



Sr. Amilivia González, Presidente

Sr. Ramos Antón, Consejero
Sr. Sobrini Lacruz, Consejero y
Ponente

Sra. García Fonseca, Secretaria

La Sección Primera del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Toro (Zamora) el día 8 de noviembre de 2016, ha examinado el *procedimiento de resolución parcial de contrato suscrito entre el Ayuntamiento de xxxx y la UTE qqqq*, y a la vista del mismo y tal como corresponde a sus competencias, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

I

ANTECEDENTES DE HECHO

El día 10 de octubre de 2016 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *procedimiento de resolución parcial del contrato formalizado el 9 de agosto de 2010 entre el Ayuntamiento de xxxx y la UTE qqqq, para la redacción de proyecto, la construcción y la explotación de un estacionamiento subterráneo bajo las huertas del antiguo Hospital hhhh y la urbanización del espacio de dominio público situado sobre éste.*

Examinada la solicitud y admitida a trámite con la misma fecha, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 426/2016, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, previa ampliación de éste, tal como dispone el artículo 52 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo de Castilla y León, aprobado por la Resolución de 5 de febrero de 2014, de la Mesa de las Cortes de Castilla y León. Turnado por el Sr. Presidente del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Sobrini Lacruz.

Primero.- La Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de xxxx acordó el 20 de julio de 2010 formalizar el contrato entre el Ayuntamiento y la UTE "Construcciones qqqq1, S.A., Construcciones qqqq2, S.A. y qqqq3, S.A.", (en

adelante "UTE qqqq"), para la redacción de proyecto, la construcción y la explotación de un estacionamiento subterráneo bajo las huertas del antiguo Hospital hhhh y la urbanización del espacio de dominio público situado sobre éste, en virtud de la adjudicación efectuada por el Consorcio de la Gestión de la Variante Ferroviaria de xxxx el 5 de julio de 2010.

El 9 de agosto de 2010 el Ayuntamiento de xxxx y la UTE qqqq formalizan el contrato.

La cláusula 1ª de este contrato establece lo siguiente:

"D. yyyy, en representación de la 'UTE qqqq', se compromete a la redacción del Proyecto, la construcción y la explotación de un estacionamiento subterráneo para vehículos de residentes entre la calle cccc1 y el Bulevar Ferroviario, bajo las huertas del antiguo Hospital hhhh en la ciudad de xxxx, con sujeción a su oferta, a las Bases Económico-Administrativas y Técnicas que sirvieron de base para regir el procedimiento de selección y que tienen la consideración de Ley del Contrato, y respetando los restantes documentos contractuales que acepta plenamente y de lo que deja constancia en este acto su conformidad.

»Así mismo, el adjudicatario, de conformidad con la cláusula primera de las Bases de cláusulas administrativas particulares, que se refiere al objeto del contrato, se compromete a la urbanización del espacio de dominio público afectado por las obras de construcción del aparcamiento subterráneo y el ámbito establecido en el plano incluido en el anexo II adjunto a dichas Bases, que ha sido proyectada por qqqq4".

Segundo.- Mediante Acuerdo de la Junta de Gobierno local del Ayuntamiento de xxxx, de 22 de noviembre de 2012, se autoriza la cesión del contrato por UTE qqqq en favor de la sociedad "qqqq5, S.L."

Tercero.- El 1 de octubre de 2013 se firma el acta de comprobación del replanteo de las obras de "Urbanización del Bulevar Ferroviario de xxxx, Proyecto 3, Fase 2, hhhh". En dicha acta las partes contratantes establecen un plazo de 6 meses para la ejecución de las obras de urbanización exterior.

El 11 de diciembre de 2013 se firma el acta de comprobación de las obras del aparcamiento subterráneo, dándose por finalizadas.

Cuarto.- El 31 de marzo de 2014, fecha de finalización del plazo de 6 meses de ejecución de la urbanización de la superficie del aparcamiento, la empresa contratista presenta un escrito en el que solicita la ampliación del plazo de ejecución de las obras de urbanización hasta marzo de 2015, petición que justifica en la conveniencia de realizar los trabajos de plantación de especies arbustivas pendientes a partir del mes de noviembre y la posterior realización de los trabajos de acabado.

