



Sr. Amilivia González, Presidente

Sr. Estella Hoyos, Consejero

Sr. Fernández Costales, Consejero

Sr. Pérez Solano, Consejero

Sr. Madrid López, Consejero y
Ponente

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 noviembre de 2009, ha examinado el *expediente de resolución del contrato suscrito entre el Ayuntamiento de xxxxx y qqqqq, S.L.*, 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 19 de octubre de 2009 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *expediente relativo a la resolución del contrato de obra, suscrito entre el Ayuntamiento de xxxxx y qqqqq, S.L. para la ejecución de "Edificio Dotacional y Urbanización de Espacio Público en xxxx1"*.

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 21 de octubre de 2009, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 1.130/2009, 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 102/2003, de 11 de septiembre. Turnado por el Sr. Presidente del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Madrid López.

Primero.- El 2 de noviembre de 2006 el Pleno del Ayuntamiento de xxxxx aprueba el pliego de cláusulas administrativas particulares que debe regir la contratación, mediante concurso y procedimiento abierto, de la obra "Edificio Dotacional y Urbanización de Espacio Público en xxxx1".



Segundo.- El 27 de febrero de 2007 se formaliza el contrato administrativo con la empresa qqqqq, S.L., por importe de 1.070.679,00 euros. El plazo de ejecución de las obras se fija en once meses.

Tercero.- El 6 de marzo de 2008 la representación de la empresa presenta un escrito ante el Ayuntamiento en el que solicita una ampliación del plazo de ejecución de la obra hasta el día 25 de agosto de 2008.

Cuarto.- El 14 de marzo de 2008 el Alcalde del Ayuntamiento concede la ampliación del plazo solicitada, si bien sometida a una serie de condiciones, con la advertencia expresa de que el incumplimiento de alguna de ellas conllevaría el inicio de un procedimiento de resolución del contrato.

Quinto.- Mediante Decreto de la Alcaldía de 7 de mayo de 2008 se acuerda iniciar el procedimiento para la resolución del contrato por demora en el cumplimiento de los plazos (once meses a contar desde el 10 de abril de 2007). Dicho Decreto es notificado al contratista y al avalista los días 12 y 14 de mayo de 2008, respectivamente.

Sexto.- El 12 de mayo de 2008 qqqqq, S.L. presenta en el Ayuntamiento un escrito en el que expone que se ha visto obligada a la paralización de las obras como consecuencia de una serie de problemas relacionados con la instalación de la climatización. En el mismo escrito se denuncia que no ha sido abonada la certificación nº 9, por importe de 12.740,26 euros.

Séptimo.- El 20 de junio de 2008 las partes acuerdan una prórroga de seis meses en la ejecución de la obra, a contar desde la recepción por la adjudicataria del documento detallado de las instalaciones del sistema de climatización e instalación eléctrica de la obra a redactar por la dirección facultativa.

Octavo.- Mediante Decreto de la Alcaldía de 31 de marzo de 2009 se acuerda iniciar el expediente de resolución del contrato por demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista. Dicho Decreto es notificado al contratista y al avalista el día 3 de abril de 2009.

Noveno.- El 15 de abril de 2009 qqqqq, S.L. presenta un escrito de oposición a la resolución del contrato, por considerar que la demora en la



ejecución de la obra responde a la inactividad de la Administración y al incumplimiento del acuerdo alcanzado por la partes.

Décimo.- El 4 de mayo de 2009 la dirección de la obra emite informe sobre las alegaciones presentadas por la contratista.

Decimoprimer.- El 15 de mayo de 2009 se formula propuesta de resolución del contrato de obras para la ejecución de "Edificio Dotacional y Urbanización de Espacio Público en xxxx1".

Decimosegundo.- El 9 de julio de 2009 este Consejo Consultivo emite un dictamen en el que se concluye que procede la declaración de la caducidad del procedimiento de resolución del contrato de obra.

Decimotercero.- El 12 de agosto de 2009 se declara la caducidad del procedimiento de resolución contractual, se acuerda de nuevo su inicio por demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista y se propone la incautación de la garantía definitiva.

Decimocuarto.- Otorgado trámite de audiencia a qqqqq, S.L.U., el 17 de agosto de 2009 se recibe un escrito en el que figura lo siguiente:

"1. Que por Auto de fecha 15 de mayo de 2008 del Juzgado de Primera Instancia nº12 de xxxx2 ha sido declarada en concurso ordinario, con el carácter de necesario, la mercantil qqqqq, S.L.U. (...), nombrándose administradores concursales a quienes suscriben (...).

