



Sr. Amilivia González, Presidente

Sr. Rey Martínez, Consejero y  
Ponente

Sr. Velasco Rodríguez, Consejero

Sr. Nalda García, Consejero

Sr. Sobrini Lacruz, Secretario

La Sección Primera del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 19 de septiembre de 2012, ha examinado el *procedimiento de resolución de contrato de obra pública suscrito entre el Ayuntamiento de xxxx1 y qqqq1, 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 29 de agosto de 2012 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *procedimiento de resolución del contrato de concesión de obra pública suscrito entre el Ayuntamiento de xxxx1 y qqqq1 S.A., para la ampliación, reforma y explotación del Parque Deportivo de xxxx2 (Complejo Deportivo Municipal de xxxx2)*.

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 3 de septiembre de 2012, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 549/2012, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal como dispone el artículo 53 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de Castilla y León, aprobado por el Decreto 3/2012, de 17 de mayo. Turnado por el Sr. Presidente del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Rey Martínez.

**Primero.-** El 8 de octubre de 2009 el Pleno del Ayuntamiento de xxxx1 acuerda convocar concurso público para la adjudicación del contrato de concesión de obra pública para la ampliación, reforma y explotación del Parque Deportivo de xxxx2.



Por Acuerdo Plenario de 4 de marzo de 2010 se elevó a definitiva la adjudicación del contrato a la empresa qqqq1, S.A. y se procedió a su formalización el 26 de marzo, con una duración de 40 años.

En la citada adjudicación se exigía la presentación del proyecto de ejecución con las condiciones técnicas, urbanísticas y de diseño reflejadas en el anteproyecto y pliegos aprobados por el Ayuntamiento, así como las mejoras ofrecidas en su oferta; documentación que obra en el expediente.

**Segundo.-** La oferta presentada por qqqq1, S.A. se admitía con las siguientes características, con independencia de las mejoras en instalaciones y urbanización que forman parte del contrato:

a) Subvención fija solicitada del Ayuntamiento: subvención fija, 1.939.572 euros para el año 1 de explotación; Subvención variable, 324.630 euros para el año 1 de explotación; subvención total, 2.164.202 para el año 1 de explotación.

b) Subvención fija solicitada en relación con la propuesta de tarifas: No hay incremento de tarifas.

c) Proyecto básico de la obra que contemple los siguientes parámetros conforme al pliego de prescripciones técnicas con las mejoras en las instalaciones: Mejoras de urbanización, mejora en el plazo de inicio de las obras, compromiso de iniciar de manera inmediata las labores de redacción del proyecto de ejecución una vez se haya realizado la adjudicación del contrato, reduciendo de esta manera al máximo los períodos administrativos, compromiso de desarrollar el proyecto de ejecución de las obras en un plazo no superior a 1,5 meses reduciendo en 0,5 meses el plazo fijado en el pliego de cláusulas administrativas que rige la presente contratación y compromiso de iniciar los trabajos de construcción de las obras en un período no superior a 10 días desde la recepción de la notificación de la aprobación del proyecto de ejecución.

- Mayor garantía de las obras: Se amplía el plazo de garantía de la obra en 4 años, resultando un total de 5 años.



- Mayor garantía económica: se presentará la garantía económica que se solicita en el pliego de cláusulas administrativas, el 5% del importe total de la inversión (913.977,74 euros).

d) Plazo concesional: 40 años a contra desde la formalización del contrato y con las mejoras ofertadas a desarrollar en el proyecto de ejecución en un plazo no superior a 1,5 meses, iniciar los trabajos de construcción de las obras en un período no superior a 10 días desde la recepción de la notificación de aprobación del proyecto de ejecución, ampliar el plazo de garantía de la obra a un total de 5 años, todo ello con sujeción a los pliegos de cláusulas administrativas y técnicas que forman parte del contrato.

**Tercero.-** El 15 de septiembre de 2010 la empresa qqqq1, S.A. presentó el proyecto de ejecución del Complejo Deportivo por importe de 15.532.755 euros; y la cifra de 987.076 euros, que es superior al importe previsto en el anteproyecto y en el contrato, es asumido por la empresa como incremento correspondiente a una mejora a su cargo, referente a mejoras en el equipamiento de la instalación que describe en equipamiento deportivo, mobiliario, equipamiento de vestuarios, equipamiento, mantenimiento, jardinería, limpieza, equipamiento informático y audiovisual y desviación de la línea eléctrica.

