



CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

DICTAMEN N° 534/2013

OBJETO: Expediente sobre resolución del contrato de obras para la construcción de la nueva casa cuartel de la Guardia Civil y edificio municipal de Antequera, por incumplimiento de las empresas C

SOLICITANTE: Ayuntamiento de Antequera (Málaga).



Presidente:
Cano Bueso, Juan B.

Consejeras y Consejeros:
Álvarez Civantos, Begoña
Balaguer Callejón, María Luisa
Gutiérrez Melgarejo, Marcos J.
Gutiérrez Rodríguez, Francisco J.
Sánchez Galiana, José Antonio

Secretario:
Fernández Prados, José

El expediente referenciado en el objeto ha sido dictaminado por la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de Andalucía, en sesión celebrada el día 24 de julio de 2013, con asistencia de los miembros que al margen se expresan.

ANTECEDENTES DE HECHO

Con fecha 29 de mayo de 2013 tuvo entrada en este Consejo Consultivo solicitud de dictamen realizada por el Sr. Alcalde-Presidente, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 17.11 y al amparo del artículo 22, párrafo primero, de la Ley 4/2005, de 8 de abril, del Consejo Consultivo de Andalucía.



CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

En aplicación de lo dispuesto en el artículo 20, párrafo segundo, de la citada Ley, la competencia para la emisión del dictamen solicitado corresponde a la Comisión Permanente y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 109.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, el plazo para su emisión es de quince días.

En este punto hay que indicar que, por escrito de 3 de junio de 2013, se requirió al Órgano consultante para que completara la documentación remitida. Dicho requerimiento de conformidad con lo dispuesto en el artículo 27, párrafo segundo, de la Ley del Consejo Consultivo, interrumpió el plazo para la emisión del dictamen, que se ha reanudado a partir del 1 de julio de 2013, fecha en la que ha tenido entrada en este Consejo Consultivo la documentación solicitada.


Del expediente remitido se desprenden los siguientes antecedentes fácticos:

1.- Tras la tramitación del oportuno expediente administrativo, el 8 de abril de 2008, se formalizó contrato entre el Ayuntamiento de Antequera (Málaga) y , para la realización de las obras de la nueva Casa Cuartel de la Guardia Civil y del Edificio Educativo Municipal de Antequera. La adjudicación del citado contrato se produjo por acuerdo del Ayuntamiento Pleno de fecha 3 de abril de 2008.

El plazo de ejecución de las obras es de veinticuatro meses de acuerdo con la cláusula octava del Pliego de Prescrip-




CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA



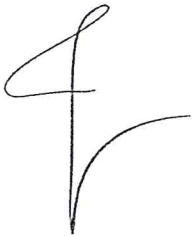
ciones Técnicas. Dicho plazo empezará a contar, de con conformidad con la cláusula décimoprimer, "dentro del plazo de un mes a contar desde la fecha de notificación al adjudicatario de la aprobación por parte del Ayuntamiento de los Proyectos Básicos y de Ejecución definitivos, y de la fecha de la firma del preceptivo Convenio con la Dirección General de la Guardia Civil".

2.- El 21 de febrero de 2013 con el fin de determinar los plazos de ejecución estipulados en dicho contrato, así como el estado de ejecución de las obras, por parte del Arquitecto Municipal se emite el siguiente informe:

« Antecedentes.



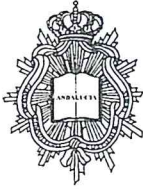
»El 27 de febrero de 2008 se firma un convenio de colaboración entre la Gerencia de Infraestructuras y Equipamiento de la Seguridad del Estado (Ministerio del Interior) y el Ayuntamiento de Antequera (Málaga) para la construcción de la nueva Casa Cuartel de la Guardia Civil, con permuta de inmuebles.



»El 26 de marzo de 2007 se firma un contrato entre el Ayuntamiento y la UTE para la redacción de los proyectos básico y de ejecución y la ejecución del nuevo Cuartel de la Guardia Civil.

»Que con fecha 16 de mayo de 2008 la UTE presenta documentación complementaria relativa al cuartel y viviendas de la Guardia Civil para incorporar al expediente de licencia de obras del citado proyecto, así como copia del Proyecto para los 4 edificios de equipamiento.

