



Sr. Amilivia González, Presidente y Ponente

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

Sr. Sobrini Lacruz, Secretario

La Sección Primera del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 18 de noviembre de 2010, ha examinado el *expediente relativo a la resolución del contrato suscrito entre la Diputación Provincial de xxxxx y la U.T.E. formada por qqqq1 S.A. y 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 18 de octubre de 2010 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *expediente relativo a la resolución del contrato suscrito entre la Diputación Provincial de xxxxx y la U.T.E. formada por qqqq1 S.A. y qqqq2, S.A., para la construcción de una "nueva carretera de conexión de las carreteras xx1 y xx2, término municipal de xxxx1 -Fase B-tramo 2: P.K. 0+500 al 2+043,372"*.

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 19 de octubre de 2010, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 1.309/2010, 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 28 de septiembre de 2006 la Junta de Gobierno de la Diputación Provincial de xxxxx aprobó el expediente de contratación y las cláusulas administrativas particulares para la adjudicación, por procedimiento



abierto y mediante subasta pública, de la ejecución de las obras de construcción de una nueva carretera de conexión de las carreteras xx1 y xx2, en el término de xxxx1, Fase B, Tramo 2, con un presupuesto de ejecución de 2.493.879,10 euros, IVA incluido.

El contrato se adjudicó el 22 de diciembre de 2006 a la "U.T.E. qqqq1 S.A. y qqqq2, S.A." por un importe de 2.493.000,00 euros, IVA incluido.

El 28 de diciembre de 2006 y el 2 de enero de 2007 se notificó a qqqq1 S.A. y a qqqq2, S.A., respectivamente, la necesidad de constituir una garantía definitiva por importe de 99.720,00 euros en el plazo de quince días naturales, y de concurrir a la firma del correspondiente contrato administrativo dentro del plazo máximo de treinta días naturales.

El 12 de enero de 2007 la U.T.E. adjudicataria presentó un certificado de seguro de caución de sssss, S.A. Compañía de Seguros y Reaseguros, como garantía definitiva, por importe de 99.720,00 euros. En la misma fecha presentó otro escrito en el que se comunicaba a la Administración la "imposibilidad de ejecutar la obra en las condiciones recogidas en [el proyecto de construcción de las obras] por la existencia de importantes errores, omisiones y contradicciones, como son: la falta de unidades fundamentales de obra, falta muy relevante de mediciones, contradicciones entre los documentos obrantes en el proyecto e incumplimiento del pliego de prescripciones técnicas generales para obras de carreteras y puentes". Por ello, solicitó la resolución del contrato por mutuo acuerdo con devolución de las garantías constituidas.

El 16 de enero la Diputación Provincial requirió a la U.T.E. para que, de conformidad con lo establecido en la cláusula undécima del pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato, constituyera la garantía definitiva mediante aval debidamente legitimado por fedatario público o por el Secretario de la Corporación, al superar su importe la cuantía de 15.000 euros.

Concedido un plazo para la subsanación de este defecto, no se cumplió el requerimiento y, por ello, no se formalizó el contrato administrativo.

Solicitado un informe sobre las alegaciones realizadas, el 1 de febrero el ingeniero autor del proyecto indica que la obra "es perfectamente construible técnicamente, en el marco presupuestario definido, a sabiendas de que éste es,



en este caso particularmente estrecho, debido al tamaño de la obra, y marcado por las fuentes de financiación”.

**Segundo.-** Por Acuerdo de la Junta de Gobierno de la Diputación de 15 de febrero de 2007 se inició un procedimiento de resolución de contrato, de conformidad con lo previsto en los artículos 41, 54.3 y 111.d) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, vigente en el momento de celebración del contrato (en adelante LCAP), y se concedió a las empresas adjudicatarias y al avalista un trámite de audiencia por un plazo de diez días naturales, para que presentaran las alegaciones que estimasen oportunas.

El 6 de marzo de 2007 la U.T.E. adjudicataria presentó un escrito de alegaciones en el que se manifestaba la existencia de errores de medición con un importante desequilibrio en la obra y determinadas contradicciones en el proyecto, que afectarían, al menos, a un 20% del presupuesto de la obra. Por ello solicitó la anulación del acuerdo de iniciación y la resolución del contrato por mutuo acuerdo, con devolución de la garantía provisional constituida.

