



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 Zamora el día 5 de julio de 2017, ha examinado el *procedimiento de resolución de contrato de obras suscrito entre el Ayuntamiento de xxxx1 y la U.T.E. qqqq1, S.L., qqqq2, 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 9 de junio de 2017 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *procedimiento relativo a la resolución del contrato de construcción de la estación depuradora de aguas residuales con plantas macrófitas de xxxx1 (Edar), suscrito entre el Ayuntamiento de xxxx1 y la U.T.E. qqqq1, S.L. qqqq2, S.A.*

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 12 de junio de 2017, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 265/2017, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, 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.- Por Resolución de la Alcaldía de xxxx1, de 6 de julio de 2009, se adjudicó a la U.T.E. qqqq1, S.L.–qqqq2, S.A. el contrato de obras de construcción de estación depuradora de aguas residuales con plantas macrófitas de xxxx1 (Edar).

En la cláusula segunda del documento de formalización del contrato, de 13 de julio de 2009, consta, entre los compromisos y mejoras ofertadas por el adjudicatario que determinaron la adjudicación a su favor, "el mantenimiento y explotación de la Edar sin coste alguno para el Ayuntamiento durante un periodo de 7 años".

Segundo.- El 29 de mayo de 2014 qqqq1, S.L. presenta un escrito en el que, tras una exposición de los hechos que considera relevantes, señala que a "la U.T.E. qqqq1-qqqq2 no le queda más remedio que presentar su renuncia a seguir con el cumplimiento del contrato ante el incumplimiento de las obligaciones contraídas en el contrato por parte del Exmo. Ayuntamiento de xxxx1 y la falta de atención económica a los requerimientos de los trabajos ejecutados por la U.T.E., solicitando la inmediata devolución del aval (...)"

Tercero.- El 3 de junio de 2014 el arquitecto y el arquitecto técnico municipales emiten informe en el que, previo análisis de la situación, se ponen de manifiesto las deficiencias más destacables y se concluye que "se aprecia un grave incumplimiento en las labores de mantenimiento de la Edar que puede derivar en el deterioro de las propias instalaciones, dado que se han apreciado deficiencias en el funcionamiento de bombas, válvulas, deficiente o insuficiente extracción de lodos, grasas ... etc., provocando que la instalación se ponga en riesgo" y que "estos hechos son causa de resolución del contrato imputable al contratista".

Cuarto.- El 5 de junio el secretario interventor del Ayuntamiento emite informe jurídico en el que, entre otros extremos, expone lo siguiente:

"La causa de resolución del contrato, a la vista del informe de los técnicos municipales (...) consiste en el incumplimiento del contrato de fecha 13 de julio de 2009 en su cláusula segunda; ya que se existe un grave incumplimiento en las labores de mantenimiento de la Edar que puede derivar en el deterioro de las propias instalaciones, dado que se han apreciado deficiencias de funcionamiento de bombas, válvulas, deficiente o insuficiente extracción de lodos, grasas, etc, provocando que la instalación se ponga en riesgo. Y, que dichos hechos son imputables al contratista adjudicatario de las obras y encargado del mantenimiento junto con la explotación de la Estación Depuradora Aguas Residuales (Edar) (...).

»Las causas de resolución de contratos se especifican en el artículo 223 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, figurando en el apartado f) del mismo: `El incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato´.

»Y, en el artículo 225.3 del Texto Refundido antes citado, se indica 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´´.

Quinto.- Por Resolución del Alcalde de 5 de junio de 2014, al considerar que la contratista incurre en la causa de resolución del contrato prevista en el artículo 223.f) del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSF), acuerda:

»1.- Resolver el contrato de obras, explotación y mantenimiento de la Estación Depuradora de Aguas Residuales con Plantas Macrofitas de xxxx1 (Edar), suscrito el día 13 de julio de 2009 (...), por incumplimiento de las obligaciones contractuales esenciales por parte del contratista, en la parte que se refiere al mantenimiento y explotación [de la] Edar sin coste alguno para el Ayuntamiento durante un periodo de 7 años (...), otorgando al contratista adjudicatario un plazo de audiencia de diez días e indicándole que, en caso de no formular oposición en dicho plazo, se entenderá la conformidad del contratista-adjudicatario con esta resolución.

