



Consejo Consultivo de Canarias

## DICTAMEN 289/2014

(Sección 1ª)

La Laguna, a 3 de septiembre de 2014.

Dictamen solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Pájara en relación con la *Resolución del contrato administrativo de obras "Urbanización Calle Guadarfía y aledaños", adjudicado a la empresa (...), S.A. mediante Decreto de la Alcaldía nº 3695/2014, de fecha 3 de febrero (EXP. 258/2014 CA)\*.*

## FUNDAMENTOS

### I

El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Sr. Alcalde del Ayuntamiento de Pájara, es la Propuesta de Resolución (PR) del procedimiento de resolución del contrato administrativo de fecha 18 de febrero de 2014 para la ejecución de la obra "Urbanización de la calle Guadarfía y aledaños", que fue adjudicado a la empresa (...), S.A.

La legitimación para la solicitud de Dictamen, su carácter preceptivo y la competencia del Consejo para su emisión se derivan de los artículos 12.3 y 11.1.D).c) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación con el art. 211.3.a) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCS), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, y art. 109.1.d) del RD 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RLCAP), que son de aplicación por haberse opuesto el contratista a la resolución del contrato.

### II

1. Según se desprende de la documentación obrante en el expediente, son antecedentes del procedimiento que nos ocupa los siguientes:

---

\* Ponente: Sr. Brito González.

- Por Decreto de la Alcaldía nº 4942/2013, de 20 de noviembre, se inicia expediente de contratación de la obra "Urbanización de la calle Guadarfia y aledaños".

- Por Decreto de la Alcaldía nº 3695/2014, 3 de febrero, se adjudica la citada obra a la entidad (...), S.A.

- El contrato se formaliza el 18 de febrero de 2014, y se constituye garantía definitiva por importe de siete mil quinientos cincuenta y nueve euros con cuarenta y cuatro céntimos (7.559,44 €).

- El día 17 de marzo de 2014 se suscribe por las partes el acta de comprobación de replanteo, comenzando al día siguiente el plazo de tres meses para la finalización de las obras.

- El 7 de abril de 2014 se emite informe técnico por el Arquitecto Municipal, Director de la Obra, en el que se pone de manifiesto el retraso en el inicio de las obras por parte de la empresa contratista, lo que hace presumir razonablemente la imposibilidad del cumplimiento del plazo total.

- Mediante escrito presentado el 11 de abril de 2014, la empresa contratista solicita al Ayuntamiento un aumento del plazo de ejecución de la obra proyectada con fundamento en el retraso en el suministro de materiales. Esa solicitud es informada desfavorablemente por los técnicos municipales, siendo denegada la citada solicitud mediante Decreto de la Alcaldía nº 2115/2014, de 12 de mayo.

2. Mediante Decreto de la Alcaldía nº 2120/2014, de 12 de mayo, se inicia por el Ayuntamiento expediente de resolución del citado contrato de obras. Desde el punto de vista procedimental, se ha tramitado correctamente, habiéndose evacuado los trámites establecidos en el art. 213 TRLCSP y art. 109 RLCAP -audiencia al contratista y al avalista e informe jurídico- concluyendo con la PR objeto de este Dictamen.

### III

1. En cuanto al fondo del asunto, y con fundamento en los informes emitidos a la largo del procedimiento, la PR viene a concluir, tras refutar las alegaciones presentadas por la contratista, que procede resolver el contrato suscrito con la empresa (...), S.A., para la "Urbanización de la calle Guadarfia y aledaños", por el incumplimiento de sus obligaciones contractuales consistente en la demora en el cumplimiento del plazo de ejecución, en virtud de lo dispuesto en el artículo 223,d) del TRLCSP, aunque también podría incardinarse en el motivo f) del citado artículo

*“ incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato”.*

Asimismo, la PR propone la incautación de la garantía definitiva prestada por la empresa adjudicataria para la ejecución del contrato administrativo al objeto de responder por la falta de cumplimiento del contrato, sin perjuicio de incoar los procedimientos que correspondan tendentes a determinar la responsabilidad que en concepto de daños y perjuicios se pudieran derivar a favor de la Administración.

