

DICTAMEN N.º 130 /2011, de 3 de junio.*

Expediente relativo a resolución del contrato de servicios suscrito entre X y el Ayuntamiento de Cuenca para la revisión y adaptación del Plan de Ordenación Municipal (POM) de Cuenca y cartografía necesaria para el mismo.

ANTECEDENTES

Primero. Suscripción del contrato.- El día 29 de enero de 2003 se suscribió entre el representante de la mercantil X y el Alcalde del Ayuntamiento de Cuenca un contrato mediante el cual la mercantil “*se compromete a la redacción de la revisión y adaptación del Plan de Ordenación Municipal de Cuenca y de la cartografía necesaria para el mismo, con estricta sujeción al Pliego de cláusulas administrativas y técnicas aprobado por la Corporación (se une copia del mismo como parte integrante del contrato), y a la oferta presentada*”. El precio del contrato se fija en la cantidad de 387.280 euros, estableciéndose una garantía de 15.491,20 euros. En la condición cuarta se establece que el plazo total de ejecución será de nueve meses, divididos en seis plazos parciales, contándose el primer plazo a partir de la formalización del contrato. En la cláusula sexta se pacta que el contrato se entiende celebrado a riesgo y ventura para el contratista y sin revisión de precios.

El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares rector de la contratación, contiene, entre otras, las siguientes cláusulas:

Cláusula 1. “*Objeto del contrato. [] “Es objeto de la presente licitación la redacción de la Revisión y adaptación del Plan de Ordenación Municipal de Cuenca y la realización de la cartografía necesaria. [...] Los trabajos a realizar por el contratista, se describen en las prescripciones técnicas particulares que forman parte del Pliego de Condiciones”*”.

Cláusula 4. “*Plazo*”. En esta cláusula se dice que los plazos de ejecución figuran en el Pliego de Prescripciones Técnicas y tienen carácter vinculante y contractual, figurando igualmente en dicho Pliego la descripción de las tareas y documentos a elaborar durante los plazos parciales.

Cláusula 13. “*Revisión de precios*”. En ella, después de reflejar que no tendrán revisión de precios los trabajos que se realicen ajustándose al programa pactado, se añade que “*En el caso de que alguna de las Fases no pudieran realizarse y concretamente entregarse en la fecha prevista, y la causa fuese imputable al Excmo. Ayuntamiento, la revisión de precios se pactará exclusivamente para ese plazo parcial*”, según la fórmula que allí se indica.

Cláusula 16. “*Obligaciones del adjudicatario*”. En esta cláusula se dispone que el POM se redactará conforme a las instrucciones que dirija la Administración y con sujeción a las estipulaciones contenidas en los pliegos rectores de la contratación; que “*El adjudicatario deberá realizar los trabajos dentro de los plazos comprometidos*”, y que todos los gastos necesarios para la completa ejecución del contrato son de cargo del contratista.

Cláusula 17. “*Consecuencia del incumplimiento. [] Las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones dimanantes del contrato, son las previstas en el R.D.L. 2/2000, de 16 de junio, y R.D. 1098/2001, de 12 de Octubre. [] Asimismo, el órgano de contratación está facultado para proceder a la resolución del mismo o acordar su continuidad con la imposición de nuevas penalidades en el caso de incumplimiento*”.

En el Pliego de Condiciones Técnicas se establece, entre otras cosas, lo siguiente:

Cláusula 4. “*Plazos de los distintos trabajos de redacción*”. Después de indicarse que el plazo total de ejecución es de nueve meses y que la vigencia del contrato no podrá ser superior a dos años, pudiendo prorrogarse por mutuo acuerdo sin que pueda exceder de cuatro años, incluidas las prórrogas, se contienen los siguientes plazos parciales: “*1º Redacción del documento de información urbanística, análisis y diagnóstico: dos meses. [] 2º Criterios y objetivos de la Revisión. Redacción de los criterios para la Adaptación del Plan. Avance de Planeamiento: un mes. [] 3º Elaboración del documento del Plan de Ordenación Municipal que permita su información pública: tres meses. [] 4º Redacción del Informe a las alegaciones habidas en el periodo de información pública del Plan de Ordenación Municipal: un mes. [] 5º Redacción del documento del Plan de Ordenación Municipal para su aprobación inicial: un mes. [] 6º Elaboración del Texto Refundido tras la aprobación definitiva del Plan de Ordenación Municipal: un mes. [] El plazo total para la ejecución de los trabajos de realización de la cartografía base será de tres meses divididos en dos plazos parciales: [] 1º Realización de la cartografía base a escala 1/5.000: un mes. [] 2º Realización de la cartografía base a escala 1/1.000: dos meses”*”.

Cláusula 8. “*Documentación a facilitar*”. [] El Ayuntamiento deberá facilitar al adjudicatario los siguientes documentos: “*Plan General de Ordenación Urbana de Cuenca de 1995. [] Modificaciones puntuales al Plan de 1995. [] Cartografía base en soporte informático*”.

Segundo. Requerimientos del Ayuntamiento.- Según consta en el expediente, después de diversos escritos entre el Ayuntamiento y la mercantil relacionados con la ejecución del contrato, con fecha 14 de julio de 2010 el Concejal de

* Ponente: Enrique Belda Pérez-Pedrero

Urbanismo dirige un escrito a X en el que se comunica que el último documento que obra en poder del Ayuntamiento es el informe sobre las últimas alegaciones presentadas en el periodo de información pública, el cual tiene fecha de 27 de julio de 2009, añadiendo que después de numerosos contactos y escritos, entiende que la empresa no está dispuesta a cumplir sus obligaciones contractuales, por lo que iniciarían el procedimiento de resolución del contrato. El mismo día el Concejal remite una nota interna al Servicio de Contratación, adjuntando un informe del Jefe de Servicio de Asuntos Jurídicos de la Gerencia de Urbanismo, fechado el día 13 de marzo de 2010, en el que concluye que puede procederse al inicio del expediente de resolución contractual, si bien considera adecuado notificar al contratista recordándole el obligado cumplimiento de los plazos antes del posible acuerdo de resolución.

Con fecha 14 de octubre de 2010, el Alcalde del Ayuntamiento de Cuenca dirige un nuevo escrito a la mercantil mediante el que se insta a que en el improrrogable plazo de cinco días hábiles se pronuncie sobre los hechos recogidos en el informe del Jefe de Servicio y que en caso contrario procedería a la iniciación del expediente de resolución. En escrito fechado el día 28 de octubre de 2010, el representante de X remite un escrito al Alcalde en el que dice que ninguno de los razonamientos expresados en su carta de 9 de junio de 2010 han sido desvirtuados en el informe jurídico. En este último escrito, que se adjunta al anterior, se dice que durante los años transcurridos desde la firma del contrato y debido a las circunstancias sobrevenidas, las labores desarrolladas han representado una sobrecarga tanto temporal como efectiva de los trabajos, por lo que debe considerarse articular una solución satisfactoria para ambas partes.

Tercero. Informe jurídico.- El día 24 de febrero de 2011, el Jefe de Servicio de Asuntos Jurídicos de la Gerencia Municipal de Urbanismo emite un informe jurídico en el que, tras exponer la normativa que resulta de aplicación a la resolución del contrato suscrito con X, los incumplimientos en su ejecución y los requerimientos efectuados, estima que procede iniciar expediente de resolución del contrato con incautación de la fianza.