»Y, ello, a pesar de que esta empresa ha manifestado en escrito recibido en este Ayuntamiento el día 2 de junio de 2014 su intención de renunciar al contrato.

»2.- Incautar la garantía definitiva (...) por importe de 51.720 euros (...). Todo ello, sin perjuicio, de la exigencia a la entidad adjudicataria de la indemnización al Ayuntamiento por daños y perjuicios que no puedan cubrirse

con el indicado importe de la garantía definitiva, que se determinen en el momento oportuno.

»3.- Notificar la presente resolución a la entidad adjudicataria y a la entidad emisora del seguro de caución con el que se constituyó la garantía definitiva, otorgándoles un plazo de audiencia de diez días (...)

Sexto.- Concedido trámite de audiencia a la U.T.E. y a la entidad avalista, el representante de la U.T.E. alega la existencia de incumplimientos por parte del Ayuntamiento, comunica la admisión a trámite por el Juzgado de lo Mercantil del concurso de acreedores de la entidad qqqq2 (integrante de la U.T.E.) y solicita la devolución de la garantía prestada.

La entidad avalista alega la improcedencia de la incautación de la garantía y solicita diversos documentos del expediente.

Otorgado nuevo trámite de audiencia, se reiteran las alegaciones.

Séptimo.- El 30 de septiembre el arquitecto y el arquitecto técnico municipales emiten informe en relación con las alegaciones presentadas por la empresa qqqq1 sobre el estado de la Edar y las obras ejecutadas, en el que se concluye que ha existido "un grave incumplimiento en las labores de mantenimiento y explotación de la Edar".

Octavo.- El 29 de octubre se formula propuesta de resolución del contrato, con incautación de la garantía definitiva, "sin perjuicio de la exigencia a la entidad adjudicataria de la indemnización al Ayuntamiento por daños y perjuicios que no puedan cubrirse con el indicado importe de la garantía definitiva, que se determinen en el momento oportuno".

Noveno.- Solicitado informe preceptivo al Consejo Consultivo de Castilla y León, el Dictamen 548/2014, de 26 de noviembre, concluye que "procede declarar la caducidad del procedimiento de resolución de contrato a que se refiere la presente consulta; ello 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”.

Décimo.- Por Providencia del Alcalde, de 12 de diciembre de 2014, se incoa un nuevo procedimiento de resolución contractual y se acuerda la conservación de los actos y trámites practicados en el procedimiento precedente.

Decimoprimer.- Al expediente se incorpora un informe del Servicio Técnico de obras de la Diputación de xxx2, de 9 de octubre de 2014, sobre el estado de funcionamiento y conservación de la Edar.

Decimosegundo.- El 15 de diciembre de 2014 se formula propuesta de resolución del contrato, que se notifica -a los efectos de otorgar trámite de audiencia- a la representante de la U.T.E., a la representante de la empresa qqq2 y a la entidad avalista.

Decimotercero.- En el trámite de audiencia la entidad avalista reitera sus alegaciones, sin que conste ninguna de la contratista.

Decimocuarto.- El 3 de febrero de 2015 el arquitecto y el arquitecto técnico municipales, a la vista de las alegaciones formuladas, se reiteran en las conclusiones expuestas en sus anteriores informes.

Decimoquinto.- El 9 de febrero de 2015 se formula propuesta de resolución en el sentido de: a) desestimar las alegaciones presentadas por el contratista y por el avalista; b) resolver el contrato de obras, explotación y mantenimiento de la Edar, en la parte que se refiere al mantenimiento y explotación de la Edar sin coste alguno para el Ayuntamiento durante un periodo de 7 años (dado que la ejecución de la obra ya está finalizada) y c) incautar la garantía definitiva, sin perjuicio, de la exigencia a la entidad adjudicataria de la indemnización al Ayuntamiento por daños y perjuicios que no puedan cubrirse con el indicado importe de la garantía definitiva, que se determinen en el momento oportuno.