»El 3 de junio se presenta certificado de intervención profesional de la obra Nueva Casa Cuartel de la Guardia Civil en Antequera.



CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

»Que el 20 de junio de 2008 se emite informe técnico sobre la documentación relativa al Cuartel y viviendas para la Guardia Civil, debiendo subsanarse las deficiencias señaladas así como presentar la documentación visada.

»El 4 de julio de 2008 y 8 de julio de 2008, presentadas en el Excmo. Ayuntamiento por UTE " ", aportando documentación complementaria para incorporar al expediente de licencia de obras relativo al Proyecto de Construcción de Edificio de 41 Viviendas y Casa Cuartel para la Guardia Civil.

»El 9 de julio de 2008 se emite informe técnico sobre la documentación adicional presentada.

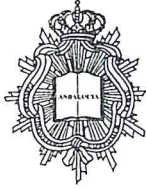
»La Junta de Gobierno Local en sesión ordinaria de fecha 11 de julio de 2008 resuelve: "Prestar aprobación al referido proyecto de Construcción de 41 viviendas y Casa Cuartel para la Guardia Civil de Antequera, así como al Estudio de Seguridad y Salud y el Proyecto de Telecomunicaciones, y autorizar a la UTE " " para el inicio de las Obras, si bien deberá aclararse previamente la reubicación de la caseta de transformación con fachada a calle Ciudad de Auge, y proceder al visado de la documentación técnica presentada con fecha 8 de julio de 2.008".

»Sobre los plazos de inicio y ejecución.

»En relación a los plazos fijados para la ejecución de las edificaciones, el contrato estipula:

»En su cláusula primera: Se procederá al replanteo de las mismas (las obras) en el plazo que marca el pliego de prescripciones técnicas.

»En su cláusula cuarta: "La contratista se obliga a ejecutar las obras conforme a sus proyectos, a respetar las obliga-



CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

aciones de los pliegos y a correr con todos los gastos que se especifican en los mismos, a realizar las obras en los plazos señalados y a aportar todos los medios humanos, técnicos y materiales necesarios para ello,...", para continuar más adelante reflejando "La contratista queda obligada al cumplimiento de los plazos de ejecución de las obras. Si llegado el término de cualquiera de los plazos, hubiera incurrido en mora por causas imputables a los mismos, el Ayuntamiento podrá optar por la resolución del contrato o por la imposición de penalidades económicas."

»Así mismo en la cláusula sexta se indica que se comprometen a respetar íntegramente los contenidos de los proyectos y de pliegos de condiciones administrativas y de prescripciones técnicas.

»El pliego de prescripciones técnicas refleja, siempre en relación a los plazos, que:

»El plazo de ejecución de las obras de construcción de la Nueva Casa Cuartel de la Guardia Civil, y del Edificio de Equipamiento Docente para Conservatorio de Música y Escuela de Idiomas, será de veinticuatro meses.

»Las obras deberán comenzar dentro del plazo de un mes a contar desde la fecha de notificación al adjudicatario de la aprobación por parte del Ayuntamiento de los Proyectos Básicos y de Ejecución definitivos, y de la fecha de la firma del preceptivo Convenio con la Dirección General de la Guardia Civil.

»Se solicitará dentro de los quince primeros días siguientes, la comprobación de las actas de replanteo de las obras.

»Y según el Proyecto Básico y de Ejecución presentado para la concesión de licencia de obras para las oficinas y vivien-



CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

das para la Guardia Civil, se fija un plazo de ejecución de 15 meses.

»Así, los plazos marcados para el inicio y ejecución de la edificación (de la casa cuartel de la Guardia Civil pues para el edificio de equipamiento ni siquiera se ha solicitado licencia para su inicio) son:

»Al fijarse por el pliego como inicio de las obras un mes a contar desde la notificación de la aprobación (que se produjo el 18 de julio de 2008) y de la firma del convenio entre el Ayuntamiento y el Ministerio del Interior (que se firmó el 27 de febrero de 2008), la fecha tope para el inicio de las obras según contrato y pliegos es el 19 de agosto de 2008.

»Que la duración de las obras para oficinas y viviendas para la Guardia Civil debe ser de 24 meses según el contrato y de 15 meses según el Proyecto. Según lo anterior, la fecha de finalización debería ser como máximo (fijando un plazo de 24 meses) el 19 de agosto de 2010.