2. El art. 212 TRLCSP establece:

*“2. 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.*

*3. La constitución en mora del contratista no precisará intimación previa por parte de la Administración.*

*4. Cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiere incurrido en demora respecto al cumplimiento del plazo total, la Administración podrá optar, indistintamente, por la resolución del contrato o por la imposición de las penalidades diarias (...) .”*

Por su parte, el art. 223,d) de ese Texto dispone, entre las causas de resolución del contrato *“La demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista”.*

Sobre los efectos de la resolución, el ya derogado art. 113.4 RDL 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprobó el TR de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, establecía para los casos de resolución por incumplimiento del contratista la incautación automática de la fianza y, además, la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados a la Administración. El actual TRLCSP, modifica la regulación de los efectos de la resolución del contrato al establecer su art. 225, apartados 3 y 4:

*“3. Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados. La indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada.*

4. *En todo caso el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que, en su caso, hubiese sido constituida (...)”.*

La cláusula Tercera del contrato administrativo de Obras suscrito señala que *“El plazo máximo de ejecución de las obras será de tres meses a contar desde la firma del acta de comprobación del replanteo.”.*

Asimismo, en el Pliego de Cláusulas Administrativas que rige el contrato se establece:

*“9.1.- El plazo máximo de ejecución de las obras será de tres (3) meses, a contar desde la iniciación de las mismas.*

*9.2.- De conformidad con lo establecido en el artículo 213.2 del TRLCSP, dicho plazo de ejecución podrá prorrogarse cuando el contratista no pudiese cumplirlo por causas que no le sean imputables, siempre que las justifique debidamente”.*

*“29.- Si llegado el término de cualquiera de los plazos o del plazo final de la obra, el contratista hubiera incurrido en mora, por causa imputable al mismo, la Administración podrá optar entre la resolución del contrato con pérdida de garantía, o la imposición de las penalidades reglamentarias, que se harán efectivas mediante deducción de las mismas en las certificaciones o documentos de pago al contratista.”*

3. Pues bien, sentado lo anterior, resulta que la firma del acta de comprobación del replanteo se produjo el 17 de marzo de 2014, por lo que la fecha máxima para terminar la obra era el 17 de junio de 2014, sin que, a la fecha de la emisión de los informes relativos al incumplimiento, se hubiera iniciado la obra, razón por la que se presume en ellos racionalmente la imposibilidad de cumplimiento del plazo final.

Efectivamente, en el caso que nos ocupa no sólo se ha probado la culpa exclusiva del contratista y su absoluta falta de diligencia en el cumplimiento del contrato, sino que el plazo de cumplimiento resultaba esencial para el interés público en este contrato. Y es que, según se afirma en la PR la obra, cuya ejecución no se inició nunca por la contratista, tenía por objeto *“la urbanización de una calle imprescindible debido a un grave problema ocasionado con la peatonalización de varias calles adyacentes, lo cual genera importantes problemas de tráfico, especialmente a la hora de salida de los colegios, con la peligrosidad que ello conlleva.*

*La ejecución de las obras en el plazo previsto y con los ritmos adecuados de ejecución de las diversas unidades resultan un requerimiento exigible objetivamente*

*en base a las condiciones que rigieron en su día el procedimiento abierto, a las que se comprometió la empresa adjudicataria, primero con su proposición como licitadora, y luego como adjudicataria."*

Tal como señala el Consejo de Estado en su Dictamen 602/2013, de 26 de junio, *"no ofrece dificultad alguna concebir como obligación esencial de la contratista la ejecución de los trabajos descritos y presupuestados ni, por ende, reputar como incumplimiento de tales obligaciones la negativa manifestada por la adjudicataria a realizar las obras de reparación por las que decidió libremente licitar. En definitiva, en el supuesto sobre el que ahora se dictamina, la interesada ni tan siquiera inició la ejecución de las obras objeto del contrato, lo que supone un incumplimiento absoluto de la obligación esencial del contratista de realizar la prestación definida en dicho contrato"*.

