CONSEJO CONSULTIVO
DE CASTILLA Y LEÓN

Sr. S. de Vega, presidente y ponente

Sr. Ramos Antón, consejero
Sra. Ares González, consejera
Sr. Herrera Campo, consejero

Sr. Píriz Urueña, secretario

La Sección Primera del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 22 de febrero de 2024, ha examinado *el expediente de resolución del contrato de "obras de la casa consistorial: mejora eficiencia energética en el municipio de xxx1 (obra 378) 10º grupo (Plan de Cooperación Bienal 2020/2021)",* y a la vista del mismo y tal como corresponde a sus competencias, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN 25/2024

I
ANTECEDENTES DE HECHO

El día 15 de enero de 2024 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el expediente de resolución del contrato de "obras de la casa consistorial: mejora eficiencia energética en el municipio de xxx1 (obra 378) 10º grupo (Plan de Cooperación Bienal 2020/2021)", suscrito por la Diputación Provincial de xxx2 con la empresa qqqq, S.L.

Examinada la solicitud y admitida a trámite el 18 de enero de 2024, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 25/2024, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal y como dispone el artículo 52 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo de Castilla y León, aprobado por Resolución de 5 de febrero de 2014 de la Mesa de las Cortes de Castilla y León. Turnado por el presidente del Consejo, correspondió su ponencia al consejero Sr. S. de Vega.

Primero.- Por resolución de 13 de mayo de 2021 del presidente de la Diputación Provincial de xxx2, se adjudicó a qqqq, S.L., el contrato de obras de la casa consistorial: mejora eficiencia energética en el municipio de xxx1

(obra 378) (nº de orden 41) (Plan de Cooperación Bienal 2020/2021), por un importe de 49.788,74 euros (IVA incluido).

El contrato se firmó el 20 y 24 de mayo de 2021 por el contratista y por el presidente de la Diputación, respectivamente. El plazo de ejecución era de tres meses desde el acta de comprobación del replanteo.

Segundo.- El 24 de junio de 2021 se firma un acta de comprobación del replanteo negativo y se suspende el inicio de la obra por problemas de suministro.

El 30 de septiembre de 2021 se firma el acta de comprobación del replanteo y se autoriza el inicio de la obra. Se hace constar: "empezando a contar el plazo de ejecución de las mismas desde el día siguiente al de la firma de la presente acta, quedando en este acto notificado el contratista de este extremo".

El 13 de octubre de 2021 se suspende la obra "a la espera de la aprobación de anexo de evaluación de prevención de riesgos laborales".

El 29 de noviembre de 2021 las partes firman acta de reanudación de la obra, al haber subsanado las circunstancias que motivaron su paralización, por lo que "se puede retomar la ejecución de la misma".

Tercero.- El 6 de febrero de 2023 la coordinadora de Cooperación y Planes Provinciales de la Diputación propone que se inicie el procedimiento de resolución del contrato, por la causa prevista en el artículo 211.1.d) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), al haber incurrido el contratista en demora en el cumplimiento de los plazos.

En dicho informe se exponen los siguientes antecedentes:

"(…) 5.- Con fecha 2 de marzo de 2022, por Resolución 588/22 de 2 de marzo se adopta el siguiente acuerdo:

»`Primero. Acordar la no interrupción de la ejecución de la obra "casa consistorial: mejora de eficiencia energética" en el Municipio de xxx1, a pesar de haber finalizado su plazo de realización puesto que por razones de interés público se hace necesario y conveniente la permanencia del adjudicatario qqqq, S.L. en la ejecución de la obra.

»Segundo. Acordar un nuevo período de 6 semanas, conforme al programa de trabajo propuesto por el contratista e informado por la Dirección de obra, para que la empresa qqqq, S.L. pueda ejecutar los trabajos pendientes.

»Tercero. Imponer las penalidades por demora previstas en el artículo 26 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

»Cuarto. Dar traslado de la presente Resolución a la empresa qqqq, S.L., así como a la Dirección de las obras para su conocimiento y efectos´.

»6.- Por Decreto de Presidencia nº 3200/22, de 19 de julio se procede a la aprobación de la certificación de ejecución de las obras nº 1, por importe de 24.894,37 €, con una `Deducción por penalidades´ por importe de 1.028,69 €. Reconociendo, liquidando y procediendo al abono de 23.649,85 € (Total Certificación con penalidades por demora).