La empresa solicita autorización para suscribir con la entidad bancaria qqqq2 dos créditos con garantía hipotecaria sobre la concesión: uno por importe de 6.579.214 euros y un plazo de 204 mensualidades y otro por importe de 6.402.804 euros y un plazo de 60 mensualidades.

Mediante Resoluciones de 29 de noviembre de 2010, del noveno Teniente de Alcalde y de la Alcaldía, respectivamente, se otorgan a la concesionaria las licencias ambiental y de construcción.

**Cuarto.-** Por Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento, en sesión celebrada el 2 de diciembre de 2010, se aprobó de mutuo acuerdo la modificación del contrato de concesión de obra pública para la ampliación, reforma y explotación del Parque deportivo de xxxx2 (Complejo Deportivo Municipal de xxxx2), sin afectar al equilibrio económico del contrato y en los términos contenidos en el citado Acuerdo.



**Quinto.-** Consta en el expediente el acta de comprobación del replanteo e inicio parcial de las obras correspondientes a la pista de atletismo cubierta, de 13 de diciembre de 2010, por lo que se considera dicho plazo como inicio de la ejecución de las obras.

**Sexto.-** El 1 de junio de 2011 el Coordinador General de Urbanismo y Vivienda del Ayuntamiento de xxxx1 emite informe sobre los incumplimientos contractuales del contrato de concesión de obra pública suscrito entre el Ayuntamiento de xxxx1 y qqqq1 S.A. para la ampliación, reforma y explotación del Parque Deportivo de xxxx2. Señala que no ha contratado a la empresa urbanizadora ofertada, qqqq3 (criterio de solvencia técnica), sino a la empresa qqqq4, que no cumple los criterios de solvencia, a lo que se añadiría el incumplimiento de plazos en las diferentes fases de las obras, lo que incide en el plazo total de finalización de la obra, previsto para el 13 de abril de 2012.

El 27 de junio de 2011 tiene entrada en el registro del Ayuntamiento de xxxx1 documentación de la empresa qqqq1 S.A., consistente en la copia del contrato de obra formalizado con la empresa constructora qqqq3, certificación de obra ejecutada y presentación del plan de obra que justifica el cumplimiento de los planes parciales y totales.

Tras el análisis de la documentación, el Coordinador General de Urbanismo y Vivienda emite informe en el que concluye que existen incumplimientos por parte de la empresa qqqq1 S.A. en cuanto a los plazos de ejecución de las obras.

**Séptimo.-** El Pleno del Ayuntamiento, en sesión celebrada el 27 de febrero de 2012, autoriza la sucesión y subrogación contractual de la rama de actividad de la empresa qqqq1. S.A. de la concesión administrativa para la ampliación, reforma y explotación del Parque Deportivo de xxxx2 a favor de la empresa de nueva creación, qqqq5, S.L.U. (participada exclusivamente por la sociedad de procedencia qqqq1, S.A.), a la que se requiere para que constituya fianza definitiva a favor del Ayuntamiento de xxxx1 por importe de 913.977,74 euros.

Junto con las escrituras de segregación de rama de actividad y constitución de nueva sociedad se adjunta declaración expresa de responsabilidad solidaria en escritura pública de 23 de noviembre de 2011 en la que



consta: "qqqq1, S.A., (...) se compromete y obliga a responder solidariamente junto a qqqq5, S.L., Sociedad Unipersonal, de todas las obligaciones derivadas o que se pudieran derivar de la ejecución del contrato de la concesión administrativa descrita en el expositivo I anterior de fecha 26 de marzo de 2010".

**Octavo.-** El 18 de abril la empresa qqqq5, S.L.U. solicita la ampliación de plazo para presentar el aval, dada la dificultad con la que se encuentra para obtener avales financieros.

Por Resolución del quinto Teniente de Alcalde de 9 de mayo se desestima la solicitud formulada por la empresa y se le concede un plazo de quince días hábiles para que constituya el aval.