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

Decimosexto.- Mediante Dictamen 73/2015, de 4 de marzo, del Consejo Consultivo, se informa que procede resolver el contrato de construcción de la estación depuradora de aguas residuales con plantas macrófitas de xxxx1 (Edar), suscrito entre el Ayuntamiento de xxxx1, y la U.T.E. qqqq1, S.L.–qqqq2, S.A.

La notificación de la resolución del contrato, tal y como consta en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León 1747/2016, de 16 de diciembre, se produce el 28 de abril de 2015.

Decimoséptimo.- Mediante Sentencia 1747/2016, de 16 de diciembre, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sala de lo Contencioso-administrativo de xxxx2, Sección 1ª, se estima el recurso de apelación registrado con el número N° 517/2016 interpuesto por la mercantil qqqq3 Limited contra la Sentencia de 8 de junio de 2016 dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 3 de xxxx2 en el PO nº 31/2015, y con revocación de dicha sentencia se acuerda estimar el recurso interpuesto por qqqq3 Limited contra al Decreto de Alcaldía del Ayuntamiento de xxxx1 de 27 de mayo de 2015, que acuerda desestimar el recurso de reposición presentado frente a la Resolución de 17 de abril de 2015, de resolución del contrato de obras, explotación y mantenimiento de la Estación Depuradora de Aguas Residuales con plantas macrófitas de xxxx1, suscrito el 13 de junio de 2009 entre el Ayuntamiento demandado y la entidad adjudicataria de las obras UTE qqqq1 SL-qqqq2, declarando la nulidad de dicha resolución por caducidad del procedimiento (dicha sentencia, y la recaída en el Juzgado de lo contencioso administrativo no han sido incorporadas al expediente remitido a este Consejo).

Decimoctavo.- Por Providencia de la Alcaldía, de 21 de abril de 2017, se acuerda la incoación de un nuevo procedimiento de resolución contractual, la conservación de los actos y trámites practicados, que relaciona, y la notificación a los interesados, con apertura de trámite de audiencia.

Decimonoveno.- El 25 de abril de 2017 se formula propuesta de resolución del contrato, que se notifica -a los efectos de otorgar trámite de audiencia- a las empresas integrantes de la U.T.E., a los administradores concursales de éstas, y a la entidad avalista.

Vigésimo.- En el trámite de audiencia la entidad avalista alega, entre otros extremos, que las entidades contratistas que conformaban la UTE se vieron obligadas a solicitar la resolución del contrato por reiterados incumplimientos del Ayuntamiento; que no resulta procedente la incautación de la garantía y la reclamación de daños y perjuicios, ante al menos la concurrencia de responsabilidades y que las entidades que conformaron la UTE se vieron obligadas a declarar la situación de concurso, por lo que no procede otra causa de resolución contractual que no se corresponda con dicha causa, tal y como se establece en los artículos 223 y siguientes del TRLCSP. Asimismo, aporta un informe técnico y diversa documentación, a los efectos de constatar la ausencia de responsabilidad de la entidad contratista, los defectos del proyecto y los gastos que corresponden a la Administración, sin que éstos puedan imputarse a las entidades contratistas.

Vigesimoprimer.- El 30 de mayo de 2017 el arquitecto y el arquitecto técnico municipales emiten informe sobre las alegaciones formuladas por la entidad avalista, en el que, entre otras cuestiones, señalan lo siguiente:

“- El Acta de Recepción de las obras de fecha 23 de mayo de 2011 firmada por la empresa adjudicataria, la dirección facultativa y un representante del ayuntamiento se realiza sin reservas. Previamente, la Certificación Final-Liquidación de los trabajos realizados por la empresa adjudicataria y aprobados por la dirección facultativa, no incluyen ninguna relación de trabajos de `excesos de obra´ como se señala con posterioridad. La ejecución de trabajos de construcción adicionales no reflejados en proyecto debe estar aprobada por la dirección facultativa, debidamente justificada y así notificarse a la propiedad, para que en su caso, se proceda a la correspondiente liquidación. En ningún momento este Ayuntamiento ha recibido notificación alguna ni por parte de la dirección de obra ni de la empresa adjudicataria, ni se ha reflejado en la liquidación Final de Obra practicada por la propia empresa con fecha posterior a la ejecución de algunos de los trabajos.

