



Sr. Amilivia González, Presidente y  
Ponente

Sr. Rey Martínez, Consejero  
Sr. Velasco Rodríguez, Consejero  
Sr. Nalda García, Consejero

Sr. Sobrini Lacruz, Secretario

La Sección Primera del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 27 de marzo de 2013, ha examinado el *procedimiento de resolución de contrato suscrito entre el Ayuntamiento de xxxx1 y D. xxxxx*, 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 26 de febrero de 2012 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *procedimiento relativo a la resolución del contrato suscrito entre el Ayuntamiento de xxxx1 y D. xxxxx para la explotación de un invernadero municipal*.

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 1 de marzo de 2013, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 151/2013, 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. Amilivia González.

**Primero.-** El 14 de junio de 2006 el Pleno del Ayuntamiento de xxxx1 acuerda la adjudicación del "contrato administrativo de concesión de explotación" del invernadero de propiedad municipal a D. xxxxx, en virtud de una contestación a una oferta remitida por escrito, por un plazo de 10 años, prorrogable por otros cinco años más, por un precio de 1.000 euros anuales.



**Segundo.-** Consta en el expediente diversa documentación relativa a requerimientos de abono del canon, así como recurso de reposición interpuesto por el contratista contra la resolución por la que se le requería al pago de la deuda.

**Tercero.-** El informe de la Tesorera del Ayuntamiento de 22 de noviembre de 2012 señala entre otros extremos, lo siguiente: "Dado que no hay expediente alguno sobre esa concesión salvo el acuerdo Plenario del año 2006, debería aplicarse el artículo 62 del TRLCAP establece como una de las causas de nulidad de derecho administrativo "Las indicadas en el artículo 62.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común". Determinando a su vez el citado artículo 62.1 de la Ley 30/92 que constituye causa de nulidad el haber prescindido total y absolutamente del procedimiento establecido" (sic).

Añade que "por otro lado, el artículo 111 del TRLCAP establece como una de las causas de resolución de contratos su no formalización en plazo, aunque también, y con arreglo al mismo precepto, es causa de resolución el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales constituyendo el pago del precio del contrato una obligación contractual esencial.

También indica el procedimiento para resolver "el contrato de gestión de servicio público".

**Cuarto.-** El 12 de diciembre de 2012 el Alcalde dispone:

"Incoar el procedimiento para acordar, si procede, la resolución del contrato de concesión de explotación del invernadero municipal sito en el paraje xx1 del polígono 1, parcela 75, lo que conllevaría la incautación de la garantía (si la hubiere) y el resarcimiento de daños y perjuicios, si los hubiere, y no fuese suficiente la citada garantía.

»Dar audiencia al contratista por un plazo de diez días naturales desde la notificación de esta resolución, y al avalista o asegurador por el mismo plazo, a los efectos de que presenten las alegaciones y documentos que consideren convenientes.

»Solicitar informe de los Servicios Municipales sobre las alegaciones presentadas y sobre la valoración de los bienes que van a revertir al Ayuntamiento".



**Quinto.-** Concedido trámite de audiencia al contratista, el 21 de diciembre de 2012 presenta alegaciones en las que anuncia que interpone recurso de reposición frente a la resolución e indica que no coincide la fecha de inicio de contrato con lo manifestado por la Administración y que no existe deuda exigible frente a él.

**Sexto.-** El 1 de febrero de 2013 se emite informe sobre las alegaciones presentadas por el recurrente.

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 viene determinada fundamentalmente por 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 TRLCAP) y por el Reglamento General, aprobado por el Real Decreto 1.098/2001, de 12 de octubre. Estas normas resultan de aplicación de acuerdo con el apartado 2 de la disposición transitoria primera del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP) e igualmente el apartado 2 de la disposición transitoria primera de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP).

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 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 del TRLCSP.

En este caso, el procedimiento de resolución contractual se ha iniciado bajo la vigencia del TRLCSP, por lo que cabe acudir al 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. En el mismo sentido se pronuncia el artículo 213.1 4 del TRLCSP, para el supuesto específico de “Resolución por demora y prórroga de los contratos”. Estos trámites se han cumplimentado en el procedimiento. También se ha concedido la audiencia al avalista que prevé el artículo 109.1.b) del RGLCAP, cuando se propone, como en este caso, la incautación la garantía.