»Sobre el estado de las obras de la Casa Cuartel de la Guardia Civil.

»Que no se ha remitido al Ayuntamiento el acta de inicio y replanteo de las obras, habiéndose realizado un acto institucional de puesta de la primera piedra que tuvo lugar el 28 de octubre de 2008.

»El día 11 de febrero de 2013 a las 11:30 horas, se realiza una visita a las obras de las oficinas y viviendas para la Guardia Civil para comprobar el estado de ejecución de las obras y comprobar si se han cumplido los plazos establecidos en el contrato y en el propio proyecto.

»Que de las dos edificaciones de las que se compone el proyecto (viviendas de la casa cuartel y edificio de la comi-



CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

saría) sólo se ha iniciado el relativo al de las viviendas, habiéndose ejecutado exclusivamente la cimentación (con la parte proporcional de excavación), la estructura y una pequeña parte de la tabiquería.

»Tras la visita para la comprobación del estado de las obras, se considera estimativamente que se ha ejecutado:

»La totalidad del movimiento de tierras relativos al edificio de vivienda y rampas de acceso al mismo.

»La totalidad de la cimentación relativa al edificio de vivienda y rampas de acceso al mismo.

»La totalidad de la estructura relativa al edificio de vivienda y rampas de acceso al mismo.

»Parte del capítulo de saneamiento del edificio de viviendas (se estima en un 35%)

»Parte del capítulo de albañilería del edificio de viviendas (se estima en un 7,5%)

»Parte del capítulo de seguridad y salud del edificio de viviendas (se estima en un 10%)

»Así pues y repercutiéndolo sobre la totalidad del proyecto, se estima que la obra de las viviendas y de las oficinas para la guardia civil está ejecutada en un porcentaje aproximado de un 18%, quedando por tanto el 82% por ejecutar.

»Así mismo, en el día y hora de la visita realizada, no se aprecia que haya actividad en la obra, y por el aspecto que presentan los acopios y estado poco cuidado de la parte del solar no ocupado (estado de la vegetación y maleza), no parece que en la actualidad se estén llevando a cabo trabajos para la finalización.

»Sobre el estado de las obras del edificio de equipamiento.



CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

»En relación al proyecto de Edificio de Equipamiento Docente para Conservatorio de Música y Escuela de Idiomas, las obras no se han iniciado aún (ni siquiera se ha solicitado la licencia de obras), por lo que queda por ejecutar el 100%.

»Conclusión

»Según se deduce del contrato y de los pliegos de prescripciones del proyecto Nuevo Cuartel de la Guardia Civil en el Solar Municipal de Parquesol y Equipamiento Docente para Conservatorio de Música, Escuela de Idiomas y Centro de Profesorado y Equipos de Orientación Educativa en el Solar Municipal del Antiguo Albergue, y según se ha reflejado en este informe, la fecha tope de finalización debería ser el 19 de agosto de 2010, habiendo transcurrido ya dos años y seis meses.

»Que por tanto se han excedido sustancialmente las fechas establecidas para la finalización de las obras, faltando aún por ejecutar el 100% del edificio docente y aproximadamente el 82% de las viviendas y oficinas para la Guardia Civil.»

3.- El 22 de febrero de 2013 por la Técnico de Administración General del Ayuntamiento, se emite informe jurídico en el que se concluye, que, "a juicio de la Técnica que suscribe procede la resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista consistente en la inobservancia de las obligaciones esenciales que constituyen su objeto, en los términos del artículo 111, g) del TRLCAP."

4.- El 11 de marzo de 2013 por unanimidad de la Junta de Gobierno Local se toma el siguiente acuerdo:



CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

«1.- Incoar procedimiento de resolución del contrato administrativo de adjudicación de las obras de la nueva casa Cuartel de la Guardia Civil y del edificio educativo municipal de Antequera, motivado por incumplimiento culpable del contratista con propuesta de incautación de la garantía definitiva, (...)

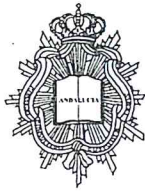
»2.- Conceder a Unión Temporal de Empresas "C" y "D", conforme dispone el artículo 109.1a) del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, (RGLCAP), un plazo de audiencia de 10 días naturales a contar desde el día siguiente a la recepción de la notificación de esta resolución, para que alegue a lo que en su derecho con venga, presentando los documentos y justificantes en defensa de su postura.