»- El Acta de Comprobación de funcionamiento de la EDAR firmada por la empresa adjudicataria, la dirección facultativa, los técnicos municipales y un representante del ayuntamiento con fecha 17 de Noviembre de 2011 se realiza sin reservas, no señalándose en ningún momento por parte de la empresa adjudicataria deficiencias en la instalación ni mejoras necesarias

derivadas de errores en el proyecto que dieran lugar a una mayor labor de mantenimiento de la prevista”.

Asimismo, en relación con las conclusiones del informe técnico aportado por la entidad avalista se realizan las siguientes consideraciones:

En cuanto a las omisiones del proyecto: “El proyecto técnico establecía de manera genérica los posibles gastos de explotación y mantenimiento de la instalación, no siendo objeto de ningún proyecto técnico la definición exhaustiva de los mismos de acuerdo con la normativa que regula su contenido (LOE...etc).

»Ni durante la ejecución de los trabajos ni al finalizar los mismos se notificó al Ayuntamiento ninguna obra adicional que debiera realizarse por parte de la empresa constructora ni por la dirección facultativa por lo que no se considera que el proyecto tuviera omisiones que impidieran el correcto funcionamiento de la EDAR (...).

»Este Ayuntamiento no se ha negado a asumir costes posteriores a la finalización de los trabajos siempre y cuando considerara que no estaban incluidos dentro de los trabajos de mantenimiento como se ha señalado en informes anteriores y en el propio informe técnico.

»Aquellas actuaciones realizadas durante la obra de acuerdo con la empresa no son objeto de análisis fuera de la misma, dado que en ningún momento del procedimiento fueron notificadas ni justificadas por parte de la misma ni de la dirección facultativa”.

En cuanto a la necesidad de realizar nuevas inversiones en la EDAR: “Este Ayuntamiento ha tenido que realizar numerosas obras sobre la instalación como se señala en el informe anterior, derivadas de un deficiente o prácticamente inexistente mantenimiento que ha deteriorado numerosos equipos que se han tenido que sustituir al estar deteriorados. La rejilla automática se colocó con conocimiento de la empresa mantenedora atendiendo a sus peticiones para facilitar el mantenimiento, no porque no se pudiera realizar este”.

En cuanto a los costes de mantenimiento del proyecto: "El proyecto de obra que formó parte de la licitación y del contrato de adjudicación posterior establecía una estimación de costes de mantenimiento anuales que incluyen personal de mantenimiento, especializado así como los costes del consumo eléctrico.

»Estos datos han sido del conocimiento de la empresa adjudicataria desde el primer momento y en ningún caso han presentado modificación alguna de los mismos.

»Ningún proyecto de obra debe contener unos costes de mantenimiento exhaustivos y la empresa en el momento de la licitación ni en la posterior firma del contrato solicitó la concreción de esos puntos".

Frente a la alegación del informe técnico relativa a que "es sintomático que la caseta de control no contenga definidas instalaciones de saneamiento, de abastecimiento de agua, de electricidad (...), necesarios para construir. Ninguno de los anteriores constan a efectos de evaluar el consumo, ni siquiera la iluminación exterior mediante luminarias sobre báculos", el referido informe del Ayuntamiento señala que "Es cierto que no se constata de la existencia (sic) de esta información dentro de la documentación técnica, aunque ello carece prácticamente de importancia dado que al ser un servicio municipal, no se abonan costes de saneamiento ni de abastecimiento, siendo perfectamente comprobable el consumo a través del contador eléctrico".

En cuanto a la alegación de que las plantas macrófitas no se han mantenido correctamente por la Administración, por lo que en la actualidad no ejercen su función en el ciclo de depuración previsto, y que se desconoce si se ha implantado un sistema alternativo: "La fecha del informe señala que el técnico redactor visitó las instalaciones por el exterior con fecha febrero de 2017. En esas fechas es difícil que las plantas en su parte exterior estén verdes y frondosas pero su estado está perfectamente conservado y mantenido, prueba de ello son las analíticas realizadas en el punto de vertido que cumplen sobradamente con los parámetros de aplicación durante todo el año".