»3. Que esta administración concursal no se opone a la resolución del contrato en los términos indicados, excepto en lo que se refiere a la incautación de la fianza, que entendemos debe sujetarse a las previsiones del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas atendiendo a la situación concursal del contratista".

Decimoquinto.- El 31 de agosto de 2009 se formula propuesta de resolución contractual "por incumplimiento grave del contratista, singularmente por la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista (...) añadiendo como causa sobrevenida la declaración de concurso necesario publicada en el B.O.E. en fecha 8 de junio de 2009".



También se propone la incautación de la fianza de 214.135,80 euros constituida por el contratista, y la comprobación, medición y liquidación de las obras con arreglo al proyecto.

Decimosexto.- El 1 de septiembre de 2009 se suspende el plazo para resolver el procedimiento por el tiempo que medie entre la petición de dictamen al Consejo Consultivo y su recepción.

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 Pleno del Ayuntamiento, conforme dispone el artículo 59 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (en adelante LCAP), de aplicación en el presente caso de acuerdo con la disposición transitoria primera, apartado 2, de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

El artículo 114.1 del texto refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en Materia de Régimen Local, aprobado por el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, dispone que "El órgano de la Entidad Local competente para contratar según la Ley ostenta también la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos y resolver las dudas que ofrezcan su cumplimiento. Igualmente, podrá modificar, por razones de interés público, los



contratos celebrados y acordar su resolución dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados legalmente”.

Por otra parte debe señalarse que se ha seguido el procedimiento legalmente establecido para la resolución del contrato, ya que se ha concedido trámite de audiencia al contratista, conforme al artículo 96 del TRLCAP.

3ª.- La resolución de un contrato constituye un procedimiento autónomo con sustantividad propia y responde a un procedimiento reglamentariamente normado: el artículo 109 del 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). En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 2007 manifiesta que “es claro que entre las prerrogativas que en materia de contratación pública poseen las distintas Administraciones se halla la de resolver los contratos determinando los efectos de esa decisión y esa resolución la pueden acordar los órganos de contratación bien de oficio o a instancia del contratista, mediante procedimiento en la forma que reglamentariamente se determine, y añade la norma que los acuerdos que decidan la resolución pondrán fin a la vía administrativa y serán inmediatamente ejecutivos”, concluyendo por ello que se trata de un procedimiento autónomo y no de un incidente de ejecución del mismo.

El artículo 109 del RGLCAP establece el procedimiento para la resolución de los contratos:

“1. La resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista (...) y cumplimiento de los requisitos siguientes:

»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 previstos en 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.

»2. Todos los trámites e informes preceptivos de los expedientes de resolución de los contratos se considerarán de urgencia y gozarán de preferencia para su despacho por el órgano correspondiente”.

4ª.- El asunto sometido a consulta versa sobre el procedimiento iniciado por el Ayuntamiento de xxxxx para acordar la resolución del contrato de obras, para la ejecución de “Edificio Dotacional y Urbanización de Espacio Público en xxxx1”.

La resolución de este contrato se propone con base en las causas previstas en los apartados e) y b) del artículo 111 de la LCAP, es decir, en la demora en el cumplimiento del plazo de ejecución por el contratista y la declaración de éste en concurso, conforme a lo dispuesto en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

Sin embargo, antes de analizar la procedencia de la resolución del contrato, es preciso recordar que según doctrina reiterada del Consejo de Estado (Dictámenes 712/1994, de 23 de junio, y 3.747/1997, de 11 de septiembre) y del Tribunal Supremo (Sentencias de 24 de abril de 1989 y de 16 de mayo de 1984), en el supuesto de que concurrieran diversos motivos legales de resolución contractual, ésta habría de fundamentarse en el que desde un punto de vista cronológico hubiera aparecido primero en el tiempo.

Por lo que respecta al incumplimiento del plazo de ejecución por parte del adjudicatario, según el artículo 95 de la LCAP, “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 (...)"

Por su parte, 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".

Por otro lado, ha de tenerse en cuenta que los contratos administrativos y, muy especialmente, los contratos de obras como es el presente, tienen el carácter de "negocio fijo", en el que el simple vencimiento de los plazos, sin que la prestación del contratista esté realizada, implica *ipso iure* la calificación del incumplimiento a causa de éste, sin necesidad de interpelación o intimidación previa por parte de la Administración, como recuerda el artículo 95.2 de la ley que se viene examinando.

