



Sr. Amilivia González, Presidente

Sr. Estella Hoyos, Consejero

Sr. Fernández Costales, Consejero

Sr. Pérez Solano, Consejero

Sr. Madrid López, Consejero

Sr. Nalda García, Consejero

Sr. Sobrini Lacruz, Secretario

La Sección Primera del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 18 de diciembre de 2008, ha examinado el *expediente de resolución de contrato suscrito entre la Consejería de Fomento y qqqqq S.A.*, 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 17 de noviembre de 2008, tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *expediente relativo a la resolución del contrato de obras suscrito por la Consejería de Fomento de la Junta de Castilla y León con la empresa qqqqq, S.A., para la reparación de 20 VPP-GP, promoción directa, en xxxx2.*

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 25 de noviembre de 2008, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 1.042/2008, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal como dispone el artículo 53 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo, aprobado por el Decreto 102/2003, de 11 de septiembre. Turnado por el Sr. Presidente del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Estella Hoyos.

Primero.- Por Orden de la Consejería de Fomento de 12 de septiembre de 2007, se acuerda el inicio del procedimiento para la resolución del contrato de obras suscrito con la entidad mercantil qqqqq, S.A. para la reparación de 20 VPP-GP, promoción directa, en xxxx2, por mora imputable al contratista, con



incautación de la garantía definitiva, y posterior liquidación y exigencia de los daños y perjuicios que resulten por la demora.

El 13 de septiembre de 2007 se notifica a la empresa contratista y al avalista la Orden de 12 de septiembre, de la Consejería de Fomento, por la que se inicia el procedimiento de resolución del contrato.

Segundo.- El 19 de septiembre de 2007, tiene entrada en el registro único de las Consejerías de Agricultura y Ganadería, Fomento y Medio Ambiente de la Junta de Castilla y León, escrito de alegaciones presentado por qqqqq S.A., oponiéndose a la resolución. Junto con el citado escrito se acompaña copia del Auto de 3 de julio de 2007, dictado por el Juzgado de 1ª Instancia nº 12 de xxx3, en el procedimiento relativo al concurso ordinario 535/2007.

Tercero.- El 2 de octubre de 2007 se formula propuesta de orden de la Consejería de Fomento, por la que se acuerda la resolución del contrato de obras de "Reparación de 20 VPPP-GP promoción directa en xxx2", expediente 2-SA-05/020, suscrito con la entidad mercantil qqqqq, S.A. Dicha propuesta es notificada a la adjudicataria y al avalista, sin que conste que hayan formulado alegaciones.

Cuarto.- El 7 de noviembre de 2007, la Asesoría Jurídica de la Consejería de Fomento informa favorablemente la propuesta de resolución.

Quinto.- Como consecuencia de las consideraciones formuladas por el Letrado de la Consejería de Fomento en el referido informe, se comunica a los administradores concursales la tramitación del procedimiento, quienes presentan alegaciones el 21 de noviembre de 2007.

Sexto.- Mediante escrito de 27 de noviembre de 2007, se requiere a la administración concursal para que remita copia del Auto de 2 de noviembre de 2007, y se les comunica la causa de resolución que concurre y las circunstancias relativas al procedimiento, a los efectos de que formulen las alegaciones que tengan por convenientes. No consta en el expediente que se hayan formulado alegaciones.

Séptimo.- En tal estado del procedimiento, se dispuso la remisión del expediente al Consejo Consultivo de Castilla y León, emitiendo éste el Dictamen



441/2008 en el que concluía que procedía declarar la caducidad del procedimiento de resolución del contrato, aclarando que ello se entendía "sin perjuicio de que la Administración consultante pueda, en su caso, acordar nuevamente la incoación del procedimiento de resolución, pudiendo también acordar, a estos efectos, la conservación de los actos y trámites practicados en el procedimiento en lo que resulte procedente y de conformidad con los artículos 67 y 92.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre".

Octavo.- Por Orden de la Consejería de Fomento, de fecha 17 de julio de 2008, se acuerda la caducidad del procedimiento de resolución del Contrato de Obras de "reparación de 20 VPP-GP promoción directa en xxxx2".