En cuanto a que "No se ha justificado por la Administración los daños y perjuicios sufridos por el retraso de las obras, que en la actualidad están paralizadas y sin entrar en servicio", se informa que "La instalación está

en pleno funcionamiento. Las actuaciones realizadas por personal contratado por el Ayuntamiento se están llevando a cabo de manera continuada realizando actuaciones de limpieza y puesta a punto”.

El informe emitido por el Ayuntamiento, entre otras conclusiones, pone de manifiesto que “se aprecia un grave incumplimiento en las labores de mantenimiento de la EDAR que han derivado en el deterioro de las propias instalaciones, un inadecuado funcionamiento y vertidos al cauce del arroyo xxxx3 no controlados con el consiguiente riesgo, dado que estamos hablando de un entorno protegido declarado ASVE (...)”.

Vigesimosegundo.- El 31 de mayo de 2017 se formula propuesta de resolución en los siguientes términos:

“Primero. Desestimar en todos sus términos la alegación presentada por la entidad aseguradora (...).

»Segundo. Resolver el contrato de obras, explotación y mantenimiento de la Estación Depuradora de Aguas Residuales con Plantas Macrófitas de xxxx1 (EDAR), formalizado el día 13 de julio de 2009 entre el Ayuntamiento de xxxx1 y la empresa adjudicataria de las obras U.T.E. qqqq1 S.L.- qqqq2 S.A., como consecuencia del incumplimiento culpable por parte del contratista de una de las condiciones esenciales del contrato cual es: la explotación y mantenimiento de la EDAR sin coste alguno para el Ayuntamiento durante un período de 7 años.

»Tercero. Que se proceda a la retención de la garantía definitiva ofrecida por la empresa adjudicataria para responder del cumplimiento de las obligaciones derivadas de la adjudicación, (...) hasta que se cuantifique el montante de los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento del contrato, al objeto de hacer efectivo con cargo a dicha garantía, en primer término, el importe de la indemnización. Y todo ello, sin perjuicio de la exigencia a la entidad adjudicataria de la indemnización al Ayuntamiento por daños y perjuicios que no puedan cubrirse con el indicado importe de la garantía definitiva, que se determinen en el momento oportuno.

»Cuarto. Que una vez que finalice el plazo de ejecución del contrato (sic), se incoe expediente contradictorio dirigido a la determinación de

los daños y perjuicios causados como consecuencia del incumplimiento del contratista.

»Quinto. Que se proceda a la remisión del expediente al Consejo Consultivo de Castilla y León, instándole a la emisión del correspondiente dictamen preceptivo al efecto, produciéndose la suspensión del cómputo del plazo para resolver desde dicha solicitud hasta la recepción por el Ayuntamiento del correspondiente informe”.

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, 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 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, incluido la 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 *a contrario sensu* por lo establecido en la disposición transitoria tercera a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en adelante LPAC, ("A los procedimientos ya iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley no les será de aplicación la misma, rigiéndose por la normativa anterior"), norma de aplicación subsidiaria a los procedimientos en materia de contratación, según resulta de la disposición final tercera del TRLCSP. En este caso, el procedimiento de resolución contractual se ha iniciado bajo la vigencia del TRLCSP, cuyo artículo 211.3.a) establece que es preceptivo 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 la tramitación del procedimiento, es necesario reprochar al Ayuntamiento la falta de remisión de la totalidad del expediente, si bien la documentación remitida se considera suficiente para la emisión del dictamen; por otro lado, la propuesta de resolución, en puridad, debe ser emitida una vez finalizado el procedimiento y antes de solicitar dictamen de este Consejo.

Finalmente, sobre la caducidad de los procedimientos de resolución contractual es preciso indicar que, al haberse derogado la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, por la LPAC, la remisión que la disposición final tercera del TRLCSP realiza a aquella Ley debe entenderse efectuada a la LPAC, al haberse iniciado el procedimiento de resolución contractual analizado bajo su vigencia.

Acudiendo así a la aplicación subsidiaria de la LPAC, su artículo 21 establece:

"1. La Administración está obligada a dictar resolución expresa y a notificarla en todos los procedimientos cualquiera que sea su forma de iniciación.