»3.- Conceder audiencia a las entidades "E" y "F" en el mismo plazo señalado en el punto segundo de esta resolución.»

5.- El 22 de abril de 2013 se presenta en el Ayuntamiento de Antequera recurso de reposición de don [Nombre] en nombre y representación de U.T.E. [Nombre] con las siguientes alegaciones:

«Primera.- Inexistencia de incumplimiento culpable. Circunstancias económicas excepcionales motivadas por la actual crisis económica.

»Debemos impugnar expresamente la calificación como culpable del incumplimiento imputado a mi representada, siendo de sobra conocidas por la Corporación Municipal las razones que han llevado al mismo, queriendo desde este instante dejar



CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

constancia de las numerosas reuniones mantenidas tanto con el anterior equipo de gobierno, como con el actual.

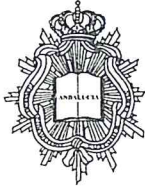
De hecho, el propio paso del tiempo transcurrido, ya nos está revelando lo que de hecho ha acontecido, que no es otra cosa que, inicialmente, una prórroga pactada entre las partes, expresamente prevista en la ley (Art. 96.2 LCAP), y a posteriori, una suspensión del contrato, habiendo quedado a la espera del devenir de los acontecimientos, que, desgraciadamente, no han sido nada halagüeños.

»A estos efectos, queremos trasladar la realidad económica y social existente, por todos conocida, cuya importancia trasciende la propia norma hasta tal punto que la misma está generando que sean los propios jueces los que estén realizando una interpretación de la normativa existente, dentro de la legalidad, pero apelando a principios básicos del derecho, que permitan hacer valer esta situación excepcionalmente complicada en la que nos hallamos inmersos, en beneficio de la sociedad.

»Las Administraciones Públicas no pueden dar la espalda a esta realidad, imponiéndose igualmente el deber de adecuar la normativa a las circunstancias actuales, cuya materialización, para el supuesto que nos ocupa, no es otra que el considerar que nos hallamos ante un supuesto de fuerza mayor, que impide considerar el incumplimiento imputado como culpable.

»Segunda.- Liquidación económica. Efectos de la Resolución. Devolución del aval.

»Una vez sentado lo anterior, no cabe mas alternativa que resolver el contrato de mutuo acuerdo, (Art. 111.c L.C.A.P., sin incautación de garantía alguna y con el reconocimiento y abono a mis representadas del 100 % de la inversión realizada, ya que cualquier otra alternativa generaría un enriquecimiento



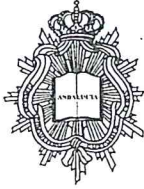
CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

injusto de la Administración, quien no ha sufrido daño y perjuicio alguno, ya que la futura contraprestación de la permuta, era un solar hoy inexistente.

»A estos efectos, aportamos como documento número 1, resumen de los costes generados en la construcción del Cuartel de la Guardia Civil, que como se puede comprobar asciende a la cantidad de dos millones novecientos sesenta y un mil seiscientos sesenta y seis euros, con diez (2.961,666,10 euros), cantidad a la que hay que adicionar el coste que los avales suscritos han generado, debiendo ser todas y cada una de las cantidades invertidas por mi representada, reintegrada por el Ayuntamiento de Antequera.

»Por lo expuesto solicito: que teniendo por presentado este escrito, se sirva admitirlo, y de conformidad con su contenido, tenga por interpuesto recurso de reposición frente al acuerdo de iniciación del procedimiento de resolución del contrato de ejecución de obras de la nueva Casa Cuartel de la Guardia Civil y del Edificio Educativo Municipal, y tras los trámites pertinentes; proceda a estimar el presente recurso de reposición y reponer la resolución recurrida acordando en su lugar no haber lugar a la declaración de incumplimiento culpable de la entidad C . y l.
a, acordando resolver el contrato de mutuo acuerdo, acogiendo la liquidación económica presentada, con devolución del aval.»

6.- Con fecha 15 de mayo de 2003 por la Técnica del Administración General del Ayuntamiento de Antequera se formula la siguiente propuesta de resolución:



CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

«Primero.- Acordar la inadmisión a trámite del recurso de reposición contra acto de trámite formulado por la sociedad U.T.E. " " por no concurrir ninguna de las causas establecidas en el artículo 107.1 de la ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común.