Quinto.- Consta en el expediente el informe emitido por la dirección de obra el 17 de septiembre de 2015, en el que se indica que el 11 mayo de 2015 la adjudicataria reinicia las obras de superficie que se encontraban paralizadas desde el 31 de marzo de 2014.

El 11 de agosto de 2015 se remite a la empresa contratista el informe de la dirección de obra de 6 de agosto, en el que se denuncia la nueva paralización de la obra de urbanización exterior, se indican las partidas pendientes de ejecución y se le requiere para que justifiquen los motivos del retraso y presente un programa de trabajos detallado, que permita la finalización de las obras en un plazo razonable.

Sexto.- El 19 de agosto qqqq5, S.L. presenta ante el Ayuntamiento de xxxx un escrito en el que indica las causas de la paralización y los trabajos pendientes de ejecutar. Manifiesta que la ejecución de estas obras requiere un orden concreto de actuación, de manera que se ejecuten primero las de plantación y posteriormente las siguientes, con el fin de evitar que éstas deterioren aquéllas una vez realizadas, y preservar las condiciones de seguridad en la ejecución de las obras de instalación de columnas y luminarias colocadas en cables que ya llevan tensión. Considera que el periodo idóneo para la realización de los trabajos de plantación es a partir del mes de noviembre.

Séptimo.- El 10 de septiembre la empresa contratista solicita una ampliación de plazo para la conclusión de la urbanización en la plaza superior del aparcamiento (con finalización prevista el 31 de enero de 2016). Adjunta la planificación de la ejecución de las obras pendientes de conclusión

Octavo.- Mediante Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de xxxx, de 12 de noviembre de 2015, se dispone incoar expediente de imposición de penalidades a la empresa qqqq5, S.L. por demora en la ejecución de las obras de urbanización en superficie, autorizar la ampliación de plazo del contrato (hasta el día 31 de enero de 2016) y hacer efectivas las penalidades con cargo a los avales suscritos.

Noveno.- El 4 de diciembre la dirección de obra denuncia la falta de reinicio de las obras de urbanización en superficie a pesar de la ampliación del plazo solicitada y autorizada.

El 11 de diciembre se requiere a la empresa contratista para que reinicie de los trabajos hasta su terminación final.

Décimo.- El 11 de enero de 2016 la dirección de obra informa que el 8 de enero las obras de urbanización en superficie continúan paradas.

Decimoprimer.- Mediante Acuerdo de la Junta de Gobierno Local, de 28 de enero de 2016, se desestiman las alegaciones presentadas por la empresa contratista contra el Acuerdo de 12 de noviembre de 2015 y se resuelve la imposición de penalidades por incumplimiento del plazo de ejecución de las obras de urbanización en superficie y hacerlas efectivas con cargo a las garantías constituidas en el contrato.

Decimosegundo.- El 28 de enero qqqq5, S.L. solicita una nueva ampliación del plazo para la conclusión de las obras de urbanización en la superficie del aparcamiento hasta el día 31 de mayo de 2016.

Decimotercero.- El 8 de febrero el director de las obras informa que el 29 de enero de 2016 las obras se encuentran en el mismo estado que se encontraban el 23 de julio de 2015, momento en el que el contratista, sin mediar ningún tipo de comunicación, abandonó la ejecución de la urbanización. El informe propone la resolución de la parte del contrato correspondiente a la ejecución de las obras de urbanización, una vez constatado que las obras de construcción del aparcamiento funcionan con normalidad desde su puesta en servicio y apertura al público el día 11 de diciembre de 2013.

Decimocuarto.- El 2 de marzo la empresa contratista presenta un recurso de reposición contra el Acuerdo de Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de xxxx de 28 de enero de 2016.

Decimoquinto.- Por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de xxxx, de 21 de julio de 2016, se desestima el recurso de reposición interpuesto por qqqq5, S.L. contra el Acuerdo de 28 de enero de 2016, se deniega la nueva prórroga del contrato solicitada y se propone la incoación de expediente para la resolución parcial del contrato por incumplimiento imputable al contratista en la parte relativa a la ejecución de las obras de urbanización en superficie, que constituye causa de resolución del contrato prevista en el artículo 206 e) de la Ley de Contratos del Sector Público, toda vez que las obras de construcción del aparcamiento funcionan con normalidad desde su puesta en servicio y apertura al público.