Noveno.- Por Orden de la Consejería de Fomento de 25 de agosto de 2008, se acuerda de nuevo el inicio del procedimiento para la resolución del contrato de obras suscrito con qqqqq, S.A. para la reparación de 20 VPP-GP, promoción directa, en xxxx2, por mora imputable al contratista.

Décimo.- Constan en el expediente, los siguientes documentos:

- Orden de la Consejería de Fomento de 27 de abril de 2006, por la que se adjudica el contrato de obra de reparación de 20 VPP-GP promoción directa en xxxx2, a la empresa qqqqq, S.A.

- Resguardo de depósito de la garantía definitiva constituida mediante aval, por importe de 56.411,15 euros, en la entidad bbbbb.

- Documento de formalización del contrato de obras suscrito entre las partes el 25 de mayo de 2006, adjudicado mediante procedimiento abierto por concurso, por importe de 1.410.278,82 euros, con plazo de ejecución de dieciocho meses y en el que se refleja que ha sido constituida una garantía definitiva de 56.411,15 euros.

- Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

- Acta de comprobación del replanteo y autorización de inicio de las obras, de fecha 4 de julio de 2006.



- Resolución de 11 de octubre de 2006, sobre aprobación de programa de trabajo y plazos parciales.

- Informe emitido por la dirección facultativa de las obras el 2 de julio de 2007.

- Informe del Servicio de Vivienda Pública de la Dirección General de Vivienda, de 13 de julio de 2007, proponiendo la resolución del contrato señalando, entre otras cuestiones, que "(...) desde el mes de mayo se viene observando una paralización total de las actividades constructivas por parte de la empresa constructora. La última certificación recibida es del mes de marzo con un importe a origen de 472.312,94 euros, quedando por certificar 937.965 euros que supone un 67% del presupuesto de adjudicación, lo que implica un incumplimiento del plazo final de la obra".

Decimoprimer.- El 15 de septiembre de 2008, se notifica a los administradores concursales, y el 12 de octubre siguiente al avalista, la Orden de 25 de agosto, de la Consejería de Fomento, por la que se inicia el procedimiento de resolución del contrato.

Decimosegundo.- El 24 de septiembre de 2008, los administradores concursales presentan escrito de alegaciones, indicando, por las razones que exponen, que no procede la resolución del contrato por incumplimiento del contratista, que fue declarado en concurso en fechas anteriores a la emisión del informe de la dirección facultativa de 2 de julio de 2007 y del informe del Servicio de Vivienda Pública de 13 de julio de 2007.

Decimotercero.- El 16 de octubre de 2008, la Dirección General de Vivienda y Arquitectura de la Consejería de Fomento formula propuesta de orden por la que se acuerda la resolución del contrato de obras de "Reparación de 20 VPPP-GP promoción directa en xxxx2", suscrito con la entidad mercantil qqqqq, S.A.

Decimocuarto.- El 23 de octubre de 2008, la Asesoría Jurídica de la Consejería de Fomento informa favorablemente la propuesta de resolución.

Decimoquinto.- El 24 de octubre de 2008 se dicta Resolución por el Director General de Vivienda y Arquitectura, por la que se acuerda la



suspensión del plazo para resolver y notificar la resolución del procedimiento, de acuerdo con lo señalado en el artículo 42.5 c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, al solicitar informe del Consejo Consultivo de Castilla y León. La citada Resolución ha sido debidamente notificada a los interesados en el procedimiento.

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.h), 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 punto 4º, regla A), apartado e), del Acuerdo de 30 de octubre de 2003, del Pleno del Consejo, por el que se determina el número, orden, composición y competencias de las Secciones.

2ª.- La competencia para acordar la resolución del contrato y determinar sus efectos corresponde al órgano de contratación, esto es, al Consejero de Fomento, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 59 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, (en adelante LCAP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio; el artículo 78 de la Ley 3/2001, de 3 de julio, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad de Castilla y León; y el artículo 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante RGLCAP).

De acuerdo con la disposición transitoria primera, apartado 2, de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, los contratos administrativos 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 régimen de prórrogas, por la normativa anterior, que es la señalada en el párrafo anterior.



Se ha seguido el procedimiento legalmente establecido para la resolución del contrato, puesto que se ha dado audiencia al contratista, conforme al artículo 96 LCAP.