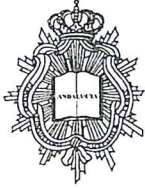
»Segundo.- Desestimar las alegaciones formuladas por la entidad U.T.E. " " por extemporáneas.

»Tercero.- Resolver el contrato administrativo de adjudicación de obra de la Nueva Casa Cuartel de la Guardia Civil y del edificio educativo Municipal de Antequera a la " " por incumplimiento culpable del contratista, todo ello al amparo de lo dispuesto en el artículo 112 y concordantes del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.»

7.- A resultas del requerimiento de este Consejo Consultivo de fecha 3 de junio de 2013, consta en el procedimiento la siguiente documentación:

- Copia de los avales que en su día depositó la adjudicataria como garantía definitiva, correspondiente a las entidades financieras " " y " ".

- Notificación a las entidades financieras " " del acuerdo de la Junta de Gobierno Local de fecha 11 de marzo de 2013, por la que resolvió el inicio del procedimiento de resolución del contrato de ejecución de las obras de la nueva Casa Cuartel de la Guardia Civil y del edificio educativo municipal



CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

de Antequera, mediante escrito del Secretario Municipal de fecha 14 de marzo de 2013.

[Firma manuscrita]

- Notificación a (.....), y
F....., U.T.E. y a las entidades financieras

del acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 13 de mayo de 2013, por el que se resuelve la remisión del expediente de resolución del contrato de ejecución de obras de la nueva Casa Cuartel de la Guardia Civil y del Edificio educativo municipal para la emisión de dictamen a este Consejo Consultivo de Andalucía, mediante escrito del Secretario Municipal de fecha 11 de junio de 2013, dejando constancia de la suspensión del plazo de resolución, durante el tiempo que medie entre la petición del citado dictamen y la recesión del mismo.



FUNDAMENTOS JURÍDICOS

[Firma manuscrita]


I

Es objeto del presente dictamen el expediente relativo a la resolución del contrato de obras para la construcción de la nueva casa cuartel de la Guardia Civil y edificio municipal de Antequera, adjudicado a la UTE (.....) constituida por las empresas y

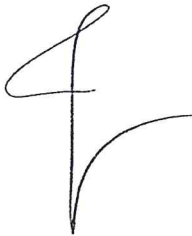
La pretendida resolución contractual debe ser enjuiciada desde la óptica del sistema de fuentes que rige la vida de los



CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

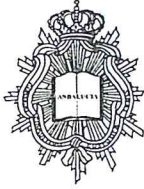
 contratos administrativos. Dicho lo cual, puede afirmarse que, en consideración a la fecha en que fue formalizado, el 8 de abril de 2008, el contrato y por tanto su resolución se rigen por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP). Además, se somete al Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas [en adelante RGLCAP (aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre)], en cuanto no se oponga a dicho texto legal. Especialmente, habrá de considerarse el régimen jurídico contenido en el pliego de cláusulas administrativas y, supletoriamente las restantes normas del Derecho Administrativo y, en defecto de este último, resultan de aplicación las normas de Derecho Privado.



 Por otro lado, la tramitación del procedimiento de resolución debe ajustarse a lo dispuesto en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre al haberse iniciado el procedimiento de resolutorio el 11 de marzo de 2013.

II

Antes de entrar en el fondo del asunto, procede apreciar la competencia de este Consejo para emitir el dictamen solicitado, así como pronunciarse sobre a quién corresponde la competencia para resolver el contrato y si el expediente remitido ha seguido el *iter* procedimental que prescribe la normativa vigente con tal finalidad.



CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

1.- En cuanto a la primera, el artículo 17.11 de la Ley 4/2005, de 8 de abril, del Consejo Consultivo de Andalucía, en relación con el artículo 211.3.a) del TRLCSP, establece que su dictamen es preceptivo en la resolución de contratos administrativos cuando se formule oposición por parte del contratista.

En el caso que nos ocupa, manifestada la oposición por el contratista a la resolución que se pretende, ha de afirmarse la competencia de este Órgano para la emisión del dictamen.

