



Sr. Velasco Rodríguez, Presidente en funciones

Sr. Rey Martínez, 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 2 de agosto de 2012, ha examinado el *procedimiento de resolución de contrato de ejecución de obra suscrito entre la Diputación de xxxx1 y qqqq1, 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 6 de julio de 2012 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *procedimiento relativo a la resolución del contrato de ejecución de las obras de pavimentación y cementerio en xxxx2 y xxxx3, suscrito entre la Diputación de xxxx1 y qqqq1, S.L.*

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 6 de julio de 2012, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 440/2012, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal como dispone el artículo 55 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de Castilla y León, aprobado por el Decreto 17/2012, de 3 de mayo. Turnado por el Sr. Presidente del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Rey Martínez.

Primero.- Por Orden del Diputado Delegado de Obras de la Diputación de xxxx1 de 17 de abril de 2012 se inicia el procedimiento relativo a la resolución del contrato suscrito el 14 de noviembre de 2011 con la empresa qqqq1, S.L. para la ejecución de la obra "Pavimentación y cementerio en xxxx2 y xxxx3", obra nº 31, financiada con cargo al Fondo de Cooperación Local, anualidad 2011, al amparo de los artículos 197 (resolución por demora) y los artículos 206 y 208 (sobre



causas y efectos de la resolución contractual), todos ellos de la Ley 30/2007, de 30 octubre, de Contratos del Sector Público.

Segundo.- Obran en el expediente, además de documentación referida al expediente de contratación, los siguientes documentos:

- Escrito de la empresa de 20 de marzo de 2012 en el que comunica a la Diputación de xxxx1 que "debido a la situación económica empresarial en la que se encuentra, puede que se dé el caso de no poder ejecutar la obra con las garantías exigidas según PCAP [pliego de cláusulas administrativas particulares] y proyecto técnico", por haber presentado la declaración de concurso el 14 de febrero anterior. Aporta Auto de declaración de concurso de acreedores, dictado el 9 de marzo de 2012 por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de xxxx4.

- Informe del Servicio Administrativo de Obras de la Diputación de 3 de mayo de 2012, en el que señala que el contrato se firmó el 14 de noviembre de 2011, se replanteó el 22 de noviembre de 2011 y su plazo de ejecución es de 6 meses; dicho plazo finaliza el 22 de mayo de 2012. Al día de la fecha del informe la empresa no ha iniciado los trabajos, ni ha presentado ningún plan de obra.

- Informe del Técnico de Administración General de la Diputación de 3 de mayo de 2012, en el que concluye que "Se deduce del expediente la declaración en concurso de la empresa qqqq1, S.L. adjudicataria de la obra denominada `Pavimentación y cementerio en xxxx1 y xxxx2´, por lo cual se puede proceder a la resolución del contrato con devolución de la garantía definitiva por esta Administración al adjudicatario al no constar la calificación culpable del concurso".

- Informe de la Secretaría de la Diputación 7 de mayo de 2012, en el que indica que "Procede la resolución del contrato de obra pavimentación y cementerio en xxxx2 y xxxx3 por declaración de concurso. Los efectos de la nombrada resolución -incluida la pérdida o no de la garantía definitiva- deberán determinarse en el momento en que se produzca la calificación del concurso por parte de la jurisdicción mercantil".

- Informe de fiscalización previa de la Intervención de la Diputación de 10 de mayo de 2012, según el cual "(...) a tenor de la parte



dispositiva del Auto dictado con fecha de 9 de marzo de 2012 por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de xxx4, se ha declarado que el concurso tiene carácter voluntario al haber sido instada su declaración por la deudora, pero no hay constancia de que se haya calificado el concurso, por lo cual la devolución de la garantía ha de quedar en suspenso hasta que la jurisdicción mercantil califique definitivamente el mismo”.

Tercero.- Mediante Providencia de 11 de mayo se concede trámite de audiencia a la empresa contratista y al avalista.