»7.- Con fecha 14 de diciembre de 2022, D. (…) director facultativo de las obras emite informe que consta en el expediente y que concluye:

»`1.- Que durante la obra se ha ido apercibiendo en numerosas ocasiones a la contrata del incumplimiento de la planificación de la obra, así como una vez vencido el plazo, del retraso que se ha ido acumulando. Por ello esta Dirección facultativa considera que se trata de un manifiesto incumplimiento de contrato por acumular retrasos injustificados superiores a los 9 meses del vencimiento del mismo.

»2.- Que durante el trascurso de la obra el ritmo ha sido prácticamente nulo o muy bajo e intermitente desde los inicios, con muchos meses de absoluta inactividad.

»3.- Que tal y como queda explicado con anterioridad tanto las medidas de seguridad como el vallado de la obra ha sido deficiente obligando a paralizar la obra en dos ocasiones por no ajustarse al plan de seguridad y sus anexos.

»4.- Que debido a la mala praxis de la empresa adjudicataria del contrato de las obras, ésta ha generado daños al inmueble

en forma de numerosas goteras e incomodidad a los usuarios del Ayuntamiento por total ausencia del cierre adecuado de la obra.

»5.- Que si bien la dirección facultativa ha reiterado en diversos comunicados la necesidad de reparar varias partidas relativas al foso de ascensor, la empresa constructora ha desoído las mismas, de modo que a día de hoy todavía se aprecian desperfectos y partidas no certificables tal y como se indica en el informe del estado de la obra hasta la fecha que se acompaña.

»6.- Así mismo se informa que según el artículo 193.4 de la [LCSP], trascurridos 270 días naturales (9 meses) desde la fecha de finalización del contrato, y teniendo en cuenta que la penalización diaria conforme al importe del contrato es de 29,87 €/día, el importe penalizable a fecha de 17 de noviembre asciende a 8.064,90 € que supone un importe respecto al precio de contrato del 16,01 % por lo que se ha superado el 15 %, múltiplo de 5 por ciento del contrato. Por todo lo anteriormente expresado consideramos que es una posible causa de resolución del contrato según el artículo 211.d de la citada ley´.

»8.- Solicitado informe a la Oficina de Supervisión del área de fomento se emite informe con fecha 22 de diciembre, por D. (…), Arquitecto Técnico con el VºBº del Director del Área de Fomento, (…) en los siguientes términos:

»`El plazo de 3 meses para la ejecución de la obra vence el día 17 de febrero del 2022, la empresa contratista no ha solicitado prórroga.

»Expirado el plazo, el director del contrato remite un escrito con fecha 12 de diciembre del 2022, que se adjunta, en el que informa cronológicamente de las circunstancias acaecidas en la obra y concluye «que se trata de un manifiesto incumplimiento de contrato por acumular retrasos injustificados superiores a 9 meses del plazo de ejecución», de tal modo que la obra no está terminada a fecha 20 de diciembre por causas imputables al contratista, lo que consideramos que podría ser causa de resolución de contrato según el artículo 211.d de la [LCSP].

»A la vista de lo expuesto por el director de obra, y teniendo constancia por parte de los servicios técnicos provinciales, se propone que se inicien los trámites administrativos para la resolución del contrato, en base a los apartados 26 y 32 del Pliego de Cláusulas Administrativas, que rige la

adjudicación de la obra, al no haber cumplido el plazo de ejecución aprobado, por causas imputables al contratista, en fecha y forma´".

Cuarto.- Por decreto de 2 de marzo de 2023, del presidente de la Diputación, se inicia el procedimiento de resolución del referido contrato por incurrir el contratista en demora en el cumplimiento de los plazos (artículo 211.1.d de la LCSP), con incautación de la garantía y la posible exigencia de indemnización por los daños y perjuicios causados.

Quinto.- Concedido trámite de audiencia, el 22 de marzo siguiente la contratista presenta alegaciones en las que se opone a la resolución del contrato, ya que los retrasos han sido justificados y no son imputables a la empresa. Señala:

"(…), por ejemplo, la existencia de problemas con el cambio de energía eléctrica que fue cambiada por nuestro instalador y sin saber si se nos abonaría, cobrándonos un almacenaje cuya demora del montaje no es atribuible a esta empresa. Es el propio Ayuntamiento el que debe avisar de ese cambio de aumento de potencia a trifásica.