3ª.- El asunto sometido a consulta versa sobre el expediente iniciado por la Administración contratante, para la resolución del contrato administrativo de obras suscrito entre la Consejería de Fomento y el contratista, qqqqq S.A., para llevar a cabo las obras de "reparación de 20 VPP-GP promoción directa en xxxx2.

4ª.- En cuanto al fondo de la cuestión planteada, estima este Consejo Consultivo que debe realizarse un análisis de las causas de incumplimiento alegadas por la Administración contratante y la empresa contratista.

Para ello ha de partirse de lo dispuesto en el artículo 95 LCAP, según el cual "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.

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

»Cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiere incurrido en demora respecto al cumplimiento del plazo total, la Administración podrá optar indistintamente por la resolución del contrato o por la imposición de las penalidades diarias en la proporción de 0,12 por 601,01 euros del precio del contrato (...)"

»La Administración tendrá la misma facultad a que se refiere el apartado anterior respecto al incumplimiento por parte del contratista de los plazos parciales, cuando se hubiese previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares o cuando la demora en el cumplimiento de aquéllos haga presumir razonablemente la imposibilidad del cumplimiento del plazo total.

»Cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiere incumplido la ejecución parcial de las prestaciones definidas en el contrato, la Administración podrá optar, indistintamente, por su resolución o por la



imposición de las penalidades que, para tales supuestos, se determinen en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

Asimismo, el artículo 96 del mismo texto legal dispone que “En el supuesto a que se refiere el artículo anterior, si la Administración optase por la resolución, ésta deberá acordarse por el órgano de contratación sin otro trámite preceptivo que la audiencia del contratista y, cuando se formule oposición por parte de éste, del dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva”.

Respecto a las causas de resolución del contrato, éstas se recogen con carácter general en el artículo 111 LCAP, y más concretamente su letra e) establece como tal “La demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista”.

En el presente caso el documento de formalización del contrato fue firmado por el Director General de Vivienda, Urbanismo y Ordenación del Territorio de la Consejería de Fomento y la entidad mercantil qqqqq S.A. en fecha 25 de mayo de 2006, haciendo constar en el mismo expresamente como plazo de ejecución de la obra el de dieciocho meses. El plazo de ejecución comienza a computarse, conforme previene el artículo 142 LCAP, desde la firma del acta de comprobación replanteo, que tuvo lugar el día 4 de julio de 2006. La Resolución sobre aprobación del programa de trabajo y plazos parciales, de 11 de octubre de 2006, fija como fecha de terminación de las obras el día 5 de enero de 2008 (plazo de finalización respecto al cual no se ha suscitado controversia alguna entre contratante y contratista).

5ª.- Tal y como consta en el expediente administrativo, la Consejería de Fomento, por Orden de 25 de agosto de 2008, inicia el procedimiento de resolución del contrato, haciendo referencia en el fundamento de derecho segundo de la citada Orden a la caducidad anteriormente declarada y a la posibilidad de incoar de nuevo el procedimiento de resolución en los términos legalmente previstos, de acuerdo con el Dictamen 441/2008 de este Consejo Consultivo.

Concedido trámite de audiencia a los administradores del concurso, éstos presentan el 24 de agosto de 2008 escrito de oposición a la propuesta de resolución, en el que alegan, simplemente, que no procede la resolución del



contrato por causa de incumplimiento, sin especificar los motivos de su afirmación; que la empresa adjudicataria ha sido declarada en concurso voluntario por Auto de 3 de julio de 2007, del Juzgado de lo Mercantil de xxxx3, con anterioridad a la emisión del informe de la dirección facultativa de 2 de julio de 2007 y del informe del Servicio de Vivienda Pública de 13 de julio de 2007, y que por aplicación del artículo 111 del RGLCAP, no procede la pérdida de la garantía al no haberse calificado el concurso como culpable o fraudulento por no haberse abierto la pieza de calificación del mismo.

Es preciso por tanto analizar, en primer lugar, la causa de resolución alegada por la Consejería de Fomento para posteriormente evaluar si las alegaciones vertidas por la administración concursal pueden enervar la causa resolutoria, con los diferentes efectos jurídicos que se derivarían de estimar sus pretensiones.