Decimosexto.- El 5 de agosto qqqq5, S.L. presenta alegaciones frente al Acuerdo de incoación de expediente de resolución parcial del contrato.

La empresa contratista, entre otras manifestaciones, se muestra disconforme con la pretensión municipal de resolver de forma parcial el contrato únicamente en la parte relativa a la ejecución de las obras de urbanización en superficie, manteniendo en vigor la parte correspondiente a la explotación del aparcamiento subterráneo, obras finalizadas y puestas en servicio.

Mantiene que el incumplimiento del contrato no es imputable al contratista, ya que se produce por la falta de autorización del cambio de régimen de explotación del aparcamiento, de concesión a propiedad, previa desafectación de la instalación, lo que pone al contratista en una situación económica complicada, ante la dificultad de obtener financiación como consecuencia de "no poder sacar al mercado las plazas de garaje en la actual situación de concesión".

Decimoséptimo.- El 5 de septiembre la Gerencia de Fomento del Ayuntamiento de xxxx informa sobre las alegaciones realizadas.

Decimoctavo.- El 27 de septiembre el Gerente de la Gerencia Municipal de Fomento del Ayuntamiento de xxxx informa sobre la resolución parcial del

contrato de concesión de obras públicas del aparcamiento subterráneo en las Huertas de hhhh, su explotación y urbanización en superficie.

Decimonoveno.- El 4 de octubre la Presidenta del Consejo de la Gerencia de Fomento acuerda:

»1º.- La resolución parcial del contrato formalizado el día 9 de agosto de 2010 entre el Ayuntamiento de xxxx y la 'UTE qqqq', para la redacción de proyecto, la construcción y la explotación de un estacionamiento subterráneo bajo las huertas del antiguo Hospital hhhh y urbanización del espacio de dominio público situado sobre éste, por incumplimiento imputable al contratista, en la parte relativa a la ejecución de las obras de urbanización en superficie, que constituye causa de resolución del contrato prevista en el artículo 206 e) de la Ley de Contratos del Sector Público: 'La demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista'.

»2º.- (...) Suspender el plazo máximo para resolver este procedimiento y notificar la resolución, a efectos de evitar su caducidad, por el tiempo que medie entre la petición del Dictamen al Consejo Consultivo de Castilla y León y la recepción del informe (...)"

»3º.- Notificar el acuerdo de suspensión al contratista y a los avalistas (...)"

Vigésimo.- Consta en el expediente la notificación de la suspensión del procedimiento el 6 de octubre de 2016.

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

II CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1ª.- El Consejo Consultivo de Castilla y León dictamina en el presente expediente con carácter preceptivo, de conformidad con lo previsto en el artículo 4.1.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 al contrato, tal y como se recoge en el pliego de cláusulas administrativas particulares, viene determinada fundamentalmente, además de por dicho pliego, por la Ley 30/2007, de 30 octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1.098/2001, de 12 de octubre (en adelante, RGLCAP).

Debe recordarse que la disposición transitoria primera, apartado 2, del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), establece que los contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y el régimen de prórrogas, por la normativa anterior.

No obstante, el procedimiento para el ejercicio de la facultad resolutoria se rige por la normativa vigente en el momento de su inicio, cuestión que aparece confirmada por lo dispuesto en la disposición transitoria segunda de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre ("A los procedimientos ya iniciados antes de la entrada en vigor de la presente Ley no les será de aplicación la misma, rigiéndose por la normativa anterior") –aplicable *ratione temporis* si se tiene en cuenta la fecha de inicio del procedimiento de resolución parcial del contrato-, norma de aplicación subsidiaria a los procedimientos en materia de contratación, según establece la disposición final tercera del TRLCSP.

En este caso, el procedimiento de resolución contractual se ha iniciado el 4 de octubre de 2016 bajo la vigencia del TRLCSP, cuyo artículo 211.3.a) establece que es preceptivo en este caso el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de resolución de los contratos administrativos cuando se formule oposición por parte del contratista.

En relación con el procedimiento de resolución contractual, el artículo 109.1 del RGLCAP exige el cumplimiento de los siguientes trámites:

“a) Audiencia del 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 de los artículos 41 y 96 de la Ley.

»d) Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, cuando se formule oposición por parte del contratista”.

3ª.- La competencia para acordar la resolución del contrato y determinar sus efectos corresponde al órgano de contratación, conforme disponen los artículos 224 del TRLCSP y 109 del RGLCAP.