Contra esta Resolución se interpone recurso de reposición que se desestima por Resolución del quinto Teniente de Alcalde de 12 de julio de 2012, puesto que ya se había iniciado el procedimiento de resolución del contrato.

**Noveno.-** El 8 de mayo el Coordinador General de Urbanismo y Vivienda del Ayuntamiento de xxxx1 emite informe sobre el incumplimiento generalizado de los plazos parciales y totales de ejecución de las obras del contrato de concesión de obra pública suscrito entre el Ayuntamiento de xxxx1 y qqqq1, S.A. para la ampliación, reforma y explotación del Parque Deportivo de xxxx2, lo que incide en el plazo total de finalización de la obra, 13 de abril de 2012. Indica que tras la visita a las obras el 4 de mayo con el arquitecto técnico del Servicio de Inspecciones y Obras, el arquitecto director de las obras y los jefes de obra de la empresa urbanizadora, constructora qqqq3, observa las unidades ejecutadas por cuadrículas, que suponen un 26,62% del total de la obra.

En informe de 28 de mayo el Coordinador General de Urbanismo y Vivienda del Ayuntamiento de xxxx1 hace constar la inactividad de ejecución de las obras y la paralización de éstas, como se pone de manifiesto en los libros de órdenes de obra expedidos el 29 de mayo de 2012 y suscritos por la dirección facultativa y el jefe de obra de la constructora qqqq3, quien el 5 de junio informa del reiterado y rebelde cumplimiento contractual frente a su empresa al no haberle sido satisfecho el importe de gran parte de las obras ejecutadas, por lo que se ha visto en la obligación de paralizarlas.



**Décimo.-** El asesor jurídico del Ayuntamiento y el interventor emiten sendos informes en los que señalan que queda perfectamente acreditado que la concesionaria ha incumplido de forma grave los plazos parciales y el plazo total de ejecución de las obras, por lo que proponen la resolución del contrato, de acuerdo con lo establecido en el artículo 232 1.d) de la Ley 30/2007, de 30 octubre, de Contratos del Sector Público.

**Decimoprimero.-** El Pleno del Ayuntamiento, en sesión ordinaria celebrada el 8 de junio de 2012, acuerda el inicio del procedimiento para la resolución del contrato de concesión de obra pública suscrito entre el Ayuntamiento de xxxx1 y qqqq1 S.A. para la ampliación, reforma y explotación del Parque deportivo de xxxx2 (Complejo Deportivo Municipal de xxxx2), por incumplimiento contractual imputable al concesionario.

**Decimosegundo.-** Concedido trámite de audiencia, las empresas qqqq1, S.A y qqqq5, S.L.U. y la avalista, qqqq6, S.G.R. se oponen a la resolución del contrato.

El 22 de junio la empresa qqqq1 S.A. presenta alegaciones en las que señala que durante todo el tiempo en que ha sido titular del contrato administrativo ha cumplido con todas y cada una de las obligaciones de él derivadas. Asimismo indica que la constitución de las hipotecas sobre la concesión administrativa no pudo realizarse, ya que los terrenos necesarios para el desarrollo del Complejo deportivo no estaban inscritos a nombre del Ayuntamiento de xxxx1, por lo que debido a la indisponibilidad de éstos no se obtuvo la financiación necesaria para realizar la obra hasta el 10 de mayo de 2011.

Concluye sus alegaciones solicitando que no se inicie el procedimiento de resolución del contrato e indicando que el actual beneficiario de la cesión es qqqq5, S.L.U.

El 25 de junio la empresa qqqq5, S.L.U. presenta alegaciones en las que señala que la fecha de inicio de las obras tenía que haber sido el 13 de diciembre de 2010, pero que en esa fecha no se pudieron iniciar puesto que hasta abril-mayo de 2011 no se obtuvo la financiación, fecha en la que se inscribieron los terrenos a nombre del Ayuntamiento.



Alega también que desde el 27 de enero de 2012, fecha en que es concesionaria, ha tratado de cumplir con todos y cada uno de los requisitos y obligaciones derivados de su posición como adjudicataria. Solicita que se valore la posibilidad de llegar a extinguir la concesión de mutuo acuerdo, en aras del interés común de las partes.