2.- En relación con el órgano competente para acordar la resolución, el artículo 224.1 del TRLCSP establece que la resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación de oficio o a instancia del contratista, en su caso. En el presente caso, el órgano de contratación es el Pleno del Ayuntamiento por lo que a dicho órgano corresponde acordar la resolución, en su caso.

3.- En lo relativo al *iter* procedimental, se encuentra previsto en el artículo 109 del RGLCAP que, con observancia de las reglas establecidas en el artículo 211 del TRLCSP, sujeta la resolución del contrato al cumplimiento de los siguientes requisitos:

a) Audiencia del contratista por plazo de diez días naturales, en el caso de propuesta de oficio.



CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

b) Audiencia, en el mismo plazo anterior, del avalista o asegurador si se propone la incautación de la garantía.

c) Informe del Servicio Jurídico, salvo en los casos de los artículos 99 y 213.

d) Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva.

Tales trámites han sido cumplimentados en el presente caso, como se desprende de la relación de hechos.

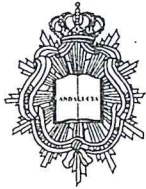


III

En cuanto al fondo del asunto, ha de determinarse si concurre causa que ampare la resolución contractual pretendida y, en su caso, los efectos que de ésta pudieran derivarse.

La Administración considera que concurre la causa de resolución prevista en el artículo 111,g) del TRLCAP, esto es, la inobservancia de las obligaciones esenciales que constituyen su objeto.

Sin embargo, ya se ha dicho que la legislación aplicable al presente contrato viene constituida por la LCSP, por lo que las causas de resolución aplicables serían, en su caso, las previstas en el artículo 206, apartado e) y g) de la citada Ley 30/2007, consistentes en la demora en el cumplimiento de



CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

los plazos y en el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales.

La Administración entiende que el plazo de ejecución del contrato se ha incumplido, pues la obra debería de haber finalizado el 19 de agosto de 2010, habiendo transcurrido ya dos años y seis meses, faltando aún por ejecutar el 100% del edificio docente y aproximadamente el 82% de las viviendas y oficinas para la Guardia Civil.

En efecto, obra en el expediente informe del Arquitecto Municipal en el que se señala que "se estima que la obra de las viviendas y de las oficinas para la guardia civil está ejecutada en un porcentaje aproximado de un 18%, quedando por tanto el 82% por ejecutar. Así mismo, en el día y hora de la visita realizada, no se aprecia que haya actividad en la obra, y por el aspecto que presentan los acopios y estado poco cuidado de la parte del solar no ocupado (estado de la vegetación y maleza), no parece que en la actualidad se estén llevando a cabo trabajos para la finalización.

»Sobre el estado de las obras del edificio de equipamiento.

»En relación al proyecto de Edificio de Equipamiento Docente para Conservatorio de Música y Escuela de Idiomas, las obras no se han iniciado aún (ni siquiera se ha solicitado la licencia de obras), por lo que queda por ejecutar el 100%".

Por su parte, el contratista se limita a alegar que "debemos impugnar expresamente la calificación como culpable del incumplimiento imputado a mi representada, siendo de sobra co-



CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

nocidas por la Corporación Municipal las razones que han llevado al mismo, queriendo desde este instante dejar constancia de las numerosas reuniones mantenidas tanto con el anterior equipo de gobierno, como con el actual. De hecho, el propio paso del tiempo transcurrido, ya nos está revelando lo que de hecho ha acontecido, que no es otra cosa que, inicialmente, una prórroga pactada entre las partes, expresamente prevista en la ley (Art. 96.2 LCAP), y a posteriori, una suspensión del contrato, habiendo quedado a la espera del devenir de los acontecimientos, que, desgraciadamente, no han sido nada halagüeños. A estos efectos, queremos trasladar la realidad económica y social existente, por todos conocida, cuya importancia trasciende la propia norma hasta tal punto que la misma está generando que sean los propios jueces los que estén realizando una interpretación de la normativa existente, dentro de la legalidad, pero apelando a principios básicos del derecho, que permitan hacer valer esta situación excepcionalmente complicada en la que nos hallamos inmersos, en beneficio de la sociedad. Las Administraciones Públicas no pueden dar la espalda a esta realidad, imponiéndose igualmente el deber de adecuar la normativa a las circunstancias actuales, cuya materialización, para el supuesto que nos ocupa, no es otra que el considerar que nos hallamos ante un supuesto de fuerza mayor, que impide considerar el incumplimiento imputado como culpable".