Cuarto. Iniciación del expediente resolutorio.- En base a los informes jurídicos y requerimientos de cumplimiento del contrato efectuados, con fecha 28 de febrero de 2011, la Junta Local de Gobierno del Ayuntamiento de Cuenca adoptó los siguientes acuerdos: “*a) Iniciar expediente de resolución del contrato de revisión y adaptación del Plan de Ordenación Municipal de Cuenca suscrito entre el Ayuntamiento de Cuenca y la mercantil X., apreciando como causas de resolución el incumplimiento de plazo y la falta de entrega de documentación consignada en el Pliego de condiciones técnicas como números cinco y seis. [] b) Otorgar audiencia al contratista por plazo de diez días naturales y al avalista o asegurador. [] c) Proponer la incautación de la garantía definitiva depositada por el contratista que ascendía a 15.491,20 euros*”.

Quinto. Trámite de audiencia.- El acuerdo de inicio del expediente de resolución del contrato fue notificado a X y a la compañía Z al objeto de que en el plazo de diez días naturales presentara alegaciones y documentos. En el expediente consta la recepción de la notificación los días 7 marzo y 4 de abril de 2011, respectivamente.

El representante de la mercantil presentó un escrito de alegaciones el día 17 de marzo en el que rechaza la imputación que en el informe jurídico se hace de la culpabilidad de su representada, ya que el Ayuntamiento no ha facilitado toda la documentación a que se obligaba en el Pliego de Condiciones Técnicas y que era necesaria para poder revisar y adaptar el POM de 1995. A continuación efectúa una relación cronológica de las fechas en las que ha solicitado diversa documentación al Ayuntamiento, así como de las incidencias surgidas desde la formalización del contrato, señalando que el día 29 de septiembre de 2008 se entregó al Ayuntamiento la documentación subsanada correspondiente a la información pública. Añade que el día 30 de abril de 2009 se entregó una propuesta económica y temporal de cara a articular una solución satisfactoria para ambas partes, tendente a culminar el proceso de redacción del POM, al tiempo que se reclamaban unas cantidades por el desarrollo de trabajos no incluidos en el objeto del contrato. Finalmente manifiesta que la fase 5ª de ejecución del contrato, consistente en la redacción del documento del POM para su aprobación inicial, no ha podido ser entregada, puesto que este documento debe elaborarse teniendo en cuenta el resultado de las alegaciones y su representada no ha recibido el resultado del Pleno del Ayuntamiento respecto a la estimación o desestimación de dichas alegaciones. Por todo ello solicita que se resuelva el contrato por causas imputables al Ayuntamiento de Cuenca, se proceda a la devolución del aval y se fije un plazo para la determinación contradictoria de los daños y perjuicios de los que habrá de ser resarcida su representada. Al escrito adjunta los 27 documentos en los que fundamenta sus alegaciones.

Sexto. Solicitud de dictamen al Consejo Consultivo y nuevo acuerdo de suspensión del procedimiento.- La Junta Local de Gobierno del Ayuntamiento de Cuenca, en sesión celebrada el día 4 de abril de 2011, tras constatar que se había recibido la oposición del contratista a la resolución del contrato, acordó solicitar dictamen al Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha y suspender el plazo para la tramitación y resolución del procedimiento, siendo comunicado este acuerdo tanto al contratista como a su aseguradora.

En tal estado de tramitación V.E. dispuso la remisión del expediente a este Consejo Consultivo, en el que tuvo entrada con fecha 5 de mayo de 2011.

A la vista de dichos antecedentes, procede formular las siguientes

CONSIDERACIONES

I

Carácter del dictamen.- El artículo 57 de la Ley 11/2003, de 25 de septiembre, del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, determina que las Corporaciones Locales de Castilla-La Mancha solicitarán el dictamen del Consejo Consultivo cuando preceptivamente venga establecido en las leyes.

La formalización del contrato que se pretende resolver por el Ayuntamiento de Cuenca se produjo el día 29 de enero de 2003. En esta fecha estaba vigente el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado mediante el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP), dado que la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), en aplicación de lo dispuesto en su disposición final duodécima, entró en vigor el 31 de abril de 2008, por lo que las causas a tener en cuenta para la resolución son las previstas en el TRLCAP.