»Lo mismo ocurre con las certificaciones de obra, nadie se implica ni compromete, no se certifica a tiempo impidiendo que se continúe la obra, y no cumpliendo con los pagos en los plazos previstos. Como hemos dicho, estos retrasos en los pagos nos han causado gastos, entre los que se encuentran los gastos por cambio de acometida eléctrica y costes del almacenamiento.

»Incluso el 2 de marzo de 2022 se acordó la no interrupción de la ejecución de la obra por razones de interés público manteniendo a la empresa qqqq S.L. como contratista al ser lo más conveniente. Es evidente que este acuerdo muestra con total claridad que la causa de resolución del contrato debe decaer".

Concluye afirmando que la resolución contractual pretendida carece de una mínima motivación para el caso concreto y que se remite el informe del director facultativo de la obra que concluye que existe incumplimiento de contrato por retrasos injustificados.

La contratista manifiesta adjuntar un "documento en el que constan emails" de los participantes en la obra, pero dichos documentos no obran en el expediente remitido.

Sexto.- Por decreto de 29 de noviembre de 2023, del presidente de la Diputación, se declara la caducidad del procedimiento de resolución del contrato.

Séptimo.- Tras el informe de la coordinadora de Cooperación y Planes Provinciales de la Diputación de 1 de diciembre de 2023 (que reitera el emitido el 6 de febrero de ese año), el 21 de diciembre de 2023 se inicia un nuevo procedimiento de resolución del contrato, por la misma causa citada (artículo 211.1.d de la LCSP).

Octavo.- Concedido trámite de audiencia, el 5 de enero de 2024 el contratista manifiesta su oposición a la resolución del contrato, reiterando los argumentos expuestos en su escrito anterior y alegando falta de motivación de la resolución contractual pretendida.

Noveno.- El 10 de enero de 2024 el arquitecto técnico de la Diputación emite nuevo informe en el que, tras relatar los hechos, considera que procede resolver el contrato al no haber cumplido el contratista el plazo de ejecución, por causas imputables a él.

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

Décimo.- Por acuerdo del presidente del Consejo Consultivo, de 9 de febrero de 2024, se requiere a la Diputación para que complete el expediente en el sentido de incorporar a éste la propuesta de resolución. En la misma fecha se suspende el plazo para emitir el dictamen.

Recibida el 12 de febrero de 2024 la propuesta de resolución (firmada el mismo día por el presidente de la Diputación), se reanuda el plazo para la emisión del 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.i),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.e) del Acuerdo de 6 de marzo de 2014 del Pleno del Consejo Consultivo de Castilla y León, por el que se determina la composición y competencias de las Secciones.

2ª.- La normativa aplicable a este supuesto, como se recoge en el contrato cuya resolución se propone, viene determinada fundamentalmente, además de por los pliegos, por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

El procedimiento de resolución contractual se regula en el artículo 191 de la LCSP, que establece como trámites preceptivos la audiencia al 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. Y el artículo 109.1.b) del RGLCAP impone la audiencia al avalista o asegurador cuando se propone la incautación de la garantía. Estos trámites se cumplen en el presente expediente: el procedimiento se ha iniciado de oficio el 21 de diciembre de 2023, el contratista ha manifestado su oposición a la resolución del contrato y el dictamen del Consejo Consultivo se cumple con la emisión del presente informe. (Si bien en la página 5 de la propuesta de resolución de 12 de febrero de 2024 se señala que se ha dado audiencia al avalista, dicho trámite no consta en el expediente remitido, y tampoco consta la existencia de dicho avalista).

La competencia para acordar la resolución del contrato y determinar sus efectos corresponde al órgano de contratación, de acuerdo con los artículos 190 y 212 de la LCSP y 109 del RGLCAP.

3ª.- El expediente sometido a consulta versa sobre la resolución del contrato de obras de la casa consistorial: mejora eficiencia energética en el municipio de xxx1 (Obra 378) (10º grupo) (Plan de Cooperación Bienal 2020-2021).

