



Sr. Amilivia González, Presidente y
Ponente

Sr. Estella Hoyos, Consejero
Sr. Fernández Costales, Consejero
Sr. Pérez Solano, Consejero
Sr. Madrid López, Consejero
Sr. Nalda García, Consejero

Sr. Sobrini Lacruz, Secretario

La Sección Primera del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 10 de diciembre de 2009, ha examinado el *expediente de resolución de contrato suscrito entre el Ayuntamiento de xxxxx y qqqqq, S.A.*, y a la vista del mismo y tal como corresponde a sus competencias, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

I

ANTECEDENTES DE HECHO

El día 12 de noviembre 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.A., para la construcción de un pabellón polideportivo y una piscina cubierta.*

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 13 de noviembre de 2009, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 1.231/2009, 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. Amilivia González.

Primero.- El 12 de septiembre de 2006 se firma por el Ayuntamiento de xxxxx y la empresa qqqqq, S.A., un contrato mixto de redacción de proyecto, dirección y ejecución de las obras para la construcción de un pabellón deportivo, situado en la parcela "F" del sector "xxxx1" de la localidad.



El precio del contrato asciende a 3.954.800,00 euros y el plazo de ejecución se fija en 11 meses y medio.

Segundo.- El 9 de julio de 2007 se extiende el acta de comprobación del replanteo, una vez solucionados los aspectos que imposibilitaban el comienzo de las obras.

Tercero.- El 17 de julio de 2008 el Pleno del Ayuntamiento acuerda una modificación del contrato que supone un incremento de 989.016,09 euros en su precio.

Cuarto.- El 26 de agosto de 2008 el Ayuntamiento remite a la empresa adjudicataria un escrito en el que se especifican una serie de deficiencias que han de ser resueltas por ésta.

Quinto.- El 26 de mayo de 2009 un consejero delegado de la empresa qqqqq, S.A. comunica al Ayuntamiento que se ha producido la transmisión de los derechos de cobro por importe de 936.486,86 euros a favor de qqqq1, S.A.

Sexto.- El 10 de junio de 2009 el Ayuntamiento de xxxxx inicia un expediente de resolución contractual por incumplimiento del plazo de ejecución del contrato y por el abandono de la obra por el contratista, y propone la incautación de la fianza.

Consta en el expediente un escrito de oposición a la pretendida resolución del contrato.

Séptimo.- El 21 de julio de 2009 tiene entrada en el Registro del Ayuntamiento un escrito presentado por qqqqq, S.A., en el que comunica que mediante Auto de 25 de junio de 2009, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de xxxxx2, ha sido declarada en concurso, y solicita el pago de todos los saldos vencidos, líquidos y exigibles.

Octavo.- El 25 de agosto de 2009, mediante Decreto nº 212/2009, del Alcalde, se deja sin efecto el anterior Decreto por el que se iniciaba el procedimiento de resolución contractual por incumplimiento del plazo de ejecución por el contratista, y se acuerda la iniciación de un nuevo



procedimiento de resolución a la vista de la situación concursal de qqqqq, S.A, y la no incautación de la fianza.

Noveno.- El 5 de septiembre de 2009 con ocasión del trámite de audiencia otorgado al contratista, éste presenta un escrito en el que se opone a la resolución contractual, y alega el incumplimiento de sus obligaciones por la Administración y el carácter potestativo de la causa de resolución indicada.

Décimo.- El 14 de septiembre de 2009 el Secretario del Ayuntamiento emite informe jurídico sobre la resolución contractual.

Decimoprimer.- El 16 de septiembre de 2009 se suspende el plazo para resolver el procedimiento por el tiempo que medie entre la petición y la recepción del dictamen por el Consejo Consultivo.

Decimosegundo.- El 28 de septiembre de 2009 se formula propuesta de resolución contractual fundada en la causa prevista en la letra b) del artículo 111 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público así como la no incautación de la garantía definitiva.

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.

La preceptividad del dictamen deriva también de la normativa reguladora de los contratos de las Administraciones Públicas.



De acuerdo con la disposición transitoria primera, apartado 2, de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos de Sector Público, los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior.

En el presente caso, el contrato fue adjudicado por el Pleno del Ayuntamiento en su sesión de 21 de julio de 2006, por lo que es de aplicación el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (en adelante, LCAP) y 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).

El artículo 59.3.a) de la LCAP establece como preceptiva la intervención del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, en los supuestos de resolución de contratos administrativos cuando se formule oposición por parte del contratista.

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 LCAP.

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 hay que señalar que se ha seguido el procedimiento legalmente establecido para la resolución del contrato, conforme al artículo 96 de la LCAP.