En cambio, en cuanto al procedimiento de resolución contractual se refiere, el mismo se inició con el acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Cuenca de 28 de febrero de 2011, fecha en que ya se encontraba vigente la LCSP, por lo que es aplicable el procedimiento previsto en esta Ley. A tal efecto es de señalar que el artículo 59.3.a) del TRLCAP, dice que *“será preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de [...] resolución, cuando se formule oposición por parte del contratista”*. Constatada la oposición del contratista a los términos del acuerdo de inicio del procedimiento de resolución, la intervención de este órgano consultivo reviste carácter preceptivo.

II

Examen del procedimiento tramitado. De manera previa al examen de las cuestiones sustantivas que derivan del expediente sometido a dictamen, se estima preciso realizar en la presente consideración un análisis de los requisitos procedimentales necesarios para proceder a la resolución del contrato y comprobar si en este caso se ha dado cumplimiento a los mismos.

El artículo 194 de la LCSP dispone que el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de resolver los contratos administrativos y determinar los efectos de la resolución, estableciendo en su artículo 195 como trámites esenciales, la concesión de audiencia al contratista y el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, en el caso de que se formule oposición por parte de aquél. Por su parte, el artículo 207.1 del citado texto legal determina que la resolución del contrato se acordará *“de oficio o a instancia del contratista, en su caso, mediante procedimiento en la forma que reglamentariamente se determine”*. Dado que la previsión reglamentaria a la que se refiere este artículo no ha sido efectuada, resulta de aplicación las previsiones contenidas en el artículo 109 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, que aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que establece los siguientes requisitos necesarios:

- “a) Audiencia al contratista por plazo de diez días naturales, en el caso de propuesta de oficio.*
- 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 previstos en los artículos 41 y 96 de la Ley (referentes a falta de constitución de la garantía definitiva y demora en el cumplimiento de los plazos respectivamente).*
- d) Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, cuando se formule oposición por parte del contratista”*.

Atendiendo a todo lo antedicho, cabe conceptuar como trámites necesarios del procedimiento de resolución contractual el acuerdo de inicio del procedimiento adoptado por el órgano de contratación, tras el cual, y previos los actos de instrucción que se estimen precisos, se otorgará audiencia al contratista y, en su caso, al avalista, por plazo de diez días, debiendo formularse con posterioridad, a la vista del resultado de las actuaciones realizadas, la correspondiente propuesta de resolución, para concluir, en el caso de que se haya producido oposición por el adjudicatario, con la solicitud del preceptivo dictamen al órgano consultivo, el cual posee carácter final, conforme a lo previsto en el artículo 40.3 de la Ley 11/2003, de 25 de septiembre, del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

Del contraste de las exigencias formales precitadas con las actuaciones producidas en desarrollo del procedimiento, detalladas en antecedentes, se deriva que el acuerdo de solicitud del dictamen se adopta en la misma fecha en la que se notifica a la aseguradora del contratista el trámite de audiencia, sin haber esperado a que transcurriera el plazo que la misma tenía para efectuar alegaciones. No obstante lo anterior, como el expediente fue remitido a la Consejería de Presidencia y Administraciones Públicas una vez transcurridos los diez días de audiencia concedidos, ha de entenderse que no se han producido alegaciones, pues de lo contrario se hubiesen incluido en el expediente.

Por otra parte, en el expediente no figura la propuesta de resolución que el Ayuntamiento debía efectuar a la vista de las alegaciones presentadas, ni tampoco existe un informe respecto a las mismas, cuando en ellas se dice que el responsable de no haberse podido llevar a cabo la redacción del documento del POM para su aprobación final es el Ayuntamiento por no haber comunicado al contratista el resultado que, en su caso, se hubiese adoptado por el Pleno respecto de las alegaciones formuladas en el trámite de información pública, cuya decisión resulta esencial en la formulación del documento del POM. La referida propuesta o informe no tienen carácter esencial en la tramitación del procedimiento de

resolución contractual, por lo que procede continuar con el examen, el cual habrá de fundamentarse exclusivamente en lo que consta en el expediente.