»En los casos de prescripción, renuncia del derecho, caducidad del procedimiento o desistimiento de la solicitud, así como de desaparición sobrevinida del objeto del procedimiento, la resolución consistirá en la

declaración de la circunstancia que concurra en cada caso, con indicación de los hechos producidos y las normas aplicables.

»Se exceptúan de la obligación a que se refiere el párrafo primero, los supuestos de terminación del procedimiento por pacto o convenio, así como los procedimientos relativos al ejercicio de derechos sometidos únicamente al deber de declaración responsable o comunicación a la Administración.

»2. El plazo máximo en el que debe notificarse la resolución expresa será el fijado por la norma reguladora del correspondiente procedimiento.

»Este plazo no podrá exceder de seis meses salvo que una norma con rango de Ley establezca uno mayor o así venga previsto en el Derecho de la Unión Europea.

»3. Cuando las normas reguladoras de los procedimientos no fijen el plazo máximo, éste será de tres meses (...)."

Asimismo, el artículo 25 de la LPAC, respecto de los procedimientos iniciados de oficio, dispone que "(...) el vencimiento del plazo máximo establecido sin que se haya dictado y notificado resolución expresa no exime a la Administración del cumplimiento de la obligación legal de resolver, produciendo los siguientes efectos: (...).

»b) En los procedimientos en que la Administración ejercite potestades sancionadoras o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, se producirá la caducidad. En estos casos, la resolución que declare la caducidad ordenará el archivo de las actuaciones, con los efectos previstos en el artículo 95".

En cuanto a la suspensión del plazo máximo para dictar y notificar la resolución del procedimiento, de conformidad con el artículo 22.1 d) de la misma Ley ha de advertirse que la simple solicitud de dictamen a este Consejo Consultivo no produce automáticamente la suspensión del procedimiento, sino que es preciso a estos efectos un acuerdo en tal sentido que deberá comunicarse a los interesados. En el presente caso, no consta en el expediente remitido que exista propiamente un acuerdo de suspensión, sino tan sólo en la

propuesta de resolución que se proceda a la remisión del expediente al Consejo Consultivo, instándole a la emisión del dictamen, "produciéndose la suspensión del cómputo del plazo para resolver desde dicha solicitud hasta la recepción por el Ayuntamiento del correspondiente informe". Tampoco consta notificación alguna de ello a todos los interesados, cuando la notificación es una condición de eficacia del acuerdo de suspensión y la falta de notificación priva de eficacia a dicho acuerdo.

Sin perjuicio de las observaciones realizadas, dado que aún no ha transcurrido el plazo de tres meses previsto en el artículo 21 de la LPAC, se realiza un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, sin perjuicio de advertir a la Administración que actúe con la máxima diligencia posible, para que la resolución y notificación correspondiente de la resolución de este procedimiento se produzcan dentro del plazo normativamente establecido.

3ª.- La competencia para acordar la resolución del contrato y determinar sus efectos corresponde al órgano de contratación, conforme disponen los artículos 210 del TRLCSP y 109 del RGLCAP.

4ª.- El asunto sometido a consulta versa sobre el procedimiento de resolución del contrato de construcción de la estación depuradora de aguas residuales con plantas macrófitas de xxxx1 (Edar), suscrito entre el Ayuntamiento de xxxx1 y la U.T.E. qqqq1, S.L.–qqqq2, S.A.

Debido a los graves efectos de la resolución de un contrato, tanto la jurisprudencia (Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 1983 y de 20 de abril de 1999) como este Consejo Consultivo (por todos, Dictamen 90/2004), de acuerdo con la doctrina del Consejo de Estado, realizan, cuando se trata de causas objetivas o imputables al contratista, una interpretación restrictiva, al considerar que las obligaciones contractuales incumplidas deben ser "esenciales", de forma que no todo incumplimiento provoca la resolución, sino sólo aquellos realmente graves y que afectan a obligaciones fundamentales.