4ª.- El asunto sometido a consulta versa sobre el procedimiento de resolución del parcial contrato para la resolución parcial del contrato formalizado el día 9 de agosto de 2010 entre el Ayuntamiento de xxxx y la “UTE qqqq”, para la redacción de proyecto, la construcción y la explotación de un estacionamiento subterráneo bajo las huertas del antiguo Hospital hhhh y la urbanización del espacio de dominio público situado sobre éste.

El objeto del contrato incluye la construcción de un aparcamiento subterráneo y la ejecución de las obras de urbanización en superficie sobre la impermeabilización exterior del aparcamiento. No obstante, consta en el expediente que la primera de las prestaciones se cumplió satisfactoriamente y que el incumplimiento se produjo únicamente respecto de las obras de urbanización exterior.

La Administración fundamenta la propuesta de resolución del contrato en la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista, al amparo del artículo 206. e) de la LCSP.

Los informes de la dirección facultativa de la obra constatan la demora en la ejecución de las obras casi desde el inicio de los trabajos, así como retrasos

continuados. En relación con esta causa, se advierte que en la fecha de inicio del procedimiento de resolución no existe una simple demora en el cumplimiento de los plazos (constatada en la documentación obrante en el expediente) sino ya un incumplimiento total del plazo, puesto que la obra está inconclusa pese a que debió finalizar el 31 de mayo de 2016, sin que, al parecer, desde el 23 de julio de 2015 se haya realizado trabajo alguno.

Por ello, transcurrido ampliamente el plazo previsto en el contrato para su realización sin haberse ejecutado, éste estaría incurso en esa causa de resolución. Como señaló el Consejo de Estado en su Dictamen 912/1997, de 27 de febrero, "(...) el simple vencimiento de los plazos sin que la prestación del contratista esté realizada implica *ipso iure* la calificación de incumplimiento, pues el contrato administrativo tiene como elemento característico ser un negocio a plazo fijo, en el que el tiempo constituye una condición esencial".

Respecto a esta causa de resolución, existe una reiterada doctrina jurisprudencial y del Consejo de Estado, en el sentido de que no basta cualquier incumplimiento contractual para que se produzca el efecto resolutorio, sino que ha de traducirse en una valoración del incumplimiento grave y de naturaleza sustancial del contrato, al ser la resolución la consecuencia más grave que puede derivarse de esta circunstancia. 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" (Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2001).

Por lo que se refiere a la entidad del incumplimiento en el contexto de la relación jurídica contractual que se examina, el incumplimiento del contratista puede calificarse como culpable, al concurrir pasividad culposa o negligente de la empresa. Constan en el expediente numerosos requerimientos a la empresa contratista y un informe del director de las obras de 8 de febrero de 2016, que denuncia que el 29 de enero de 2016 las obras se encuentran en el mismo estado que se encontraban el 23 de julio de 2015.

En definitiva, puede apreciarse que el incumplimiento de la empresa contratista es de tal entidad que motiva la resolución del parcial contrato en lo

que respecta a la ejecución en superficie de la obra, al amparo del artículo 206.e) de la LCSP.

En cuanto a la posibilidad de resolución parcial, ha de advertirse que, aunque la LCSP no contemplaba expresamente la resolución parcial de los contratos, es doctrina del Consejo de Estado (por todos, los Dictámenes 2416/2004, 2907/2004, 3252/2004 y 921/2006) que puede acordarse la resolución parcial de un contrato cuando éste tenga distintos objetos perfectamente diferenciados y ni la naturaleza del contrato ni la voluntad de las partes exijan el mantenimiento total, o en aquellos casos en que existan razones de interés público que justifiquen la conservación del negocio en lo realizable.

En el presente caso, una vez finalizada la construcción de la obra del aparcamiento, la obra de urbanización sobre la superficie de éste constituye una prestación de naturaleza totalmente independiente -tal y como se desprende de los diferentes plazos de ejecución previstos en la cláusula 2ª, de los términos fijados en la cláusula 8ª del contrato, que establece un régimen desigual para la ejecución de las obras interiores y exteriores, y de la cláusula 11ª, que detalla un sistema diferenciado de terminación y comprobación de las obras-, razón por la cual existe tanto un fundamento jurídico como un interés público relevante en mantener la validez y eficacia del contrato en cuanto a las obligaciones de éste ya cumplidas o en fase de ejecución por el concesionario, esto es, las relativas a la construcción y explotación del aparcamiento, y resolver el contrato únicamente respecto de la prestación incumplida por la demora en el plazo de finalización de dicha obra de urbanización.