III

Doctrina referente a la resolución de los contratos.- La potestad resolutoria conferida a la Administración en relación a los contratos sometidos al Derecho Administrativo se enmarca dentro del ámbito de las denominadas prerrogativas, previstas en el artículo 194 de la LCSP, concebidas por la doctrina como privilegios o facultades exorbitantes, cuyo ejercicio no se produce de manera automática sino cuando lo exija el interés público implícito en cada relación contractual, fundándose así en el servicio objetivo a los intereses generales que el artículo 103 de la Constitución proclama de la actuación administrativa.

La existencia de estas prerrogativas no es incompatible con la noción de contrato configurada en el ámbito civil, al contemplar el propio Código Civil en su artículo 1.258 que la buena fe, el uso o la Ley pueden imponer a las partes contratantes obligaciones que, aun no estando expresamente pactadas, deriven de la naturaleza de su contenido.

El sentido y funcionalidad de la resolución contractual encuentra cobertura legal en el Derecho común de obligaciones y contratos, en tanto que, como ha señalado el Tribunal Supremo en Sentencia de 17 de marzo de 1989 (Ar. RJ 2234), *“los contratos administrativos no son sino una figura especial, con modulaciones características impuestas por su vinculación al cumplimiento de los intereses públicos de la institución contractual, siéndoles de aplicación en definitiva, salvando esas peculiaridades y características, las normas y principios de la dogmática del negocio jurídico, entre los que se encuentra la figura de la resolución contractual para el caso de su incumplimiento en las obligaciones recíprocas (artículo 1.124 del Código Civil y preceptos concordantes) y la institución del resarcimiento de daños y perjuicios a favor del acreedor, que no es sino una manifestación del principio del Derecho de obligaciones de que el deudor debe reparar las consecuencias nocivas producidas por causa de su incumplimiento culpable (artículo 1.101 del Código Civil) [...]”*.

El ejercicio de esta potestad se encuentra reglado desde el punto de vista formal y material, de tal forma que sólo puede ser ejercida mediante la instrucción del procedimiento al que se refiere el artículo 194 LCSP y cuando concurren las causas definidas en la Ley.

El TRLCAP, contempla en sus artículos 111 a 113 una regulación general de las causas por las que puede operar la prerrogativa resolutoria. La demora en el cumplimiento de los plazos pactados por parte del contratista aparece recogida en el artículo 111.e) del TRLCAP como causa de resolución contractual y comprende tanto el incumplimiento del plazo total fijado para la realización de la prestación, como los de carácter parcial cuando la demora en su cumplimiento haga presumir razonablemente la imposibilidad de cumplimiento del plazo total, según se infiere de su interpretación sistemática integradora en relación con lo previsto en el artículo 95.1 y 5 del TRLCAP.

Esta causa ha de ser considerada, conforme al artículo 112.2 citado, entre las de ejercicio potestativo para la Administración. En tal sentido, el artículo 95.1 del TRLCAP *“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”*, previendo de no ser así, en su apartado tercero, la facultad de la Administración de optar por la resolución del contrato, con los efectos que lleva aparejada, o de imponer penalidades al adjudicatario incumplidor.

Será por ello preciso que la Administración contratante valore en cada caso el modo en que se verá afectado el interés público en juego, a fin de optar por una de las soluciones que le confiere la Ley (resolutoria o penalizadora), atendiendo a las concretas circunstancias que concurren.

En este sentido el Tribunal Supremo ha manifestado en su Sentencia de 16 de octubre de 1984 (Ar. RJ 5655) que *“ha de prestarse en cada caso una exquisita atención a las circunstancias concurrentes, con el fin de dilucidar si se está ante un verdadero y efectivo incumplimiento de las obligaciones contractuales, revelador de una voluntad clara de no atender, dolosa o culposamente, los compromisos contraídos o, por el contrario, más bien ante un mero retraso, desfase o desajuste en modo alguno expresivo de aquella voluntad y, en definitiva, de un efectivo incumplimiento de la esencia de la obligación”*.