Los términos en que el expediente viene planteado permiten establecer, como premisa esencial, que los plazos de realización de las obras no han sido cumplidos. En el caso que nos ocupa del expediente tramitado se refleja que el contratista no ha cumplido los plazos parciales de ejecución del contrato. Así, en el informe de la dirección facultativa de las obras, de 2 de julio de 2007, se indica que "las primeras anomalías han sido detectadas a mediados del pasado mes de marzo de 2007 detectándose una considerable desaceleración del ritmo de trabajo (...). Se nos comunica en esta visita por parte de los operarios de guardia allí personados que el encargo y resto de personal de gestión de la empresa constructora no se persona o, al menos no lo hace de forma cotidiana o periódica desde el pasado día 10 de mayo, siendo ellos los únicos presentes en la obra desde entonces". Señala igualmente que "La última certificación aprobada es del pasado mes de marzo de 2007, aun cuando ha sido estudiada y corregida la presentada del mes de abril de 2007 sin haber sido finalmente aprobada, firmada y tampoco reclamada por la constructora (...) en la fecha de redacción del presente informe". Añade que "En la actualidad, a la fecha de redacción del presente documento, las obras se encuentran paralizadas sin existencia de personal operativo, únicamente con presencia de dos trabajadores con funciones de guarda y vigilancia en horario laboral (...)". También se manifiesta que "En la inspección realizada durante la visita no se ha apreciado existencia de acopio alguno, siéndonos comunicado por el personal en la obra que los distintos suministradores e instaladores se han personado en las instalaciones con el objeto de retirar todo aquello recuperable ante la



inseguridad de su cobro posterior". Concluye el citado informe indicando que "ante lo expuesto y considerando la situación de la empresa (...) la obra ha de ser considerada paralizada con ejecución parcial de las obras contratadas según la exposición relacionada en el apartado anterior y atendiendo a la última certificación firmada y tramitada ante el Servicio Territorial de Fomento de Salamanca (...)"

Por su parte, el informe de 13 de julio de 2007, emitido por el Jefe de Servicio de Vivienda Pública señala que "desde el mes de mayo se viene observando una paralización total de las actividades constructivas por parte de la empresa constructora", indicando que "la última certificación recibida es el mes de marzo con un importe a origen de 472.312,94 euros, quedando por certificar 937.965,88 euros que supone un 67% del presupuesto de adjudicación, lo que implica un incumplimiento del plazo final de la obra".

De todo ello se deduce la situación de incumplimiento del programa de trabajo previsto y aprobado, respecto del cual la cláusula tercera del contrato establece que "La empresa adjudicataria se compromete, a su vez, al cumplimiento de los plazos parciales que se fijan al aprobarse el programa de trabajo". A la vista de lo expuesto puede considerarse que queda acreditado el incumplimiento contractual por parte de la empresa contratista, sin que sobre este particular la empresa contratista haya formulado alegación alguna.

Una vez acreditado este incumplimiento, resta examinar si la no ejecución de dichos plazos parciales conforme al programa de trabajo motivaría la resolución del contrato. El Consejo de Estado en su Dictamen 1217/1993, de 14 de octubre, ya manifestaba que "El incumplimiento de los plazos parciales, en cuanto evidencia una quiebra de la normal y regular ejecución de la prestación, se sanciona con la posible resolución del contrato". En el mismo sentido la Sentencia de 14 de junio de 2001 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid señala que "Se trata con dicha opción el evitar que padezca el interés público al resultar de la paralización de las obras o servicios contratados, que siempre comportan unos perjuicios generales que el incumplimiento por equivalente (incautación de fianza y eventual responsabilidad por daños) puede no ser bastante para reparar (...) sin que la alegada mala situación económica pueda considerarse causa de fuerza mayor a efectos del incumplimiento del contrato, no siendo aplicable el artículo 140 del R C E , que se refiere a retrasos en el cumplimiento del contrato y en su caso concesión de prórrogas". Por su



parte, la Sentencia de 28 de marzo de 2000, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sala de lo Contencioso-administrativo de xxx3 señala que “hemos de advertir que de conformidad con los artículos 45 de la LCE, y 129 y 137 del RGC el contrato de obras obliga al contratista a cumplir tanto los plazos parciales como el plazo final de terminación de la obra, permitiendo el primero de ellos que la Administración puede declarar la resolución del contrato en caso de que exista incumplimiento de los parciales.” (Idéntico criterio mantiene la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de País Vasco de 30 de noviembre de 1995, con cita de Jurisprudencia del Tribunal Supremo).