Figura en el expediente un informe del arquitecto técnico del Ayuntamiento de xxxxx de 20 de marzo de 2009, en el que se concluye que "habiéndose cumplido un año desde la fecha prevista para la finalización de la obra, el cómputo de la obra realmente ejecutada, incluidos los trabajos a mayores, es de un 42,9% aproximadamente, con respecto al monto total del importe de adjudicación (...)", y que "desde mediados del mes de diciembre de 2008 la obra se encuentra en estado de abandono por parte de la Empresa adjudicataria. En las siguientes imágenes se puede observar la inundación del sótano (...)"

En este sentido, la propia administración concursal ha manifestado expresamente, en un escrito remitido el 17 de agosto de 2009, no oponerse a la resolución del contrato fundamentada en el incumplimiento del plazo de ejecución por el contratista y en la declaración de la situación de concurso en la que éste se encuentra, por lo que constatado el incumplimiento en diferentes informes recogidos en el expediente, y no existiendo oposición del contratista, se considera que procede la resolución contractual sin necesidad de entrar en otro tipo de consideraciones.



5ª.- A pesar de no apreciarse una oposición del contratista en sentido estricto a la resolución contractual, ha de tenerse en cuenta que la administración concursal manifiesta su disconformidad en lo que se refiere a la incautación de la fianza, que entiende “debe sujetarse a las previsiones del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas atendiendo a la situación concursal de la contratista”.

En este sentido, el artículo 111 del RGLCAP establece que “La quiebra del contratista, cuando sea culpable o fraudulenta, llevará consigo la pérdida de la garantía definitiva”.

En el supuesto sometido a dictamen no figura la calificación de concurso como fortuito o culpable, a tenor de lo dispuesto en el artículo 163 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, por lo que no resulta posible entrar a valorar la procedencia de la incautación de la garantía en atención de la situación de insolvencia del contratista. No obstante, como se ha señalado en el fundamento precedente, cuando concurren diversas causas que amparen la resolución contractual, ésta habrá de fundamentarse en el que desde un punto de vista cronológico hubiera aparecido primero en el tiempo, en este caso, en el incumplimiento del plazo de ejecución por parte del contratista.

En este orden de cosas, el artículo 113.4 de la LCAP dispone que “Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada”.

Por su parte, el artículo 113 del RGLCAP dispone que “En los casos de resolución por incumplimiento culpable del contratista, la determinación de los daños y perjuicios que deba indemnizar éste se llevará a cabo por el órgano de contratación en decisión motivada previa audiencia del mismo, atendiendo, entre otros factores, al retraso que implique para la inversión proyectada y a los mayores gastos que ocasione a la Administración”.

Al respecto este Consejo Consultivo ya en el Dictamen 90/2004, de 10 de marzo, recordaba la Sentencia de 9 de diciembre de 1980 del Tribunal Supremo, que sostenía 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". Indemnización en la que, por otra parte, no parece que pueda tener por objeto compensar como daños y perjuicios "la diferencia entre el precio pactado con el contratista objeto de resolución y el precio de la nueva contratación", toda vez que aquélla no resulta de la resolución del contrato sino de la diferencia que supuestamente exista entre las ofertas de los adjudicatarios, debiendo tenerse presente, además, por una parte, que es de suponer que en el proyecto se subsanarán las deficiencias apreciadas, y, por otra parte, que el precio pactado en el contrato objeto del presente expediente, en la práctica, no ha sido una cuestión irrelevante en su resolución.

El incumplimiento de qqqqq, S.L. ha quedado constatado a lo largo de la ejecución del contrato, plasmado en diversos informes del expediente administrativo, e incluso reconocido por la administración concursal en su escrito de 17 de agosto de 2009, en el que manifiesta su conformidad con la resolución del contrato fundamentada precisamente en el incumplimiento del plazo de ejecución.

De este modo, a la vista de las circunstancias concurrentes, este Consejo Consultivo considera procedente la resolución contractual y la incautación de la garantía definitiva.

III CONCLUSIONES

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

Procede resolver el contrato administrativo de obra suscrito entre el Ayuntamiento de xxxxx y qqqqq, S.L., para la ejecución de "Edificio Dotacional y Urbanización de Espacio Público en xxxx1".

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