La resolución por incumplimiento del contrato ha de limitarse a los supuestos en que se patentice una voluntad deliberadamente rebelde a su cumplimiento, al señalar el Tribunal Supremo, en Sentencia de 21 de junio de 1985 que "(...) la aplicación del ordenamiento común como supletorio del

administrativo y, en particular, del artículo 1.124 del Código Civil para integrar las normas de los artículos 65 y 66 del Reglamento de Contratación de las Entidades Locales, implica la asunción por esta jurisdicción de la doctrina legal establecida por la ordinaria al interpretar aquel precepto, según el cual, con el designio de que se conserven los contratos válidamente celebrados, se restringe su resolución limitándola a los supuestos en que se patentice una voluntad deliberadamente rebelde a su cumplimiento o se produzca un hecho obstativo que, de manera definitiva, lo impida, (...)."

Por su parte, el Consejo de Estado, al tratar del poder resolutorio de la Administración, sostiene en su Dictamen 41.941, de 1 de marzo de 1979, que "la facultad de resolución constituye de suyo una consecuencia tan grave que obliga a estimarla aplicable tan sólo en los casos más graves de incumplimiento, pues resultaría notoriamente desproporcionado e injusto que cualquier incumplimiento, aun mínimo, supusiera tal resolución, ya que ésta constituye una opción que la Administración ha de ejercer siempre con obligada mesura". Mantiene además en su Dictamen 42.000, de 22 de febrero de 1979, que "es justamente el principio de buena fe el que debe servir de guía capital para determinar la causa de resolución aplicable y las consecuencias económicas de la misma, partiendo de la realidad de las actuaciones y omisiones producidas".

En el presente caso, una vez examinados el expediente y las alegaciones formuladas, este Consejo Consultivo no puede sino reiterar los fundamentos jurídicos contenidos en el Dictamen 73/2015, de 4 de marzo, emitido en relación con el fondo de este asunto, cuyo texto se incorpora a continuación.

"La causa de resolución en que se funda la Administración es la recogida en la letra f) del artículo 223 del TRLCSP, esto es, "El incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato". Dado que la ley aplicable, como se ha expuesto, es la LCSP, dicha causa ha de entenderse referida al artículo 206.f) de la LCSP, que contempla la misma causa de resolución.

»Ni el pliego de cláusulas administrativas particulares ni el contrato califican expresamente como obligación contractual esencial ninguna de las obligaciones del contratista, a los efectos del artículo 206.f) de la LCSP.

»El Informe 12/2011, de 12 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, considera que la no constancia en los pliegos o en el contrato del carácter esencial de las obligaciones incumplidas impide la resolución automática al amparo del artículo 206.f) de la LCSP (artículo 222.3.f) del TRLCSP): “En el expediente objeto de consulta, no figuran obligaciones de las partes calificadas con tal carácter, por lo que no es posible acudir a esta concreta causa de resolución. Hay que tener en cuenta que esta causa difiere de las previstas en la anterior regulación. En efecto, el artículo 111 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (en adelante TRLCAP) determinaba, como causas de resolución, en su apartado g) ‘El incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales’ y, su apartado h) ‘Aquellas otras que se establezcan expresamente en el contrato’. El TRLCAP, por un lado, dejaba un cierto margen de apreciación de las obligaciones que la Administración consideraba esenciales, en virtud de la prerrogativa de interpretar los contratos reconocida en el artículo 59.1 del mismo texto legal y, por otro, permitía resolver el contrato, por cualquier causa recogida en su clausulado, sin necesidad de que ésta hubiera sido calificada como esencial. La LCSP solventa los problemas de interpretación suscitados respecto del alcance del término ‘obligaciones esenciales’, exigiendo expresamente que ese carácter esencial esté previsto en los pliegos o en el contrato”. Sin perjuicio de ello, añade este informe que “Lo anterior no es obstáculo para que proceda la resolución por incumplimiento del contratista si, como exige la jurisprudencia, el incumplimiento es grave y de naturaleza sustancial (STS 29 mayo 2000). Si bien la resolución por incumplimiento de obligaciones esenciales, calificadas como tales en los pliegos o el contrato, podría ser apreciada de forma automática, en tanto que en resoluciones por incumplimientos graves del contratista, corresponde a la Administración, motivando su decisión, identificar y calificar dichos incumplimientos” (en el mismo sentido, Dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid nº 631/2011, de 16 de noviembre).