3ª.- La resolución de un contrato constituye un procedimiento autónomo con sustantividad propia y responde a un procedimiento reglamentariamente normado: el artículo 109 del RGLCAP. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 2007 mantiene 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 obra suscrito con la empresa qqqqq, S.A., para la construcción de un pabellón polideportivo y una piscina cubierta.

La resolución del contrato se propone en un primer momento con base en la causa prevista en el apartado e) del artículo 111 del LCAP, es decir, en la demora en el cumplimiento del plazo de ejecución por el contratista.

Sin embargo, tras la declaración de concurso de la empresa qqqqq S.A., por Auto de 25 de junio de 2009, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de xxxx2, mediante Decreto nº 212/2009, del Alcalde de xxxxx, se deja sin efecto el anterior por el que se inició el procedimiento de resolución contractual por incumplimiento del plazo de ejecución, y se acuerda la iniciación de un nuevo procedimiento fundamentado en la declaración de concurso del contratista.

Esta manera de proceder del Ayuntamiento de xxxxx es ciertamente atípica, puesto que como ha señalado reiteradamente el 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.

No obstante, el Ayuntamiento ha optado por la revocación del primer acuerdo de iniciación, acto jurídico cuya legalidad no corresponde ser enjuiciada en este momento, debiendo este Consejo Consultivo advertir que esta figura habrá de respetar los límites que al efecto establece el artículo 105 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, a saber, que no esté prohibida por las leyes, y que no sea contraria al principio de igualdad, al interés público o al ordenamiento jurídico

Hecha la observación precedente, este Consejo Consultivo debe centrarse en el análisis de la causa invocada por el Ayuntamiento para fundamentar la resolución del contrato.

Así, la propuesta de resolución literalmente recoge que "Son causas de resolución del contrato: (...) b) La declaración de quiebra, de suspensión de



pagos, de concurso de acreedores o de insolvente fallido en cualquier procedimiento, o el acuerdo de quita y espera”, y que “La declaración de quiebra, de concurso de acreedores, de insolvente o de fallido en cualquier procedimiento originará siempre la resolución del contrato”. Se añade, por otro lado, que no se entiende potestativa la resolución del contrato.

Tras la lectura de la propuesta a la que se acaba de hacer referencia, se llega fácilmente a la conclusión de que se ha ignorado la redacción que a algunos apartados de los artículos 111 y 112 de la LCAP se ha dado por la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

Así, el apartado b) del artículo 111 considera que es causa de resolución “La declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento”, y el apartado 2 del artículo 112 dispone que “La declaración de insolvencia en cualquier procedimiento y, en caso de concurso, la apertura de la fase de liquidación originarán siempre la resolución del contrato”. Además, este último apartado continúa señalando que “En los restantes casos de resolución del contrato el derecho para ejercerla será potestativo para aquella parte a la que no le sea imputable la circunstancia que diera lugar a la misma (...)”.

De este modo, si bien la declaración de concurso del contratista constituye causa de resolución del contrato, su aplicación, en tanto no se haya producido la apertura de la fase de liquidación, es potestativa para la Administración. Es más, el apartado 7 del artículo 112 dispone que “En caso de declaración de concurso y mientras no se haya producido la apertura de la fase de liquidación, la Administración potestativamente continuará el contrato si el contratista prestare las garantías suficientes a juicio de aquella para su ejecución”.

Por todo lo anterior, no resulta del todo correcto el argumento en que se fundamenta la propuesta de resolución contractual, sin perjuicio de que el Ayuntamiento pueda acordarla por estar prevista esta posibilidad en la Ley.

Por lo que se refiere a la incautación de la garantía, el artículo 111 del RGLCAP, dispone que “La quiebra del contratista, cuando sea culpable o fraudulenta, llevará consigo la pérdida de la garantía definitiva”, disposición que interpretada de manera integradora con la regulación que de la materia se contiene en los artículos 163 y siguientes de la Ley 22/2003, de 9 de julio,



Consursal, nos llevaría a considerar que la garantía será incautada de forma automática en el caso de que el concurso se califique como culpable.

En el presente supuesto, al no constar en el expediente tal calificación, procede la no incautación de la garantía.

De este modo, una vez efectuadas las correcciones procedentes apuntadas en los fundamentos anteriores, este Consejo Consultivo considera procedente la resolución contractual pretendida.

III CONCLUSIONES

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

Procede resolver el contrato de obra, suscrito entre el Ayuntamiento de xxxxx y qqqqq, S.A., para la construcción de un pabellón polideportivo y una piscina cubierta.

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