El 16 de abril de 2007 la Junta de Gobierno de la Diputación acordó resolver el contrato por la causa prevista en el artículo 111.d) LCAP.

Notificado dicho Acuerdo a las empresas qqqq1 S.A. y qqqq2, S.A., el 30 de mayo interponen un recurso de reposición, que es desestimado por la Junta de Gobierno el 12 de junio de 2007. La Administración argumenta que no puede acceder a la resolución del contrato de mutuo acuerdo, dado que, de conformidad con lo previsto en el artículo 112.4 LCAP, “La resolución por mutuo acuerdo sólo podrá tener lugar cuando no concurra otra causa de resolución imputable al contratista y siempre que razones de interés público hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato”.

Interpuesto recurso contencioso-administrativo contra el Acuerdo de 12 de junio de 2007, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de xxxxx, en Sentencia de 13 de enero de 2010, estimó parcialmente el recurso y declaró la nulidad de la resolución impugnada por no haberse respetado el procedimiento legalmente establecido, al haberse omitido el dictamen preceptivo del Consejo Consultivo de Castilla y León.



**Tercero.-** El 18 de febrero de 2010 la Junta de Gobierno, en cumplimiento de la referida Sentencia, acuerda resolver el contrato por la causa prevista en el artículo 111.d) LCAP y solicitar dictamen al Consejo Consultivo de Castilla y León, con notificación a las empresas qqqq1 S.A. y qqqq2, S.A. y al Juzgado Contencioso-Administrativo N° 1 de xxxxx.

Mediante Dictamen 449/2010, de 27 de mayo, el Consejo Consultivo de Castilla y León acordó la devolución del expediente a la Diputación, sin analizar el fondo del asunto, ya que se omitió prácticamente toda la fase de instrucción del procedimiento. En dicho Dictamen se señala que el nuevo procedimiento tramitado constaba solo de la propuesta de resolución, por lo que, a falta de una declaración expresa de conservación de actos y trámites, el procedimiento debió de comenzar desde el principio y ser tramitado de forma completa.

**Cuarto.-** El 30 de junio de 2010 la Junta de Gobierno de la Diputación acuerda iniciar un nuevo procedimiento de resolución del contrato, por incumplimiento por parte de la U.T.E. de su obligación de constituir la garantía definitiva previa a la formalización del contrato y, en consecuencia, por la no formalización del contrato, de acuerdo con los artículos 41, 54.3 y 111.d) de la LCAP, y se concede audiencia a las empresas integrantes de la U.T.E. y al avalista, para que puedan presentar las alegaciones que estimen oportunas.

**Quinto.-** El 21 de julio de 2010 las empresas qqqq1 S.A. y qqqq2, S.A. presentan un escrito en el que detallan los errores, omisiones y contradicciones advertidos en el proyecto de obras y alegan que estos suponen causa del resolución del contrato de obras, de acuerdo con el artículo 149.b) de la LCAP, ya que afectan al presupuesto de la obra al menos en un 20%. Por ello, solicitan la anulación del acuerdo de iniciación y la resolución del contrato por mutuo acuerdo con devolución de la garantía provisional constituida.

**Sexto.-** El 9 de septiembre de 2010 el ingeniero autor del proyecto de obras reconoce la existencia de errores y contradicciones en el proyecto pero afirma que el incremento del presupuesto sería de 80.709,88 euros, lo que representa un incremento del 4,5% del presupuesto de ejecución material de la obra que es de 1.806.635,11 euros.



**Séptimo.-** El 22 de septiembre de 2010 el Secretario General accidental emite un informe favorable a la resolución del contrato con incautación de la garantía provisional.

**Octavo.-** En la misma fecha el Presidente de la Diputación Provincial formula una propuesta de resolución del contrato -por incumplimiento por parte de la U.T.E. adjudicataria de su obligación de constituir la garantía definitiva y, por tanto, de formalizar el contrato, de conformidad con los artículos 41, 54.3 y 111.d) de la LCAP-, con incautación de la garantía provisional y reclamación de daños y perjuicios; se solicita el preceptivo dictamen al Consejo Consultivo de Castilla y León y se suspende el plazo máximo legal para resolver el procedimiento y notificar la resolución.

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), 1º 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.-** De acuerdo con la disposición transitoria primera 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.

Conforme al artículo 59.3.a) de la LCAP, es 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.