La competencia para acordar la resolución del contrato y determinar sus efectos corresponde al órgano de contratación, que en este caso es el Alcalde, de acuerdo con el apartado 1 de la disposición adicional segunda del TRLCSP.

**3ª.-** El asunto sometido a consulta versa sobre el expediente relativo a la resolución del contrato suscrito entre el Ayuntamiento de xxxx1, y D. xxxxx, para la explotación de un invernadero municipal.

La resolución de un contrato constituye un procedimiento autónomo, con sustantividad propia, que responde a un procedimiento normado, con carácter general, por el artículo 109 del RGLCAP. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 2007 señala 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”. Concluye por ello que se trata de un procedimiento autónomo y no de un incidente de ejecución del mismo.



El artículo 109 del RGLCAP prevé, en lo relativo al *iter* procedimental para resolver un contrato, la necesidad de cumplir los siguientes requisitos:

“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”.

Ahora bien, ni los mencionados artículos 211 y 213 del TRLCSP, ni el artículo 109 del RGLCAP contemplan plazo alguno para la tramitación y resolución del procedimiento, por lo que cabe preguntarse si éste se encuentra o no sujeto a plazo de caducidad.

Sobre esta cuestión, teniendo en cuenta que el fundamento del establecimiento de un plazo de caducidad es la seguridad jurídica, que trata de conseguirse dando respuesta a los expedientes en un plazo razonable, no se aprecia motivo alguno para que la materia contractual no sea merecedora de esta garantía.

No obstante, la disposición final tercera del TRLCSP dispone que “Los procedimientos regulados en esta Ley se registrarán, en primer término, por los



preceptos contenidos en ella y en sus normas de desarrollo y, subsidiariamente, por los de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y normas complementarias”

Dicho precepto, a su vez, obliga a acudir al artículo 42 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que en sus tres primeros apartados establece: “1. La Administración está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla 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 la 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 comunicación previa 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 la normativa comunitaria europea.

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

Asimismo, el artículo 44 de la misma Ley, respecto a 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: (...) 2. 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 92”.



A la luz de los preceptos transcritos puede concluirse que se ha producido la caducidad del procedimiento por el que se resuelve el contrato, al haber transcurrido el plazo previsto en la citada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, ya que la resolución de inicio del procedimiento es de 12 de diciembre de 2012.

Éste es, por otra parte, el criterio sostenido por el Tribunal Supremo desde la Sentencia de 28 de junio de 2004. Así, en su Sentencia de 2 de octubre de 2007 señala: "Como consecuencia de lo expuesto cuando la Administración dictó la resolución por la que resolvía definitivamente el contrato y procedía a la incautación de la garantía había transcurrido en exceso el plazo de tres meses de que disponía para hacerlo, de modo que en ese momento no podía acordar la resolución del contrato ni la incautación de la garantía, y lejos de ello lo que debió decidir fue la caducidad del expediente y el archivo de las actuaciones sin perjuicio de los efectos a que se refiere el art. 92.3 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común".

Este mismo criterio es el mantenido por diferentes sentencias de Tribunales Superiores de Justicia; sirva de ejemplo la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso-Administrativo de 10 de marzo de 2008, o la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 11 de febrero de 2008.

Por todo ello, este Consejo Consultivo considera que, al estar en presencia de un procedimiento de resolución contractual, en aplicación de lo dispuesto en los artículos y jurisprudencia citados, procede declarar la caducidad del procedimiento de resolución de contrato a que se refiere la presente consulta.

Por otro lado, conviene recordar que el Consejo de Estado, al tratar el poder resolutorio de la Administración, ha mantenido ya desde 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, aún mínimo, supusiera tal resolución, ya que ésta constituye una opción que la Administración ha de ejercer siempre con obligada mesura". Mantiene también en su Dictamen nº 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”.

No bastaría cualquier incumplimiento contractual para que se produzca el efecto resolutorio, sino que ha de traducirse en una valoración del incumplimiento grave y de naturaleza sustancial del contrato, al ser la resolución la consecuencia más grave que puede derivarse de esta circunstancia.