El 25 de mayo la empresa contratista presenta un escrito en el que se opone a la resolución del contrato, al considerar que no obedece a un incumplimiento culpable del contratista y sí a una renuncia voluntaria y/o desistimiento de la Administración, con las consecuencias que resultan del artículo 222.4 de Ley 30/2007, de 30 octubre.

Cuarto.- El 13 de junio se formula propuesta de resolución del contrato basada en el artículo 206.b) de Ley 30/2007, de 30 octubre: “La declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento”. Igualmente propone que no procede la devolución de la garantía definitiva a la empresa, prestada por la empresa qqqq2 el 25 de octubre de 2011, hasta que la jurisdicción mercantil califique el concurso.

Quinto.- El 14 de junio de 2012 se notifica al contratista y al avalista el Decreto de la Presidencia de 8 de junio, por el que se acuerda la suspensión del plazo máximo legal para resolver y notificar la resolución, al amparo del artículo 42.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

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 apartado tercero, 1.d), del Acuerdo de 31 de mayo de 2012, del Pleno del Consejo, por el que se determina la composición y competencias de las Secciones.

2ª.- La normativa aplicable, tal y como recoge el pliego de cláusulas administrativas particulares que rige el contrato, viene determinada fundamentalmente, además de por dicho pliego, por la Ley 30/2007, de 30 octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) 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, párrafo segundo, de la Ley de Contratos del Sector Público, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, establece -para los contratos adjudicados con anterioridad a su entrada en vigor, que tuvo lugar el 16 de diciembre de 2011- que se registrarán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior, esto es, por la mencionada LCSP.

Por su parte, 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 por lo dispuesto en la disposición transitoria segunda de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre ("A los procedimientos ya iniciados antes de la entrada en vigor de la presente 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 establece la disposición final tercera de la LCSP.

En este caso, el procedimiento de resolución contractual se ha iniciado bajo la vigencia de la LCSP, por lo que cabe acudir a su artículo 211, relativo al "Procedimiento de ejercicio", que establece como trámites preceptivos la audiencia al contratista y, cuando se formule oposición por parte de éste, el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva. Estos trámites se cumplimentan en el procedimiento. En particular, la oposición de la empresa contratista se formula en escrito en el que actúa representada por el administrador concursal



designado judicialmente. También se ha concedido audiencia al avalista, trámite que prevé el artículo 109.1.b) del RGLCAP cuando se propone la incautación de la garantía. En este caso, si bien no se propone esta incautación, la propuesta de decreto señala que no procede la devolución de la garantía definitiva a la empresa hasta que la jurisdicción mercantil califique el concurso.

La competencia para acordar la resolución del contrato y determinar sus efectos corresponde al órgano de contratación, en el presente caso al Presidente de la Diputación, de acuerdo con el apartado 1 de la disposición adicional segunda de la LCSP.

3ª.- El asunto sometido a consulta versa sobre el expediente relativo a la resolución del contrato para la ejecución de la obra "Pavimentación y cementerio en xxxx2 y xxxx3", suscrito por la Diputación de xxxx1 y qqqq1, S.L., que se opone a tal actuación.

En cuanto al fondo de la cuestión planteada, estima este Consejo Consultivo que debe realizarse un análisis de la causa de incumplimiento alegada por la Administración contratante y la de oposición que realiza la empresa contratista.

La propuesta de resolución del contrato se fundamenta en el artículo 206. b) de la LCSP que considera que es causa de resolución del contrato "La declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento".

Por su parte, el artículo 207.2 de la LCSP, relativo a la aplicación de las causas de resolución, establece 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". El apartado 5 del mismo artículo 207 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".

Del contenido de los preceptos transcritos se desprende claramente que la declaración de concurso del adjudicatario constituye causa de resolución del contrato, y que sólo en tanto no se haya producido la apertura de la fase de



liquidación podrá la Administración, con carácter potestativo, acordar la continuación del contrato si el contratista prestare las garantías suficientes.