La cláusula cuarta del contrato dispone que “Si el contratista incurriera en demora por causas imputables al mismo, la Consejería de Fomento podrá optar indistintamente por la resolución del contrato o por la imposición de las penalidades conforme al régimen previsto en los artículos 95 y 96 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”, y la cláusula 4.2.2. del pliego de cláusulas administrativas particulares establece que “El contratista estará obligado al cumplimiento del plazo total de ejecución del contrato, así como de sus plazos parciales si los hubiera. Si llegado el término de cualquiera de dichos plazos, parciales o final el contratista hubiera incurrido en mora por causas imputables al mismo, la Consejería de Fomento podrá optar indistintamente por la resolución del contrato o por la imposición de las penalidades conforme al régimen previsto en los artículos 95 y 96 de la L.C.A.P”.

Existe una reiterada doctrina jurisprudencial (entre otras, Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1999) y del Consejo de Estado, en el sentido de que no bastaría 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.

Asimismo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 2000 señala que “el plazo fijado para el cumplimiento de la prestación contractual constituye el elemento básico de la relación jurídica establecida, de forma que cuando éste aparece como un elemento relevante, es una determinación esencial que no accesoria o agregada a la esencia de la prestación, de donde se desprende que si el plazo transcurrió el contrato quedó sustancialmente



afectado por dicha situación y el incumplimiento resultó claramente imputable al contratista, resultando ajustada a derecho la resolución acordada por la Administración con la consecuencia de la incautación de la fianza constituida por el contratista como efecto propio del acuerdo resolutorio”.

Más aún, en la Sentencia de 26 de marzo de 1987 del Tribunal Supremo, se mantiene que existen razones suficientes para que las penalidades o resoluciones contractuales “sólo se adopten cuando están plenamente justificadas puesto que la prudencia aconseja, salvo en casos extremos, no romper la atmósfera de concordia y colaboración que debe reinar en las relaciones contractuales administrativas, teniendo siempre presente la proporcionalidad entre el plazo pactado para la ejecución de la obra y el de la prórroga o prórrogas interesadas por los contratistas”, pues, como añade esta misma Sentencia, “lo peor para todos es una resolución del contrato y una vuelta a empezar en la selección de un nuevo contratista”.

Por consiguiente, la mera constatación del vencimiento del plazo contractual sin que el contratista haya cumplido satisfactoriamente sus obligaciones no determinaría, por sí misma e indefectiblemente, la resolución del contrato, pues habrá que ponderar, en atención a las circunstancias del caso, si el incumplimiento es de tanta trascendencia que justifica la resolución y nueva apertura del procedimiento de selección de contratistas, o si, por el contrario, procede sólo, en su caso, la imposición de penalidades, no pudiendo caracterizarse este juicio de ponderación como el fruto de un voluntarismo inmotivado y carente de cualquier posibilidad de control. Ahora bien, a lo largo del expediente son múltiples los informes que manifiestan el retraso y estado de abandono en que se encuentran las obras, a lo que habría que añadir que durante la concesión del trámite de audiencia no se ha hecho manifestación sobre las razones del incumplimiento. Todo ello unido a la imposibilidad de ejecución del contrato dentro de plazo total establecido, dotan de entidad suficiente al incumplimiento como causa de resolución.

Asimismo, 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 debe “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”.

Debe entenderse que se ha producido un incumplimiento por la empresa contratista de los compromisos asumidos y por ello ha de considerarse que concurre la causa de resolución del contrato alegada por la Administración contratante. Y es que, si algún sentido ha de dársele al programa de trabajo aprobado, éste no puede ser otro que la vinculación contractual de las partes, sobre todo en cuanto a los plazos parciales y totales de ejecución de las obras. En el plan de trabajo aprobado existe un compromiso de cumplimiento de plazos que vincula contractualmente y no puede ignorarse, siendo el incumplimiento de esos periodos de ejecución los que por incumplirse dan lugar a la resolución del contrato. En el caso presente los sucesivos incumplimientos de los plazos parciales hacen inviable el cumplimiento del plazo total y otorgan fundamento a la resolución acordada.

