el contratista, al incluirse todos ellos en el precio del contrato.

De todo lo anterior se desprende que, transcurrido el término previsto en el contrato para su realización, el contrato estaría incurrido en la invocada 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 la obra no fue iniciada, resulta que no se trata de un “simple retraso” sino de un incumplimiento a él imputable





por su pasividad culposa o negligente. El plazo de ejecución de dos meses inicialmente previsto finalizaba el 28 de diciembre de 2011; tras la prórroga de 6 meses concedida por la Administración -que el contratista, contradiciendo su propia solicitud e interesadamente, pretende calificar como suspensión- el término quedó fijado en el 28 de junio de 2012, e incluso poco antes de esta fecha, en su escrito de 30 de mayo, el contratista plantea a la Administración la posibilidad de resolver el contrato de mutuo acuerdo por las dificultades técnicas antes referidas, cuya ausencia ha quedado justificada en el expediente.

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.

Este 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”.

### **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 “Acondicionamiento y refuerzo de la Carretera xx1, de xx21 por xxxxx2 y xxxx3 a xx3 y ramal a xxxx2. Tramo xx4 a xxxx2. Segunda fase”, suscrito entre la Diputación de xxxx1 y qqqqq, S.A.

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