El avalista qqqq6, S.G.R. se opone a la resolución del contrato alegando la nulidad de la sucesión y subrogación contractual, puesto que la nueva concesionaria, qqqq5 S.L.U., carecía de solvencia, y su avalada qqqq1 S.A. no es responsable de los incumplimientos alegados por la Administración para resolver el contrato.

**Decimotercero.-** El 12 de julio de 2012 se formula propuesta de resolución en la que se desestiman las alegaciones de las empresas y del avalista por las que se formula oposición al procedimiento de resolución del contrato de concesión de obra pública suscrito entre el Ayuntamiento de xxxx1 y qqqq1 S.A. para la ampliación, reforma y explotación del Parque Deportivo de xxxx2 (Complejo Deportivo Municipal de xxxx2), debido a reiterados incumplimientos del contratista tanto en el plazo total como en los parciales de ejecución de las obras.

Igualmente se determina que la resolución del contrato conlleva la incautación de la fianza al tratarse de causas imputables al concesionario, así como la indemnización de daños y perjuicios en lo que excedan del importe de la garantía incautada.

**Decimocuarto.-** El 27 de julio de 2012, el Pleno del Ayuntamiento acuerda la suspensión del plazo máximo legal para resolver y notificar la resolución, al amparo del artículo 42.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, lo que se notifica a los interesados.

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 Sección Primera emitir el dictamen según lo establecido en el apartado tercero, 1 d), del Acuerdo de 31 de mayo de 2012, del Pleno del Consejo, por el que se determina la composición y competencias de las Secciones.

**2ª.-** En relación con la legislación aplicable hay que tener en cuenta la disposición transitoria primera del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, que dispone: "1. Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato. En el caso de procedimientos negociados, para determinar el momento de iniciación se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos.

»2. Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior".

Por lo tanto, en el presente caso, al haberse adjudicado el contrato con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, la normativa aplicable, tal y como se recoge en el pliego de cláusulas administrativas particulares que rige el contrato, viene determinada fundamentalmente, además de por dicho pliego, por la Ley 30/2007, de 30 octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente dicha Ley, 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).

La competencia para acordar la resolución del contrato y determinar sus efectos corresponde al órgano de contratación, conforme dispone el artículo





194 de la LCSP. En el presente caso, al Pleno del Ayuntamiento, de acuerdo con el apartado 1 de la disposición adicional segunda de la LCSP.

En cuanto al procedimiento administrativo seguido, el artículo 197 de la LCSP, relativo a la "Resolución por demora y prórroga de los contratos", dispone en su apartado 1 que "En el supuesto a que se refiere el artículo anterior (relativo a la demora en la ejecución de los contratos), si la Administración optase por la resolución ésta deberá acordarse por el órgano de contratación o por aquél que tenga atribuida esta competencia en las Comunidades Autónomas, sin otro trámite preceptivo que la audiencia del contratista y, cuando se formule oposición por parte de éste, el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva"; y el artículo 109 del RGLCAP prevé, en lo relativo al iter procedimental para resolver un contrato, la necesidad de cumplir los siguientes requisitos:

- 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.-** El asunto sometido a consulta versa sobre el procedimiento relativo a la resolución del contrato de concesión de obra pública suscrito entre el Ayuntamiento de xxxx1 y qqqq1, S.A. para la ampliación, reforma y explotación del Parque Deportivo de xxxx2 (Complejo Deportivo Municipal de xxxx2).

La propuesta de resolución del contrato se fundamenta en un incumplimiento contractual imputable al contratista conforme al artículo 245 de la LCSP, referente a los contratos de concesión de obras públicas, cuya letra j)



se refiere a: "El abandono, la renuncia unilateral, así como el incumplimiento por el concesionario de sus obligaciones contractuales esenciales".

En relación con este precepto debe traerse a colación el artículo 196.2 de la LCSP, que dispone: "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" y el artículo 196.4, que faculta a la Administración para optar entre la resolución del contrato o la imposición de penalidades "Cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiere incurrido en demora respecto al incumplimiento del plazo total".