Por ello, si bien la resolución contractual no ha de producirse necesariamente, la continuación de la ejecución es meramente potestativa y corresponde a la Administración valorar las circunstancias concurrentes en el caso concreto, y la determinación de si ha de procederse o no a la resolución contractual.

En este caso, el escrito de oposición formulado por la contratista carece de cualquier fundamentación, pues se limita a señalar que la resolución del contrato no obedece a un incumplimiento culpable sino que se debe a una renuncia voluntaria y/o desistimiento de la Administración, con las consecuencias que resultan del artículo 222.4 LCSP. Este precepto dispone que "En caso de desistimiento o suspensión de las obras iniciadas por plazo superior a ocho meses, el contratista tendrá derecho al 6 por ciento del precio de las obras dejadas de realizar en concepto de beneficio industrial, entendiéndose por obras dejadas de realizar las que resulten de la diferencia entre las reflejadas en el contrato primitivo y sus modificaciones y las que hasta la fecha de notificación de la suspensión se hubieran ejecutado".

No resulta del expediente, sin embargo, que la Administración haya acordado durante el plazo de ejecución el desistimiento o la suspensión de las obras iniciadas. Antes al contrario, lo que se desprende de aquél es la falta de ejecución de los trabajos por parte del contratista. Así lo indica el informe de 3 de mayo de 2012 del Servicio Administrativo de Obras de la Diputación, según el cual a su fecha ni siquiera habían sido iniciados aquéllos. El propio contratista, además, en el escrito que presenta en la Diputación el 20 de marzo de 2012 expresamente reconoce que "debido a la situación económica empresarial en la que se encuentra, puede que se dé el caso de no poder ejecutar la obra con las garantías exigidas según PCAP y proyecto técnico", por haber presentado la declaración de concurso.

En conclusión, a la vista de la situación de insolvencia en la que se encuentra incurso la empresa contratista y del perjuicio al interés público aducido por la Administración a causa de la inejecución de la obra, este Consejo Consultivo considera procedente su resolución.



6ª.- En lo que respecta a las consecuencias de la resolución del contrato, el artículo 208.4 LCSP dispone 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 de la garantía incautada”. El apartado 5 del precepto señala que “En todo caso el acuerdo de resolución contendrá un pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que, en su caso, hubiese sido constituida”.

Por otro lado, 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 de la materia que se contiene en los artículos 163 y siguientes de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, llevaría a considerar que la garantía será incautada de forma automática en el caso de que el concurso se califique como culpable.

La propuesta de decreto examinada dispone que no procede la devolución de la garantía definitiva a la empresa, prestada por la empresa qqqq2 el 25 de octubre de 2011, hasta que la jurisdicción mercantil califique el concurso.

Si bien esta postura de no incautación de la garantía mantenida por la Administración resulta correcta, dado que aún no ha tenido lugar la formación de la sección de calificación del concurso, ha de tenerse presente que el artículo 208 LCSP tan sólo prevé la pérdida y la devolución o cancelación de la garantía y no su mantenimiento a los efectos que pudieran derivarse de una declaración de insolvencia, solución que no aparece tampoco contemplada en la Ley 22/2003, de 9 de Julio.

Por ello este Consejo Consultivo considera conveniente apuntar la posibilidad de que en el Decreto por el que se resuelva el contrato se determinen los daños y perjuicios que en su caso debieran ser indemnizados por el contratista y que se proceda a la personación de la Diputación Provincial



**CONSEJO
CONSULTIVO**
DE CASTILLA Y LEÓN

en el proceso concursal, con la finalidad de lograr la satisfacción del crédito que el importe de aquella indemnización pudiera constituir.

III CONCLUSIONES

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

Procede resolver el contrato de ejecución de las obras de pavimentación, y cementerio en xxxx2 y xxxx3, suscrito entre la Diputación de xxxx1 y qqqq1, S.L.

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