En cualquier caso es preciso indicar que, si existen indicios suficientes y conocidos por el Ayuntamiento de que la adjudicación del contrato incurre en causa de nulidad de pleno derecho y dicha circunstancia es conocida con anterioridad al inicio del procedimiento de resolución contractual, no se estima procedente acudir a un procedimiento de resolución del contrato.

Si la Administración advierte (tal y como en el presente caso consta en el informe emitido por la tesorera del Ayuntamiento) que el contrato está incurrido en causa de nulidad de pleno derecho, en virtud de lo señalado en el artículo 62.1 e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, lo procedente es iniciar un procedimiento de revisión de oficio y no de resolución contractual.

Para acudir a un procedimiento de resolución contractual es preciso contar con un contrato válido, y la nulidad contractual ha de ser objeto de tramitación prioritaria sobre cualquier otro aspecto relativo a las vicisitudes que plantee la relación contractual.

La resolución contractual supone una causa sobrevenida de un contrato originariamente válido; sin embargo, la nulidad presupone que, desde el origen, el contrato carece de efecto alguno. Por ello, la nulidad y la resolución contractual son incompatibles entre sí, ya que si un contrato es nulo no puede ser resuelto.

Además, los efectos previstos para el caso de resultar procedente la resolución del contrato son diferentes a los efectos derivados de la nulidad contractual y no cabe la posibilidad de que la Administración pueda beneficiarse de su propio incumplimiento de la legislación contractual. Así, los efectos derivados de la nulidad implican que el contrato entrará en fase de liquidación, debiendo las partes restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen recibido





en virtud de aquél y, si esto no fuese posible, se devolverá su valor y, en su caso, la parte culpable debe indemnizar a la contraria de daños y perjuicios que hubiera sufrido.

En definitiva, si se aprecia la existencia de una causa de nulidad de pleno de derecho en la adjudicación del contrato, ello determina que no sea procedente instar la resolución del contrato, sino la tramitación del procedimiento de revisión de oficio.

Por otra parte, este Consejo no dispone de los datos suficientes para apreciar si se está en presencia de un contrato privado o de naturaleza administrativa. La calificación que las partes otorguen al contrato no tiene virtualidad para alterar su verdadera naturaleza jurídica y, en definitiva, el régimen jurídico que resulte aplicable en relación a su causa y objeto. Tal y como señala el informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa nº 67/1996, de 18 de diciembre, "resulta evidente que la sumisión de los contratos privados, en su preparación y adjudicación, a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas responde a la idea de que, aunque, por su naturaleza privada, sus efectos y extinción se rigen por el derecho privado, ello no obsta para que por el dato fundamental de los fondos públicos con los que se financian estos contratos, su adjudicación ha de llevarse a cabo con las normas concretas en que se plasman los principios de publicidad, transparencia, libre concurrencia y no discriminación, idea que se ve reforzada porque muchos de estos contratos privados por naturaleza pueden quedar sujetos a las Directivas comunitarias, concretamente a la Directiva 92/50/CEE, que, como es sabido obliga a aplicar sus preceptos referentes exclusivamente a la preparación y adjudicación de contratos, a los contratos privados".

En cualquier caso, su naturaleza jurídica resulta intrascendente si se considera que el contrato en su preparación o adjudicación está incurrido en causa de nulidad.

Conviene recordar que los contratos privados se rigen en cuanto a su preparación y adjudicación por la legislación de contratos (son actos separables y revisables, ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa). Por el contrario a sus efectos y extinción se les aplican las normas de derecho privado, por lo que, si se apreciara que se está en presencia de un contrato privado, la



resolución de tal contrato, dada su naturaleza, implicaría que no estuviera sometida a dictamen preceptivo de este Órgano Consultivo.

### **III CONCLUSIONES**

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

Procede que se declare la caducidad del procedimiento de resolución del contrato suscrito entre el Ayuntamiento de xxxx1 y D. xxxxx, para la explotación de un invernadero municipal, sin perjuicio de las consideraciones mencionadas en el cuerpo del presente Dictamen.

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