**3ª.-** La competencia para acordar la resolución del contrato y determinar sus efectos corresponde al órgano de contratación, según dispone el artículo 59 de la LCAP y el artículo 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

**4ª.-** Una vez determinada la legislación aplicable, es necesario examinar si concurren los requisitos procedimentales necesarios para proceder a la resolución sometida a dictamen.

A los efectos del presente asunto, debe señalarse que la resolución de un contrato constituye un procedimiento autónomo, con sustantividad propia; y que 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 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", por lo que concluye que se trata de un procedimiento autónomo y no de un incidente de ejecución.

Este artículo 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, previa autorización, en el caso previsto en el último párrafo del artículo 12.2 de la Ley, del Consejo de Ministros, 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”.

La disposición adicional séptima de la LCAP dispone que “Los procedimientos en materia de contratación administrativa se regirán por los preceptos contenidos en esta Ley y en sus normas de desarrollo, siendo de aplicación supletoria los de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”.

El respeto al procedimiento administrativo constituye una garantía de los ciudadanos, en este caso de los contratistas, en un doble sentido, es una protección para que la actuación de la Administración sea conforme con el ordenamiento jurídico y para que ésta puede ser conocida y fiscalizada por los interesados. Además de ello, sus trámites buscan, entre otras finalidades, concretar la certeza de los hechos y el acierto en la declaración de voluntad del acto administrativo en que desemboca, siempre garantizando cada uno de ellos, los principios constitucionales que deben informar toda actuación de la Administración.

Por ello, el conjunto de trámites que constituyen un procedimiento administrativo no deben ser considerados como un conjunto de obstáculos que se oponen a la rápida y eficaz actuación administrativa, sino como el cauce legalmente establecido para obtener de forma satisfactoria la resolución a dictar y, en consecuencia, el cumplimiento de estos trámites debe guiarse por la concreta finalidad que deben alcanzar. Por ello, por muy claro que resulte para la Administración el fondo del asunto, ésta debe cumplir estrictamente con el procedimiento establecido.

En el presente supuesto, se ha seguido el procedimiento establecido en el artículo 109.1 del RGLCAP para la resolución del contrato: se ha dado



audiencia a la U.T.E. adjudicataria y a la entidad avalista y se ha emitido el informe jurídico.

**5ª.-** En cuanto al fondo de la cuestión, está probado que la U.T.E. adjudicataria no ha constituido la fianza definitiva en la forma exigida y, por ende, tampoco ha procedido a la formalización del contrato.

Como ha señalado el Consejo de Estado, en los casos en que concurra la falta de formalización del contrato y la de constitución de la fianza definitiva, debe estarse a esta causa para resolver el contrato, ya que conceptualmente es previa la constitución de la fianza a la formalización del contrato (Dictamen 45.221, de 1 de junio de 1983).

En este caso, el incumplimiento de la obligación de constituir la garantía definitiva es imputable únicamente a la adjudicataria, ya que no se ha alegado ninguna otra causa. Por ello, procede la resolución del contrato de acuerdo con los artículos 41.1 y 111.d de la LCAP, sin que quepa, en el supuesto analizado, la resolución por mutuo acuerdo, ya que éste sólo puede operar cuando no exista otra causa de resolución del contrato imputable al contratista (artículo 112.4 de la LCAP).

Por lo demás, las alegaciones de la U.T.E. sobre los errores, omisiones y contradicciones contenidos en el proyecto de obras no obstan la procedencia de la resolución unilateral del contrato, en cuanto que la subsanación de tales errores y deficiencias implicaría una variación del 4,5% del presupuesto material de ejecución de contrato (inferior, por tanto, al 20% previsto en el artículo 149.e) de la LCAP).

Por todo lo expuesto, este Consejo Consultivo considera procedente la resolución del contrato objeto del expediente analizado, con incautación de la garantía provisional.

**6ª.-** Ello se entiende sin perjuicio de la indemnización de los daños y perjuicios que hayan podido seguirse para la Administración contratante por la actuación de la contratista, de conformidad con el artículo 113.4 de la LCAP, puesto en relación con el artículo 113 del RGLCAP.





### **III CONCLUSIONES**

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

Procede resolver el contrato suscrito entre la Diputación Provincial de xxxxx y la U.T.E. formada por qqqq1 S.A. y qqqq2, S.A., para la construcción de una "nueva carretera de conexión de las carreteras xx1 y xx2, término municipal de xxxx1 -Fase B- tramo 2: P.K. 0+500 al 2+043,372".

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