El Consejo de Estado ha venido afirmando que *“la facultad de resolución constituye de suyo una consecuencia tan grave que obliga a estimarla aplicable tan sólo a los casos más graves de incumplimiento pues resultaría notoriamente desproporcionado e injusto que cualquier incumplimiento, aun mínimo, supusiese tal resolución, ya que ésta constituye una opción que la Administración ha de ejercer siempre con obligada mesura”* (dictamen de 1 de marzo de 1979). Además ha de señalarse que, tanto en el ámbito de la contratación civil como de la administrativa, la jurisprudencia ha advertido que no todo incumplimiento contractual podría dar lugar al derecho de la otra parte a resolver el contrato, distinguiéndose por la jurisprudencia aquellos incumplimientos generadores de la posibilidad de ejercicio del derecho a la extinción del contrato de aquellos otros que no lo conllevan, aun cuando puedan conducir a la exigencia de indemnización por daños y perjuicios.

IV

Pronunciamento sobre el fondo del asunto.- La Administración ha incoado el expediente de resolución del contrato en el presente caso *“por incumplimiento del plazo y falta de entrega de la documentación consignada en el Pliego de condiciones técnicas como números cinco y seis”*.

Conforme se expresa en la primera condición de contrato su objeto era la redacción de la revisión y adaptación del POM de Cuenca y de la cartografía necesaria para el mismo, con estricta sujeción al Pliego de Cláusulas Administrativas y Técnicas aprobado por la Corporación. En la cláusula 4 del Pliego de Condiciones Técnicas, se especifica que el plazo de ejecución total es de nueve meses dividido en los seis plazos parciales que en el mismo se indican. En la cláusula 6 se expresa la documentación que en cada una de las fases del contrato ha de ir presentando el contratista, estableciéndose que *“El equipo redactor entregará al Ayuntamiento la documentación que integre el Informe a las alegaciones presentadas durante el período de información pública. Igualmente modificará la documentación aportada en función de las alegaciones que justificadamente se estimen”*. Finalmente, la cláusula 8 dispone que el Ayuntamiento de Cuenca deberá facilitar al adjudicatario el *“Plan General de Ordenación de Cuenca de 1995. [] Modificaciones Puntuales al Plan de 1995. [] Cartografía base en soporte informático”*.

Por su parte, en la cláusula 16 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, en la que se establecen las obligaciones del adjudicatario del contrato se estipula que *“El adjudicatario deberá realizar los trabajos dentro de los plazos comprometidos”*, estableciéndose en la cláusula 17 que el incumplimiento del contrato traerá las consecuencias previstas en el TRLCAP, estando facultado el órgano de contratación para proceder a la resolución del mismo o acordar su continuidad con la imposición de penalidades.

Según consta en el expediente, el contrato fue suscrito el día 29 de enero de 2003 y el mismo no ha sido cumplido en su totalidad, pues es reconocido por ambas partes que la empresa adjudicataria no ha entregado la documentación consignada en la cláusula 4 del Pliego de Condiciones correspondiente a los números 5 *“Redacción del documento de Plan de Ordenación Municipal para su aprobación inicial”* y 6 *“Elaboración del Texto Refundido tras la aprobación del Plan de Ordenación Municipal”*, siendo este incumplimiento el que alega el Ayuntamiento como causa constitutiva de la resolución contractual.