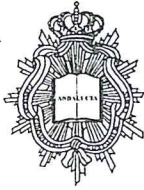
Atendiendo a la naturaleza del contrato, no puede encontrar justificación la decisión unilateral, adoptada por el contratista, de paralizar la ejecución de la obra, pues no queda constancia en el expediente de la supuesta prórroga ni de la alegada suspensión. En este sentido, no puede olvidarse




CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

la especial finalidad del contrato que nos ocupa, dirigido, *prima facie*, a la ejecución de una obra pública, pero destinado, en último término, a procurar la satisfacción de un especial interés público que subyace en aquella contratación, aspecto que, por supuesto, debe incidir en la posición de cada una de las partes y en los derechos y obligaciones que en virtud de la misma adquieren. Son, precisamente, la promoción y defensa de ese interés público las que justifican las especialidades que ofrece el régimen de los contratos administrativos respecto de las reglas generales sobre contratación del Derecho común. Por ello, se coloca a las partes en una situación de desigualdad, mediante el otorgamiento a la Administración de unas potestades unilaterales en relación con la vida y efectos del contrato (*ius interpretationis, ius variandi*), extrañas a la naturaleza bilateral de la relación contractual, que se subsumen en el privilegio de la decisión ejecutoria. De esta forma, el contratista se sitúa en una posición de sujeción respecto de esas potestades administrativas, al tiempo que recae sobre él la carga de impugnar los acuerdos administrativos dictados en ejercicio de las mismas (art. 195 de la LCSP).

Es, en definitiva, el fin de interés público, al que responde la contratación, el que modula los derechos y deberes que integran la posición del contratista, convirtiendo a éste en un colaborador de la Administración para la consecución de aquella finalidad, lo que conlleva una mayor carga de responsabilidad en cuanto al buen fin del negocio.



CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA



De esta forma, el contratista no puede abandonar el contrato bajo ninguna circunstancia, sin perjuicio de que sí pueda solicitar de la Administración su resolución, si considera que existe causa que ampare tal resolución. Pero no ha sido esa la actitud del contratista en este caso, que ha acordado paralizar su ejecución unilateralmente, sin solicitar la resolución del contrato hasta que la Administración ha iniciado el expediente de resolución por incumplimiento del contratista.

En cualquier caso, ha de tenerse en cuenta que, de conformidad con el artículo 199 de la LCSP, la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista.



Por consiguiente, este Consejo Consultivo estima procedente la resolución contractual pretendida al amparo de la causa contemplada en el artículo 206.e) de la LCSP, en la redacción vigente y aplicable al presente contrato.



IV

En orden a los efectos de la resolución, este Consejo ha de traer a colación la doctrina sentada en el dictamen 613/2007, y relativa al significado de la fianza en relación con la posible pretensión de resarcimiento de daños y perjuicios de la Administración; y el de su diferenciación con las pretensiones restitutorias que pueden derivar de la resolución del contrato.

En efecto, y por lo que hace a la naturaleza de la fianza, hay que resaltar que nuestro Derecho Administrativo se aparta



CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

de la visión de la misma como una estimación anticipada y definitiva de los daños y perjuicios, sin que quepa exigir otros. La fianza está llamada a compensar el retraso en la ejecución de la obra o la prestación del servicio, que ha de implicar además la puesta en marcha de un nuevo procedimiento de contratación; el hecho del retraso en la obra o servicio y la necesidad de un nuevo procedimiento son perjuicios de difícil evaluación, y precisamente por ello son evaluados a priori con la fianza definitiva; pero si la Administración acredita que, aparte del retraso en la obra o en la prestación del servicio, y los gastos que le provoque un nuevo proceso de contratación, hay otros daños materiales "puede ejercitar cuantas acciones de resarcimiento le competan, de modo independiente a aquella fianza, sin que quepa, en definitiva imputar a la misma, el daño sufrido". La fianza no es una pena convencional por el incumplimiento, que se agota en sí misma, esto es cláusula penal en el sentido del artículo 1152, párrafo primero, del Código Civil, sino que responde a cubrir sólo los daños del retraso de la obra o la prestación del servicio; ésta es la solución adoptada por el artículo 208.4 de la LCSP; y éste es el sentido en el que ha de interpretarse la frase de "en lo que excedan del importe de la garantía incautada". Ni que decir tiene que la prueba de la existencia de estos otros daños está rigurosamente a cargo de la Administración, habida cuenta de que los posiblemente más importantes ya vienen cubiertos a priori por la fianza definitiva; y sin más carga procesal que declarar que el incumplimiento del contratista es culpable, y procediendo a la incautación de la fianza como una manifestación más de su privilegio de la decisión ejecutoria, facilitado porque la caución está en su poder.



CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

En lo que se refiere a la eficacia restitutoria derivada de la resolución del contrato, bien distinta de la eficacia resarcitoria de los daños, la LCSP guarda silencio. No queda más remedio que acudir a las normas de Derecho Privado, y concretamente al artículo 1124 del Código Civil. Su simple lectura indica que pedir la resolución es compatible con pedir el resarcimiento de daños. Dicho de otro modo, la pretensión de resolución y la pretensión de indemnización son distintas. Aquélla va encaminada a la eficacia liberatoria, es decir a la desvinculación de la relación obligatoria en la que las partes se encontraban, liberación que opera *ex tunc*, y trae aparejada que las prestaciones ejecutadas deben ser restituidas, y como sucede en el caso de la nulidad, si no pueden ser restituidas *in natura*, deberán serlo a través de su valor pecuniario. Esta eficacia restitutoria no debe ser confundida nunca con la eficacia indemnizatoria, aún en el caso de que las circunstancias determinen que la pretensión restitutoria surja exclusivamente a favor de uno de los contratantes; de hecho sus regímenes jurídicos son distintos, especialmente en el campo de la prueba, pues aquí no hay que demostrar la existencia de un daño, sino que se ha realizado una prestación; y si se demuestra que se ha realizado sin correspondiente, el hecho de que no se restituya nada a la otra parte, no convierte su exigencia en una partida de la indemnización de daños y perjuicios. Aplicada esta doctrina a la resolución del contrato administrativo significa que la Administración, si ha efectuado prestaciones a cambio de las cuales nada ha recibido, puede reclamarlas, y ello con independencia de la incautación de la fianza y la eventual exigencia de daños y perjuicios por encima de la cuantía de



CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

R

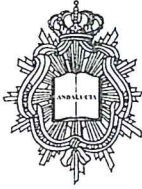
ésta. Para efectuar esta reclamación debe liquidar el contrato, liquidación en la que puede valerse sin duda de sus privilegios de interpretación del contrato y de la decisión ejecutoria, saldando el valor de lo que ha prestado con el valor de lo que eventualmente haya podido recibir y ser de su provecho; y ello, se repite, aunque el contrato esté resuelto, dado que si no procede así podría enriquecerse injustamente a costa del contratista.

Sobre la base de lo expuesto, es momento de analizar cuáles son los efectos de la resolución del contrato. La cuestión viene resuelta por la LCSP en un sentido sustancialmente idéntico a la doctrina de este Consejo sentada en el dictamen 613/2007.

f

Los efectos de la resolución, como se indica en el artículo 208.4 de la LCSP serán la indemnización a la Administración por los daños y perjuicios que se le pudieran haber ocasionado, haciéndose efectiva dicha cantidad en principio sobre la garantía depositada, sin perjuicio de la subsistencia de responsabilidad del contratista en cuanto al importe que exceda de la garantía incautada. Previamente, deberá, conforme al artículo 222.1, procederse a la comprobación, medición y liquidación de las obras ejecutadas.

Asimismo, de acuerdo con el párrafo 5º de dicho artículo, la resolución deberá contener un pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida de la garantía.



CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

CONCLUSIÓN

Se dictamina favorablemente la resolución del contrato administrativo de obras para la construcción de la nueva casa cuartel de la Guardia Civil y edificio municipal de Antequera, adjudicado a la UTE _____ constituida por las empresas _____ y _____

Es cuanto el Consejo Consultivo de Andalucía dictamina.

En Granada, a veinticuatro de julio de dos mil trece.

EL PRESIDENTE

EL SECRETARIO GENERAL



Fdo.: Juan E. Cano Bueso

Fdo.: José Fernández Prados

SR. ALCALDE-PRESIDENTE DEL AYUNTAMIENTO DE ANTEQUERA. - (MÁLAGA)