»En el presente supuesto, la cláusula segunda del documento de formalización del contrato, de 13 de julio de 2009, establece que en el precio están incluidos los compromisos y mejoras ofertadas por el adjudicatario que determinaron la adjudicación del contrato en su favor, entre los que se encuentra el “mantenimiento y explotación de la Edar sin coste alguno para el Ayuntamiento durante un período de 7 años”, lo que supone un incremento del

período mínimo de un año establecido en el PCAP y la obtención de la máxima puntuación por este aspecto en el procedimiento de licitación.

»En este caso existen incumplimientos relevantes que justificarían sobradamente la resolución contractual. Tales incumplimientos se ponen de manifiesto, entre otros, en el informe de 3 de junio de 2014 del arquitecto y del arquitecto técnico municipales, en el que se detallan las deficiencias más destacables y se concluye que se aprecia un grave incumplimiento en las labores de mantenimiento de la Edar, de tal magnitud que puede derivar en el deterioro de las propias instalaciones. En este sentido alegan la existencia de deficiencias en el funcionamiento de bombas, válvulas, deficiente o insuficiente extracción de lodos, grasas, etc.

»Tales incumplimientos son objeto de consideración en el resto de los informes obrantes en el expediente, que ponen de manifiesto la existencia de numerosas incidencias en relación al funcionamiento de las instalaciones que suponen un grave incumplimiento en el mantenimiento de la Edar. Tal incumplimiento ha derivado en el deterioro de las propias instalaciones, en un inadecuado funcionamiento de la misma, y en vertidos no controlados al cauce del arroyo xxxx3, sin que los argumentos que se exponen en las alegaciones puedan considerarse causas que exoneren de la responsabilidad dimanante del incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato suscrito.

»En el caso examinado, de la documentación obrante en el expediente cabe concluir la existencia de un incumplimiento del contrato que puede considerarse esencial, al afectar a las obligaciones principales de éste, de tal entidad que motiva la resolución del contrato.

»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 y con múltiples deficiencias”.

5ª.- En los nuevos informes y alegaciones formuladas, se aprecia igualmente un incumplimiento culpable del contrato en los términos ya detallados.

No obstante, acreditado el incumplimiento contractual, es preciso referirse a las alegaciones formuladas por la entidad avalista, relativas a que, en su caso, la situación de concurso operaría 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.

De acuerdo con una consolidada doctrina del Consejo de Estado (por todos, Dictamen 681/2009, de 21 de mayo), "con carácter general en caso de concurrencia de varias causas de resolución de un contrato administrativo debe aplicarse de manera preferente la causa que se hubiere producido antes desde un punto de vista cronológico. Es paradigmático de esta doctrina el Dictamen 47.892, de 4 de julio de 1985, en el que se mantiene que "cuando concurren diversas causas de resolución del contrato con diferentes efectos en cuanto a las consecuencias económicas de la extinción debe atenderse a la que haya aparecido con prioridad en el tiempo".

La Ley Concursal, de 9 de julio de 2003, establece en su artículo 61 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." A este respecto, el artículo 207.5 de la LCSP (artículo 224.5 del TRLCSP) 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.

6ª.- Por último, respecto a los efectos de la resolución, tal circunstancia ya fue objeto de examen en el ya citado Dictamen 73/2015, de 4 de marzo, en el que se señalaba que "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 Reglamento General de la Ley de Contratos 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 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 esta dicha garantía toda vez que el importe de los referidos daños deberá hacerse efectivo en primer término con cargo a ella”.

A este respecto, se considera que, una vez resuelto el contrato, debe procederse sin más dilación a la iniciación del procedimiento contradictorio para la determinación de los daños y perjuicios derivados de su incumplimiento y al cobro de aquéllos de la garantía ya retenida, sin perjuicio, como se hace constar en la propuesta, de la exigencia a la entidad adjudicataria del importe que no se encuentre cubierto por la garantía.

III CONCLUSIONES

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

Procede resolver el contrato de construcción de la estación depuradora de aguas residuales con plantas macrófitas de xxxx1 (Edar), suscrito entre el Ayuntamiento de xxxx1, y la U.T.E. qqqq1, S.L.–qqqq2, S.A.

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