En el escrito de alegaciones presentado por el representante de la mercantil se admite la existencia del incumplimiento contractual, pero afirma que la causa del incumplimiento no es achacable a X, sino al Ayuntamiento por no haber facilitado la documentación que según el Pliego de Condiciones Técnicas estaba obligado a entregar, la cual era imprescindible para la realización de los trabajos en los que consistía el contrato, aportando al respecto diversos documentos que, a su juicio, acreditan los incumplimientos del Ayuntamiento, los cuales justifican el retraso en el cumplimiento de los plazos parciales, lo que a su vez ha supuesto un incremento del importe económico del contrato, por lo que ya en un escrito fechado el 30 de abril de 2009 remitió al Ayuntamiento una nueva propuesta de oferta económica, junto con un calendario para la entrega de la documentación a la que se refieren los puntos 5 y 6 de la cláusula 4 del Pliego de Condiciones Económicas, propuesta que no fue aceptada por el Ayuntamiento, quien comunicó a la empresa su intención de iniciar el procedimiento de resolución contractual si en el plazo que le confería no hacía efectiva la entrega de la documentación reseñada en los citados puntos 5 y 6 de la cláusula 4 del Pliego de Condiciones Económicas.

En concreto, y por lo que se refiere a los incumplimientos alegados por el Ayuntamiento en el acuerdo de iniciación del procedimiento de resolución contractual, añade el representante de la mercantil, que la redacción del POM, que constituye la fase 5ª del contrato, *“tampoco ha podido ser entregada por X”* ya que según se especifica en el Pliego de Condiciones, para la redacción de dicho Plan había de tenerse en cuenta *“las alegaciones que justificadamente se estimen”*, lo que implica que necesariamente el Pleno del Ayuntamiento debía comunicar a la empresa las alegaciones que hayan sido estimadas o desestimadas, por lo que al no haberlo hecho así, la empresa no es responsable del incumplimiento de los plazos fijados en el contrato, solicitando la resolución del contrato por causas imputables al Ayuntamiento con la devolución del aval entregado.

Al respecto es de señalar que en el expediente examinado no queda suficientemente acreditado el incumplimiento alegado por la empresa contratista, ya que el Ayuntamiento se ha limitado a remitir las alegaciones efectuadas por el contratista sin efectuar ningún informe al respecto. No obstante, de haber existido dicho incumplimiento, el contratista podía haber instado en su día la resolución contractual, pero lo que no es admisible es instar dicha resolución en el trámite de alegaciones de un procedimiento de resolución iniciado de oficio por la Administración.

A la vista de lo expuesto, ha de concluirse que en el expediente ha quedado acreditado la existencia del incumplimiento del plazo contractual habilitante de su resolución, ya que no se trata de un mero retraso en su ejecución, sino que se han superado todas las prórrogas legalmente posibles. Al efecto, es de tener en cuenta que el artículo 198 del TRLCAP dispone que los contratos *“de servicios no podrán tener un plazo de vigencia superior a dos años [...] si bien podrán preverse en el mismo contrato su modificación y su prórroga por mutuo acuerdo de las partes antes de la finalización de aquél, sin que la duración total del contrato, incluidas las prórrogas, pueda exceder de cuatro años”*, plazo sobradamente superado en el presente supuesto.

Efectos derivados de la resolución.- El artículo 113.4 del TRLCAP dispone que *“Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada”*.

Sin embargo, a pesar de la taxativa consecuencia que parece desprenderse de la redacción del artículo 113.4 del TRLCAP el Tribunal Supremo en Sentencia de 5 de marzo de 1985 (Ar. 1985/1477) señaló que: *“la incautación de fianza, a tenor de los artículos 67 y 97 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales (RCL 1953/1054 y NDL 22515) solamente procede de un modo fatal y automático en los casos de incumplimiento doloso del contrato existiendo notable diferencia, a estos efectos, entre aquel incumplimiento total y doloso y el simplemente parcial por culpa o negligencia en orden a la extensión y límites de la responsabilidad contractual susceptible de ser moderada en los casos de simple culpa o negligencia, moderación que tiene su primera justificación en el artículo 1103 del Código Civil definidor de unos principios perfectamente aplicables a la contratación administrativa”*. En el mismo sentido se pronunció el Tribunal Supremo en la Sentencia de 14 de mayo de 1991 (ar. RJ 1991,4144), al decir que *“la pérdida e incautación de la fianza, [...] queda reservada a los casos de incumplimiento culposo o doloso del contrato”*.