Según reiterada jurisprudencia "el contrato de obras es típicamente un contrato de resultado. De ahí que tanto la Ley como el Reglamento, al desarrollar la ejecución de este contrato, hagan hincapié en los preceptos mencionados para resaltar la obligación del contratista de cumplir tanto los plazos parciales fijados para la ejecución sucesiva, como el general o final para su total realización. *Item* más, para la constitución en mora del contratista no se requiere interpelación o intimación previa por parte de la Administración; hasta tal punto que una racional presunción de incumplimiento del plazo final, deducido de la conducta del contratista en el desarrollo de la obra permite a la Administración optar por la resolución del contrato" (entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1986, 20 de marzo de 1989 y 12 de marzo de 1992).

La cláusula 8.1 del pliego de cláusulas administrativas particulares establece que tendrá carácter contractual la oferta del licitador adjudicatario. En el citado documento presentado por qqqq1 S.A. se incluye una previsión precisa de los plazos de ejecución parciales y total.

La cláusula 22 dispone que "el concesionario está obligado a realizar las obras dentro del plazo final y en los plazos parciales fijados en su oferta y en su caso en el programa de trabajo aprobado. En caso de inobservancia de los plazos parciales, de manera que haga presumir razonablemente la imposibilidad de cumplimiento del plazo final o éste hubiera quedado incumplido, el Ayuntamiento podrá optar indistintamente por la resolución del contrato o por la imposición de las penalidades correspondientes de acuerdo con el artículo 196 y siguientes de la LCSP".



La cláusula 37.1 b) califica como incumplimiento grave las demoras y el incumplimiento del plazo para la terminación de las obras, lo que puede dar lugar a la resolución del contrato.

El día inicial de comienzo de ejecución de las obras es el 13 de diciembre de 2010, fecha del acta de comprobación de replanteo, a partir de la cual debe computarse el plazo para la finalización de la obra, que estaba fijado en 18 meses; si bien, tras la mejora ofertada por el contratista, se redujo a 16 meses. Así la obra debía estar terminada el 13 de abril de 2012 y los parciales en 8 y 10 meses, por lo que dichos plazos habrían vencido el 13 de agosto y el 13 de octubre de 2011 respectivamente.

El informe de los técnicos municipales indica que en la fecha de vencimiento del plazo total, que se corresponde con la realización de obras más complejas (pista de atletismo cubierta y velódromo), no se ha concluido ninguna de las obras o unidades que integran el complejo deportivo, ya que a fecha 4 de mayo de 2012 se ha ejecutado sólo un 26,26 % del total.

La obra se fue ejecutando con mucho retraso, puesto que se inició tardíamente en relación con la fecha señalada en el pliego y el contrato, ya que se comenzó en abril y mayo de 2011, con lo que se superó con creces el plazo máximo de ejecución; lo que supone un incumplimiento masivo y generalizado de todos los plazos con abandono total de la obra, tal y como se pone de manifiesto en las fotografías incorporadas en el expediente.

Del mismo modo, tras la visita realizada a las obras los días 24 y 28 de mayo, se pone de manifiesto que se encuentran paralizadas.

No consta en el expediente que el contratista haya formulado solicitud de ampliación del plazo de ejecución. Esta posibilidad de prórroga se regula en el artículo 197.2 de la LCSP, que dispone: "Si el retraso fuese producido por motivos no imputables al contratista y éste ofreciera cumplir sus compromisos dándole prórroga del tiempo que se le había señalado, se concederá por la Administración un plazo que será, por lo menos, igual al tiempo perdido, a no ser que el contratista pidiese otro menor".

Debe recordarse que con la adjudicación del contrato el contratista adquiere la obligación de ejecutar las obras "con estricta sujeción a las



estipulaciones contenidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares y al proyecto que sirve de base al contrato y conforme a las instrucciones que en interpretación técnica de éste dieren al contratista el Director facultativo de las obras, y en su caso, el responsable del contrato, en los ámbitos de su respectiva competencia" (artículo 213 de la LCSP). Además, el artículo 199 de la LCSP dispone que "La ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, sin perjuicio de lo establecido para el de obras en el artículo 214 (...)", precepto este último que otorga al contratista el derecho a una indemnización en los casos de fuerza mayor, siempre que no exista actuación imprudente por su parte.