Asimismo el Consejo de Estado en su Dictamen nº 1103/2013, de 14 de noviembre, señala:

*"La incoación del expediente de resolución tuvo lugar al haber comprobado la Administración que el contratista no había iniciado la ejecución de los trabajos objeto del contrato en el plazo que para ello se le había conferido. Entiende este Consejo que la falta de ejecución del contrato por parte de la empresa adjudicataria constituye motivo suficiente para la resolución del mismo. Dicha conducta no aparece expresamente recogida como causa de resolución en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSF), aplicable al contrato objeto del expediente en virtud de la fecha de su adjudicación. Sin embargo, resulta claro que la conducta de la contratista puede incardinarse en el ámbito del artículo 223.f) TRLCSF, que contempla como causa resolutoria "el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato". En el supuesto sobre el que ahora se dictamina la empresa interesada ni tan siquiera inició la ejecución de las obras objeto del contrato, lo que supone un incumplimiento absoluto de la obligación esencial del contratista de realizar la prestación definida en dicho contrato"*.

4. Frente a esta falta de ejecución de las obligaciones contractuales "(...), S.A." ha opuesto en su escrito de alegaciones las siguientes consideraciones:

Por un lado, alega la mercantil que a la fecha de presentación del escrito de alegaciones (12 de junio de 2014) no tiene constancia de que se haya aprobado el

Plan de Seguridad, requisito imprescindible para dar comienzo a los trabajos; mas, se ha probado por la Administración, mediante la incorporación de los correspondientes documentos que, en contra de lo alegado por la contratista, el Plan de Seguridad fue aprobado mediante Decreto de la Alcaldía nº 1522 /2014, de fecha 8 de abril y notificado a (...), S.A. el día 22 de abril de 2014.

Por otro lado, alega la contratista que el 11 de abril de 2014, ante la dificultad para conseguir los materiales previstos en el pliego para el cumplimiento del plazo contractual, solicita la ampliación del plazo, informando a la Administración de los plazos de suministro, lo que se le denegó por Resolución de 12 de mayo de 2014 en virtud de informe redactado por el director facultativo, de fecha 16 de abril, del que no se dio traslado. Sin embargo, como señala la PR, si bien no se notificó aquel informe, sí se le notificó el Decreto 2115/2014, de 12 de mayo, por el que se denegó la prórroga solicitada, en el que se incorpora el informe que la justifica.

Alega, asimismo, la mercantil que tras haber solicitado al Ayuntamiento mediante carta de 20 de mayo (registro de entrada 22 de mayo), la sustitución de diversos materiales por otros similares o equivalentes que puedan encontrarse en las Islas Canarias, ésta *“es desestimada de plano mediante un mail del Director Facultativo de fecha 21 de mayo de 2014”*, sin que se siguiera el procedimiento establecido en el art. 142 RGLCAP.

En cuanto a este punto señala adecuadamente la PR que *“el procedimiento para iniciar la resolución del contrato de obras se incoa mediante Decreto nº 2120/2014, de 12 de mayo, es decir ocho días antes de su solicitud, siendo por tanto improcedente resolver la misma cuando dadas las circunstancias ya se había iniciado procedimiento de resolución contractual. Es verdad que si bien la mercantil no había sido notificada de dicho Decreto no es menos cierto que mediante dicho mail al que alude la alegante y el cual se anexa al presente (ANEXO III), el Director facultativo se lo comunica.”*

Además, a ello ha de añadirse que cuando la contratista solicita la sustitución de materiales para cumplir los plazos de ejecución del contrato, ya se había solicitado la prórroga del mismo, sin esperar a su concesión para solicitar el posterior cambio de materiales, cuya aprobación, en todo caso, estaría supeditada a la concesión de la prórroga, lo que no se produjo.