En este sentido, este Consejo, ya en el dictamen 61/1997 dijo que *“una interpretación moderadora y justa sobre el alcance y fines de esa incautación, que no deben de suponer una transferencia patrimonial absoluta y de plena disponibilidad a favor de la Administración contratante, muy especialmente cuando se ofrezca patente y considerable la desproporción entre su importe y el de las responsabilidades pecuniarias pendientes, de forma que atente contra el equilibrio entre las partes y dé lugar a un enriquecimiento injusto a favor de la Administración, cuyos lógicos privilegios tampoco deben llegar a tan injustos extremos, porque en realidad no se trata de una cláusula penal que sustituya la indemnización de daños y perjuicios, sino de una garantía prestada, por naturaleza, para el cumplimiento de determinadas obligaciones, lo que no excluye pueda proceder su total pérdida o incautación siempre que sea necesaria la satisfacción de tales fines”*.

La anterior doctrina ha sido mantenida por el Tribunal Supremo quien en Sentencia de 21 de diciembre de 2007 (AR.RJ 2008/67) dijo que *“el art. 113.4 LCAP establece claramente que la incautación de la garantía parte de la resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista. Por ello si hay retraso en el cumplimiento del plazo debe examinarse si la demora deriva de causa imputable al contratista o no es atribuible al mismo. [] La conclusión acerca de la culpa se obtiene contraponiendo el comportamiento del contratista con un patrón de diligencia común al estándar ordinario de las obligaciones impuestas en el contrato. Son, por tanto, esenciales las condiciones que han concurrido en el desarrollo del contrato a fin de valorar si hubo ausencia de previsión de acuerdo con la naturaleza de las obligaciones y las circunstancias concretas de tiempo y lugar. [] Por ello, la Administración que acuerda resolver un contrato debe probar la existencia de una situación objetiva de incumplimiento por parte del contratista. Por su parte el contratista deberá acreditar la existencia de una causa exoneradora de su responsabilidad”*.

Por lo tanto y de acuerdo con la doctrina citada para que proceda incautar la fianza, ha de existir un incumplimiento culpable y no sólo moroso. En el presente supuesto, conforme ha quedado expuesto en la anterior consideración, el Ayuntamiento no ha acreditado que el incumplimiento contractual se deba a una situación objetiva por parte del contratista, sino que, según se deriva de la documentación obrante en el expediente, su falta de diligencia en el cumplimiento de las obligaciones que el Pliego asignaba al Ayuntamiento ha tenido una notable influencia en el referido incumplimiento contractual. Es determinante a estos efectos la causa alegada por la Administración para resolver el contrato, consistente en la falta de redacción del documento de POM para su aprobación inicial. Según se dice en el propio Pliego, en la redacción de este documento han de tenerse en cuenta las alegaciones que se acepten por el Ayuntamiento, para lo cual el contratista, según afirma en su escrito, le remitió un informe sobre las alegaciones efectuadas durante el plazo de información pública. Sin embargo, según también dice el representante del contratista y no desmiente el Ayuntamiento, éste no le ha comunicado la decisión adoptada en relación con las referidas alegaciones, por lo que de resultar ciertos los hechos descritos por el representante del contratista, no se puede imputar a éste un incumplimiento culpable por la falta de redacción del POM para su aprobación inicial.

Por todo ello, el Consejo estima que en este caso no procede la incautación de la fianza al no haberse acreditado que el incumplimiento sea imputable únicamente al contratista.

En mérito de lo expuesto, el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha es de dictamen:

Que procede la resolución del contrato de servicios suscrito entre X y el Ayuntamiento de Cuenca para la revisión y adaptación del Plan de Ordenación Municipal (POM) de Cuenca y cartografía necesaria, instruido por el Ayuntamiento de Cuenca, en virtud de la causa prevista en el artículo 111.e) del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado mediante el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, teniendo en cuenta, en cuanto a los posibles efectos que la misma pueda conllevar, las observaciones expuestas en la consideración V del presente dictamen.”