De todo lo anterior se desprende que, transcurrido el término previsto en el contrato para su realización sin haberse ejecutado, el contrato estaría incurso en causa de resolución puesto que, 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 resolutoria, 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 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.

Asimismo, tal y como mantiene el Tribunal Supremo en Sentencia de 14 de diciembre de 2001, 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, culpable o negligente imputable al contratista, como ha venido exigiendo la jurisprudencia de esta Sala a tales efectos".

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 ser calificado de culpable, ya que se ha producido un cumplimiento



irregular del contrato puesto que como se ha indicado la obra empezó a ejecutarse con mucho retraso, sin que pueda apreciarse la existencia de algún impedimento derivado de las propias obras que motivase su retraso. Por ello, puede concluirse que no se trata de un "simple retraso" del contratista, sino de un incumplimiento a él imputable por su pasividad culposa o negligente.

En definitiva, puede apreciarse que el incumplimiento de la empresa contratista es de tal entidad que motiva la resolución del contrato, al amparo del artículo 245.j) de la LCSP, puesto que se ha producido un retraso considerable en el inicio de la ejecución de la obra por causas no imputables a la Administración lo que conlleva el incumplimiento de los plazos parciales y del plazo total de ejecución de las obras, que deberían haber finalizado el 13 de abril de 2012.

En relación con las alegaciones presentadas en el procedimiento de resolución contractual procede realizar las siguientes consideraciones:

- Respecto de la falta de disponibilidad de los terrenos por parte del Ayuntamiento (lo que llevó a obtener una financiación tardía al solicitar dos créditos con garantía hipotecaria, los cuales fueron concedidos en abril-mayo de 2011, por lo que hasta esa fecha no existía financiación y no se pudieron iniciar las obras), consta en el expediente una nota simple informativa del Registro de la Propiedad de xxxx1 en la que se señala que los terrenos en los que se ubican las obras son de titularidad municipal desde el 28 de abril de 1931, por lo que estuvieron disponibles desde la formalización del contrato.

Asimismo el concesionario contaba con una subvención para la ejecución de las obras y en ningún caso la obtención de un crédito figura como condicionante para el inicio de las obras.

- Respecto a la subrogación de los contratos, el artículo 209 de la LCSP establece: "1. Los derechos y obligaciones dimanantes del contrato podrán ser cedidos por el adjudicatario a un tercero siempre que las cualidades técnicas o personales del cedente no hayan sido razón determinante de la adjudicación del contrato.

»2. Para que los adjudicatarios puedan ceder sus derechos y obligaciones a terceros deberán cumplirse los siguientes requisitos:



»a) Que el órgano de contratación autorice, de forma previa y expresa, la cesión.

»b) Que el cedente tenga ejecutado al menos un 20 por ciento del importe del contrato o, cuando se trate de la gestión de servicio público, que haya efectuado su explotación durante al menos una quinta parte del plazo de duración del contrato.

»c) Que el cesionario tenga capacidad para contratar con la Administración y la solvencia que resulte exigible, debiendo estar debidamente clasificado si tal requisito ha sido exigido al cedente, y no estar incurso en una causa de prohibición de contratar.

»d) Que la cesión se formalice, entre el adjudicatario y el cesionario, en escritura pública.

»3. El cesionario quedará subrogado en todos los derechos y obligaciones que corresponderían al cedente”.

En el presente caso, el Pleno del Ayuntamiento, en sesión celebrada el 27 de febrero de 2012, autoriza la sucesión y subrogación contractual de la rama de actividad de la empresa qqqq1, S.A. de la concesión administrativa para la ampliación, reforma y explotación del Parque Deportivo de xxxx2 a favor de la empresa de nueva creación, qqqq5, S.L.U.

En relación con la subrogación de la concesionaria hay que señalar que la sociedad de nueva creación qqqq5, S.L.U. está participada exclusivamente por la sociedad de procedencia qqqq1, S.A, que garantiza la solvencia de la que carece qqqq5, S.L.U. mediante la responsabilidad solidaria, tal y como consta en escritura pública de 23 de noviembre de 2011: “qqqq1, S.A. (...) se compromete y obliga a responder solidariamente junto a qqqq5, S.L., Sociedad Unipersonal, de todas las obligaciones derivadas o que se pudieran derivar de la ejecución del contrato de la concesión administrativa descrita en el expositivo I anterior de fecha 26 de marzo de 2010”.