Asimismo, se opone el contratista a la incautación de la garantía, al entender que ésta debe supeditarse al resarcimiento de daños y perjuicios, sin que proceda de no haber tales, como es el caso. Alega en este sentido que *“el Órgano de*

*Contratación ni siquiera cuantifica los daños y perjuicios, no quedando acreditado ningún daño, pretendiéndose una incautación automática de la garantía, lo que deja totalmente indefensa a la Contratista, puesto que se enfrenta a una resolución del contrato, a la que se le ha dado audiencia para que se defienda sin tener claras cuáles van a ser las consecuencias de tales actos”.*

Frente a ello, debemos afirmar que también es correcta la PR en este punto, pues la fianza definitiva -art. 100,c) TRLCSP- responde *“de la incautación que pueda decretarse en los casos de resolución del contrato, de acuerdo con lo que en él o en esta Ley esté establecido”.*

Así, el art. 102 de referido texto legal establece que no se devolverá la garantía hasta el vencimiento del plazo de garantía o hasta que se haya cumplido satisfactoriamente el contrato o hasta que se declare su resolución sin culpa del contratista, dando por supuesto, pues, que cuando media aquella culpa no procede la devolución de la fianza.

El Consejo de Estado en su Dictamen 646/2012, de 5 de julio, señala: *“No cabe duda de que el incumplimiento culpable del contratista supone un daño a los intereses públicos pero la cuantificación y valoración de los perjuicios deberá hacerse mediante expediente contradictorio (...) . No obstante, la garantía prestada por el contratista queda afecta al pago de la indemnización de los daños y perjuicios irrogados a la Administración”.*

Finalmente, alega la contratista, oponiéndose a los términos de la resolución, que podría resolverse el contrato por la causa prevista en el art. 223 en su apartado c), del TRLCSP, esto es, de mutuo acuerdo.

Mas, una vez más, responde correctamente la PR a tal alegación, al considerar que no concurren los presupuestos legalmente establecidos para poder ejercitar tal resolución, pues el art. 224.4 del TRLCSP señala que *“sólo podrá tener lugar cuando no concorra otra causa de resolución que le sea imputable al contratista, y siempre que razones de interés público hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato.”*

A mayor abundamiento, añade la PR a todo lo expuesto, y con fundamento en la información detraída de las alegaciones de la contratista, que a la causa ya acreditada y en la que se fundamenta aquí la resolución del contrato, que es el

incumplimiento del plazo por culpa de la contratista, cabría añadir otra, que es la insolvencia sobrevenida de la misma.

Y es que, en aras de justificar las dificultades en el cumplimiento del plazo, la mercantil alude a la situación generalizada de crisis económica, concretando, en su caso, *que "las dificultades económicas que atraviesa el contratista le han hecho incurrir en situación de concurso al haber presentado la solicitud que prevé el art. 5 bis de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal."*

De ello concluye la PR: "se ha de sumar una causa más de resolución, esto es, *"La declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento"*, conforme a lo establecido en el artículo 223 b) TRLCSP." Más, no puede invocarse tal causa de resolución en el presente caso por no constar declaración de concurso o de insolvencia de la contratista.

De todo lo expuesto, y a modo de conclusión, se desprende el incumplimiento contractual imputable al contratista, por lo que resulta conforme a Derecho la PR, en cuanto a la resolución del contrato, si bien una interpretación más acorde con la doctrina del Consejo de Estado nos lleva a considerar como causa de resolución la fijada en el apartado f) en lugar del apartado d) del art. 223 TRLCSP señalada por la PR.

Asimismo, procede la incautación de la garantía y la eventual indemnización de daños y perjuicios establecida en el art. 225.3 y 4 TRLCSP para el caso de incumplimiento culpable del contratista, que tendría que determinarse en pieza separada, en la que debe concederse nueva audiencia al contratista, como establece el art. 113 del RGLCAP.

La indemnización que en su caso pudiera corresponder a la Administración se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía constituida, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada y que en todo caso el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía.

Así lo señala el Consejo de Estado en el ya citado Dictamen 1103/2013 al señalar que *"en lo que se refiere a los efectos de la resolución del contrato resulta aplicable lo previsto en el artículo 113 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP). Conforme a este último, "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".*

## CONCLUSIÓN

La Propuesta de Resolución es conforme a Derecho, pues procede resolver el contrato por incumplimiento imputable al contratista y con los efectos señalados en la misma con las observaciones realizadas en el Fundamento III de este Dictamen.