6ª.- Una vez acreditado el incumplimiento contractual, es necesario proceder al examen de las alegaciones formuladas por la empresa adjudicataria. Respecto a su situación de concurso voluntario y de si operaría la misma como causa de resolución en lugar del incumplimiento culpable, con las indudables diferencias respecto de las posibles consecuencias jurídicas que acaecerían en uno y otro caso, (así, la pérdida de la garantía y la posibilidad de exigir indemnización de daños y perjuicios por parte de la Administración contratante), es conocido el criterio del Consejo de Estado, según el cual, en caso de concurrencia de varias causas de resolución de un contrato administrativo, debe aplicarse de manera preferente la que se hubiere producido antes desde un punto de vista cronológico (Dictamen 3437/1999, de 10 de febrero de 2000, entre otros). Utilizando este criterio en el presente supuesto, resultaría aplicable como causa de resolución la demora en el cumplimiento, ya que los retrasos en la ejecución del contrato aparecen ya con



anterioridad a la declaración de concurso, que tiene lugar a través de Auto de 3 de julio de 2007. Así, este Alto Órgano Consultivo en su Dictamen 50877, de 12 de noviembre de 1987 dice que “El contrato se resuelve por la declaración de suspensión de pagos del contratista. Mientras tal declaración judicial no se produce, el contrato despliega sus efectos y exigencias, a los que hay que atenerse ...”. En el Dictamen 1656/1992 de 27 de enero de 1993 indica que “No es la solicitud de suspensión de pagos, ni la providencia de tenerla por solicitada, las que configuran esta causa de resolución del contrato, sino el auto declarativo de la suspensión de pagos”. En el Dictamen 44929, de 8 de noviembre de 1984 expone que “No puede ser admitida la causa resolutoria de la suspensión de pagos para encubrir o disculpar un incumplimiento del plazo, producido con anterioridad, puesto que si existe culpa del contratista, esta causa es de aplicación necesaria en buena defensa de los intereses generales implícitos en todo contrato administrativo.”

En la misma línea se pronuncia la Ley Concursal, de 9 de julio de 2003, que en su artículo 61 dispone que “La declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte”, remitiéndose a la legislación de Contratos de las Administraciones Públicas, que en su artículo 67 establece que “Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos de carácter administrativo celebrados por el deudor con Administraciones públicas se regirán por lo establecido en su legislación especial.” Y es precisamente la LCAP, en su artículo 112, la que establece los efectos de la declaración de concurso del contratista. En concreto, el apartado 7 del citado precepto dispone que en caso de declaración de concurso, y mientras no se haya producido la apertura de la fase de liquidación, la Administración puede continuar potestativamente con la ejecución del contrato si el contratista presentare garantías suficientes a juicio de aquélla para su ejecución.

Por lo tanto, la causa de resolución que se invoca por la Administración descansa, por ser la primera en aparecer en el tiempo, en el incumplimiento contractual y no en la situación de concurso de la empresa.

A la vista de lo expuesto puede concluirse que las alegaciones presentadas por la empresa adjudicataria no desvirtúan la causa de resolución del contrato por incumplimiento. La empresa qqqqq S.A., con la adjudicación del contrato adquirió la obligación de ejecutarlo en plazo y conforme a las



cláusulas convenidas, como se deriva de los artículos 95.1 y 143 de la LCAP. Por lo tanto, el artículo 95.1 de la LCAP establece la obligación del contratista de “cumplir el contrato dentro del plazo total fijado para la realización del mismo, así como de los plazos parciales señalados para su ejecución sucesiva”. Por otra parte, el apartado 5 del mismo precepto atribuye a la Administración - para el supuesto de incumplimiento por parte del contratista de los plazos parciales- las mismas facultades que ostenta en casos de incumplimiento culpable del plazo total, cuando se hubiese previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares o cuando la demora en el cumplimiento de aquéllos haga presumir razonablemente la imposibilidad del cumplimiento del plazo total”.