La causa de resolución alegada por la Administración sobre la que existe oposición del contratista es la expresada en el artículo 211.1.d) de la LCSP (demora en el cumplimiento de los plazos por parte contratista). Sin embargo, dado el tiempo transcurrido desde el inicio de la ejecución de las obras, es claro que ha transcurrido con creces el plazo de tres meses para la ejecución del contrato (concluyó el 17 de febrero de 2022, si bien se indica

en los informes que se concedieron seis semanas más de plazo). De ahí que, íntimamente ligada a la causa de resolución invocada por la Administración, pueda invocarse también la prevista en la letra f) del artículo 211.1 de la LCSP, esto es el incumplimiento de la obligación principal del contrato.

El informe del arquitecto técnico de la Diputación de 10 de enero de 2024 pone de manifiesto los evidentes incumplimientos de plazos por parte del contratista. Así, señala:

"Se firma un acta de comprobación de replanteo negativo de fecha 24/06/2021, motivado por `problemas de suministro´, formalizándose finalmente el acta de comprobación de replanteo el 30/09/2021.

»Trascurridos 13 días naturales desde el comienzo de la obra, el 13/10/2021 se firma un acta de paralización de la obra motivada por estar a la espera de la aprobación de un anexo al plan de seguridad, motivado por la problemática de trabajar junto a cables de alumbrado público y telefonía existentes, con fecha de 29/11/2021 se reanudan las obras.

»El plazo de 3 meses para la ejecución de la obra vence el día 17 de febrero del 2022, la empresa contratista no ha solicitado prórroga.

»Expirado el plazo, el director del contrato remite un escrito con fecha 12 de diciembre del 2022, que se adjunta, en el que informa cronológicamente de las circunstancias acaecidas en la obra y concluye `que se trata de un manifiesto incumplimiento de contrato por acumular retrasos injustificados superiores a 9 meses del plazo de ejecución´, de tal modo que la obra no está terminada a fecha 20 de diciembre por causas imputables al contratista, (…)".

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" (sentencias del Tribunal

Supremo de 20 de marzo de 1989, 14 de julio de 1986 y 12 de marzo de 1992).

De ello se desprende que, transcurrido el término previsto en el contrato para su realización, el contrato estaría incurso 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".

Sobre esta causa resolutoria existe 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 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, 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".

De acuerdo con lo expuesto, y al constatar que el plazo de ejecución del contrato concluyó hace más un año, sin que se haya solicitado prórroga y sin que se haya ejecutado la obra (hecho constatado en los informes), este Consejo comparte el criterio de la Administración consultante y considera que procede resolver el contrato por incumplimiento culpable de la contratista, si bien por la causa prevista en el artículo 211.1.f) de la LCSP.

4ª.- En cuanto a los efectos de la resolución, procede recordar que, con carácter general, el incumplimiento culpable del contratista provoca la incautación de la garantía constituida, en los términos previstos en el artículo 110.d) 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 213.3 de la LCSP.

Este artículo 213.3 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 considerarse 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".

5ª.- Finalmente, se advierte que la propuesta de resolución remitida no está debidamente motivada, ya que se limita a señalar, como fundamento de la resolución contractual, lo siguiente: "Cumplimentados los trámites de dar audiencia al contratista, así como al avalista, y no habiéndose presentado por este último alegación alguna en tanto que por la mercantil adjudicataria y a la vista de lo alegado por la misma, han sido consideradas improcedentes y consecuentemente no admisibles las mismas por los Servicios Técnicos Provinciales competentes, emitiéndose al efecto el oportuno informe y que obra, a semejanza de las ya citadas alegaciones, en el presente expediente de resolución contractual".

Al respecto, debe recordarse que la propuesta de resolución ha de estar debidamente motivada, incluir, además de los antecedentes de hecho, los fundamentos de derecho que justifiquen la decisión que se propone adoptar y pronunciarse de forma motivada sobre todas las cuestiones planteadas por la contratista y aquellas otras derivadas del expediente. Además, de acuerdo con el artículo 88.6 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, "La aceptación de informes o dictámenes servirá de motivación a la resolución cuando se incorporen al texto de la misma", sin que sea suficiente la mera remisión a ellos en la propuesta de resolución. Lo que deberá tenerse en cuenta antes de dictar la resolución.

III
CONCLUSIONES

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

Procede resolver el contrato de "obras de la casa consistorial: mejora eficiencia energética en el municipio de xxx1 (obra 378) 10º grupo (Plan de Cooperación Bienal 2020/2021)", suscrito por la Diputación Provincial de xxx2 con la empresa qqqq, S.L.

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