En cuanto a los problemas de financiación que produce el régimen de las plazas de aparcamiento ha de señalarse que, de acuerdo con los informes obrantes en el expediente, el contrato no contempla el cambio de régimen de concesión a propiedad de aquéllas como un compromiso municipal, sino como una mera posibilidad, que deberá ser, en todo caso, el resultado de un procedimiento administrativo en el que se justifique el cambio de régimen. El propio estudio económico financiero incluido en la oferta económica del concesionario contradice su alegación, pues, según dicho documento, la viabilidad económica de la concesión en ningún momento se sustenta en la transformación del régimen del aparcamiento de concesión a propiedad.

Por el contrario, el contrato sí prevé en su cláusula 8ª que “Las obras se construirán a riesgo y ventura del concesionario, que asumirá la plena responsabilidad del buen fin de la obra, siendo el único responsable, tanto frente al Ayuntamiento como frente a terceros (...)” y en la cláusula 10ª se establece que “el concesionario asumirá la financiación de la totalidad de las obras del aparcamiento”.

5ª.- Por último, respecto a los efectos de la resolución, ha de partirse de lo dispuesto en el artículo 208.4 de la LCSP, que establece que “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”.

Por su parte, el artículo 113 del RGLCAP 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 tenerse en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ya en Sentencia de 9 de diciembre de 1980 declaró que “(...) debiendo tenerse presente en esta materia de indemnización de daños y perjuicios la constante jurisprudencia que exige al que pretende hacer efectivo tal derecho que acredite la existencia real y efectiva de los daños, pues sólo podrán ser tomados en consideración aquellos perjuicios efectivos sufridos que estén suficientemente demostrados por cálculos obtenidos de datos fundados en valores reales y no meramente hipotéticos de resultados posibles pero no seguros”.

El artículo 208 LCSP (actual artículo 225.3 TRLCSP) no prevé que la incautación de la garantía tenga carácter automático por el incumplimiento culpable del contratista, o que tenga naturaleza de penalidad por el mero incumplimiento del contrato, a diferencia de lo que sí establecía el artículo 114.4 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones

Públicas, y con posterioridad el artículo 113.4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, que preveían la incautación automática de la fianza, además de la indemnización de los daños producidos a la Administración en lo que excediera del importe de la fianza.

Sobre este particular, el Dictamen del Consejo de Estado nº 646/2012 señala que "(...) no está previsto en el pliego que el incumplimiento culpable del contratista comporte automáticamente la pérdida de la garantía ni es posible deducir tal consecuencia de la regulación legal aplicable al contrato. No obstante, la garantía prestada por el contratista queda afecta al pago de la indemnización de los daños y perjuicios irrogados a la Administración. Y en tal sentido, aun cuando con ocasión de la resolución del contrato no proceda declarar su pérdida, debe acordarse su retención hasta que se cuantifiquen los referidos daños y perjuicios, cobrándose su importe de la garantía si esta fuera superior a aquellos. Procede, por tanto, declarar resuelto el contrato sin pérdida de la garantía constituida y tramitar un procedimiento contradictorio a fin de determinar el montante de los daños y perjuicios irrogados a la Administración pública, reteniendo hasta la terminación de este dicha garantía toda vez que el importe de los referidos daños deberá hacerse efectivo en primer término con cargo a ella".

Por todo ello, en el presente caso, dado que se propone la resolución parcial del contrato, la indemnización y la afección de la garantía deberán tener en cuenta esta circunstancia. A tal efecto, los perjuicios ocasionados por la resolución parcial deberán quedar determinados y valorados en expediente contradictorio.

III CONCLUSIONES

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

Procede la resolución parcial del contrato formalizado el día 9 de agosto de 2010 entre el Ayuntamiento de xxxx y la UTE qqqq, para la redacción de proyecto, la construcción y la explotación de un estacionamiento subterráneo

bajo las huertas del antiguo Hospital hhhh y la urbanización del espacio de dominio público situado sobre éste.

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