No se constituyó una nueva fianza. El artículo 90.4 de la LCSP dispone: “En los casos de cesión de contratos no se procederá a la devolución o



cancelación de la garantía prestada por el cedente hasta que se halle formalmente constituida la del cesionario”.

Por tanto, al existir un acuerdo entre las partes de responsabilidad solidaria, la empresa qqqq1, S.A. no puede eludir la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones contractuales durante toda la vida del contrato, que se ha cedido en su totalidad, puesto que el acuerdo entre ambas empresas tiene fuerza de ley entre las partes contratantes, lo que supone un modo de garantizar el interés público.

Al respecto procede traer a colación la Sentencia de 14 de octubre de 2005 del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 4ª, en la que se expone: “Pues bien, a la vista de los argumentos de las partes y teniendo en cuenta que en efecto deben considerarse de forma conjunta los dos motivos de casación, entiende esta Sala que la cuestión central a resolver en derecho consiste en si el cedente y el cesionario de un contrato de obras públicas pueden suscribir válidamente pactos que se refieran al cumplimiento de las obligaciones contractuales, y si estos pactos son válidos y obligan a la Administración cuando ésta ha autorizado la cesión del contrato. Desde luego debemos entender que, a tenor del párrafo segundo del artículo 182 del Reglamento, el cesionario queda subrogado en todos los derechos y obligaciones que correspondían al cedente, debiendo entenderse que esta subrogación se refiere a la totalidad del tracto de la relación contractual, y no se produce sólo a partir del momento en que se suscribe el contrato de cesión. Pero no se trata sólo de este extremo, sino principalmente de la cuestión de si el cedente y el cesionario pueden estipular válidamente lo contrario, y la Administración puede asimismo de forma válida autorizar que el cumplimiento de las obligaciones por el cesionario se asuma sólo a partir de un momento determinado.

»Pues bien para pronunciarnos al respecto debemos partir de que la finalidad del acto administrativo que autoriza la cesión es garantizar el interés público en el cumplimiento del contrato y de las obligaciones derivadas del mismo. Por tanto si existe otra entidad contratista que se considera apta para asumir las obligaciones contractuales y se entiende que el interés público está garantizado, nada se opone a que la Administración esté actuando conforme a derecho al autorizar la cesión, y ello incluso en el caso de que sus efectos se contraigan a las obligaciones y derechos posteriores a la cesión misma. Pues la



cuestión decisiva es que resulte garantizado el interés público en la ejecución de la obra, y así sucede cuando los posibles incumplimientos anteriores a la cesión puedan dar lugar a un resarcimiento de la Administración. Por otra parte y por lo que se refiere al caso de autos, ya que se hizo sin ninguna reserva, la autorización afectaba a la totalidad del negocio jurídico de cesión, y por tanto a la cláusula del contrato en que se materializó ésta en la que se establecían los derechos y obligaciones del cedente y el cesionario.

»Por consiguiente, puesto que sin duda la autorización administrativa, desde luego no impugnada y válidamente otorgada, condiciona la validez y la eficacia del contrato de cesión, de ahí se deduce que no puede oponerse inconveniente ni vicio jurídico ninguno que enerve ni la obligación de cumplir las cláusulas contractuales ni los efectos jurídicos que se deriven de ellas. Por esta Sala se entiende además que la cláusula quinta del contrato celebrado en su día entre el cedente y el cesionario, contrato que en el supuesto estudiado se realizó de acuerdo con lo previsto en el artículo 182 del Reglamento de Contratos del Estado, se refiere desde luego a los derechos y obligaciones del contrato principal suscrito con la Administración, es decir, el contrato administrativo de obras públicas, sin que pueda acogerse la alegación de que los posibles incumplimientos se referían solamente a las relaciones con los proveedores y subcontratistas.