7ª.- Por lo que se refiere a la liquidación, las cantidades deberán determinarse en expediente instruido al efecto. Así, el Consejo de Estado ha manifestado en su Dictamen 822/1993 que “Resulta, en todo caso, inusual cuantificar el importe de dichos daños en el expediente mismo de resolución del contrato, como se hace en el sometido a consulta. De ordinario, la determinación del importe de la indemnización a abonar por tal concepto se defiere a un momento posterior y mediante un expediente *ad hoc*. El motivo de ello es fijar con la mayor exactitud el importe de los referidos daños, incluyendo todos los producidos hasta el instante mismo de la resolución del contrato. Por ello, el Consejo de Estado, en análogas ocasiones, ha señalado la conveniencia de determinar el importe de la citada indemnización de daños y perjuicios mediante expediente *ad hoc*”. En consecuencia, tal y como señala la propuesta, el importe de la indemnización de daños y perjuicios a abonar por el contratista a la Administración Pública se fijará en expediente contradictorio tramitado al efecto.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que la situación actual de qqqqq es la del concurso voluntario, al cual se ha dado publicidad en legal forma a través de la publicación en boletines oficiales, medios de comunicación e inscripción en registros públicos, lo cual obliga a acudir a la Ley 22/2003, de 9 de julio, por la que se aprueba la Ley Concursal que será, por la *vis atractiva* que despliega la situación de concurso, la que rija la situación de créditos y deudas a favor y en contra de éste. (El artículo 9 de la citada Ley establece que “La jurisdicción del Juez se extiende a todas las cuestiones prejudiciales administrativas o sociales directamente relacionadas con el concurso o cuya resolución sea necesaria para el buen desarrollo del procedimiento concursal.”).



En cuanto a la compensación, el artículo 49 de la Ley Concursal establece que “Declarado el concurso, todos los acreedores del deudor, ordinarios o no, cualesquiera que sean su nacionalidad y domicilio, quedarán de derecho integrados en la masa pasiva del concurso, sin más excepciones que las establecidas en las leyes”, y el artículo 58 dispone que “Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 205, declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración. En caso de controversia en cuanto a este extremo, ésta se resolverá a través de los cauces del incidente concursal”. El tenor literal de estos artículos viene siendo aplicado de manera restrictiva por los tribunales, en el sentido de inadmitirse como regla general la compensación de créditos, incluso en materia tributaria, cuando no se hubiera dictado con anterioridad el acto de compensación.

Así, entre otras la Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 19 de octubre de 2005 señala que “En suma, aunque la compensación afecte a un crédito frente a la Administración que hubiera adquirido el carácter de compensable con anterioridad a la declaración de la quiebra, al no haberse dictado el acto administrativo de compensación, se trataba de un bien “ya ocupado”, que la Administración tributaria debería haber puesto a disposición del Juzgado, sin ya ser competente en momento posterior a la declaración de la quiebra para declarar compensados unos créditos del quebrado frente a la Administración con unas deudas tributaria”, o la de 24 de abril de 2006 del mismo Tribunal que se pronuncia en el mismo sentido.

Por todo ello se sugiere que por la Administración Autonómica se valore la oportunidad de personarse en el concurso a través de los distintos cauces que se prevén en la Ley de referencia, con el objeto de que bien sea admitida la compensación que proceda (obsérvese a este respecto el artículo 86 de la Ley), bien, para que el crédito sea calificado (contra la masa, de la masa pasiva o concursal, singularmente privilegiado, subordinado...) y lograr así la satisfacción del mismo.

Todo lo cual no impide para que, de conformidad con las exigencias legales que determinan la necesidad de que este Consejo Consultivo dictamine sobre la procedencia de resolución del contrato, se estime que concurre la



causa de resolución del contrato alegada por la Administración contratante, con pérdida de la garantía definitiva por imperativo del artículo 113.4 LCAP, y ello sin perjuicio de la liquidación de los daños y perjuicios ocasionados, que deberá tramitarse en expediente *ad hoc* instruido al efecto con las advertencias señaladas en este Dictamen.

III CONCLUSIONES

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

Procede resolver el contrato administrativo de obras suscrito por la Consejería de Fomento de la Junta de Castilla y León con la empresa qqqqq, S.A. para llevar a cabo las obras de "Reparación de 20 VPP-GP promoción directa en xxxx2", con pérdida de la garantía definitiva y la exigencia de indemnización de daños y perjuicios.

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