»De todo ello se deduce que, como consecuencia de la cesión del contrato y habida cuenta de la cláusula quinta del mismo, no se habían extinguido las obligaciones relativas a la obra pública de las que era titular el cedente, y por tanto tampoco se habían extinguido las obligaciones en derecho respecto a estos incumplimientos del fiador, en este caso el avalista”.

**4ª.-** El artículo 247.1 de la LCSP, referente a los efectos de la resolución del contrato de concesión de obras públicas, dispone: “1. En los supuestos de resolución, la Administración abonará al concesionario el importe de las inversiones realizadas por razón de la expropiación de terrenos, ejecución de obras de construcción y adquisición de bienes que sean necesarios para la explotación de la obra objeto de la concesión. Al efecto, se tendrá en cuenta su grado de amortización en función del tiempo que restara para el término de la concesión y lo establecido en el plan económico-financiero. La cantidad resultante se fijará dentro del plazo de seis meses, salvo que se estableciera otro en el pliego de cláusulas administrativas particulares.





»2. En el supuesto del párrafo f) del artículo 245, el concesionario podrá optar por la resolución del contrato, con los efectos establecidos en el apartado siguiente, o por exigir el abono del interés legal de las cantidades debidas o los valores económicos convenidos, a partir del vencimiento del plazo previsto para el cumplimiento de la contraprestación o entrega de los bienes pactados.

»3. En los supuestos de los párrafos g), h), e i) del artículo 245, y sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo, la Administración concedente indemnizará al concesionario por los daños y perjuicios que se le irroguen. Para determinar la cuantía de la indemnización se tendrán en cuenta los beneficios futuros que el concesionario dejará de percibir, atendiendo a los resultados de explotación en el último quinquenio cuando resulte posible, y a la pérdida del valor de las obras e instalaciones que no hayan de ser entregadas a aquélla, considerando su grado de amortización.

»4. Cuando el contrato se resuelva por causa imputable al concesionario, le será incautada la fianza y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que exceda del importe de la garantía incautada.

»5. El órgano de contratación podrá acordar también la resolución de los contratos otorgados por el concesionario para el aprovechamiento de las zonas complementarias. El órgano de contratación podrá acordar también, como consecuencia de la resolución de la concesión, la resolución de los contratos otorgados de explotación comercial, abonando la indemnización que en su caso correspondiera. Esta indemnización será abonada con cargo al concesionario cuando la resolución se produjera como consecuencia de causa imputable a éste. Cuando no se acuerde la resolución de los citados contratos, los titulares de los derechos de aprovechamiento seguirán ejerciéndolos, quedando obligados frente al órgano de contratación en los mismos términos en que lo estuvieran frente al concesionario, salvo que se llegara, de mutuo acuerdo, a la revisión del correspondiente contrato.

»6. Cuando el contrato se resuelva por mutuo acuerdo, los derechos de las partes se acomodarán a lo válidamente estipulado entre ellas.



En conclusión, se aprecia un incumplimiento de la empresa concesionaria lo suficientemente relevante como para motivar la procedencia de la resolución del contrato, de la que derivarán los siguientes efectos:

1.- Incautación de la fianza por importe de 913.977,74 euros.

2.- El concesionario deberá indemnizar a la Administración de los daños y perjuicios ocasionados en lo que exceda del importe de la garantía incautada, y se determinarán en expediente contradictorio independiente.

3.- Abono al concesionario, en su caso, de la ejecución de las obras pendientes de pago (liquidación de la obra), y demás conceptos a que se refiere el artículo 247.1 de la Ley 30/2007, que se efectuará en el plazo de seis meses desde la resolución.

4.- Cancelación de cargas y gravámenes sobre la concesión en el Registro de la Propiedad a cargo del concesionario.

5.- Entrega del concesionario a la Administración de las obras, bienes e instalaciones en buen estado de conservación, conforme a su grado de ejecución, previamente a la expedición de la correspondiente acta de recepción.

### **III CONCLUSIONES**

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

Procede resolver el contrato de concesión de obra pública suscrito entre el Ayuntamiento de xxxx1 y qqqq1, S.A. para la ampliación, reforma y explotación del Parque Deportivo de xxxx2 (Complejo Deportivo Municipal de xxxx2), en los términos expuestos en el presente dictamen.

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