



Sr. Amilivia González, Presidente
Sr. Velasco Rodríguez, 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 24 de abril de 2013, ha examinado el *expediente de resolución de 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 22 de marzo de 2013 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *procedimiento relativo a la resolución del contrato para el desarrollo del programa de escuelas de promoción deportiva, suscrito entre el Ayuntamiento de xxxxx y qqqqq, S.L.*

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 2 de abril de 2013, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 228/2013, 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. Velasco Rodríguez.

Primero.- Por Resolución del Teniente de Alcalde de 26 de diciembre de 2012, se acuerda la terminación del procedimiento de resolución del contrato por mutuo acuerdo, y se incoa procedimiento para la resolución del contrato suscrito el 27 de febrero de 2009 con la empresa qqqqq, S.L., para el desarrollo del programa de escuelas de promoción deportiva, al amparo de los artículos 206 y 208 (éste último en cuanto a los efectos) de la Ley 30/2007, de 30



octubre, de Contratos del Sector Público, por incumplimiento de las obligaciones contractuales esenciales calificadas como tales en el pliego de contratación o en el contrato, debido a la falta de actividad deportiva con los escolares, con incautación de la garantía definitiva. Asimismo señala que no procede la indemnización de daños y perjuicios.

Segundo.- Dicha Resolución se notifica al contratista y al avalista, quienes reciben la notificación el día 17 de enero de 2013.

El 25 de enero el contratista presenta un escrito en el que alega como motivo único frente a la citada Resolución la improcedencia de la incautación de la garantía definitiva, por lo que concluye que se “dicte en su día resolución por la que declarando resuelto el contrato para el desarrollo de programas de escuelas de promoción deportivas (...) si ello fuera lo que más conviene al interés del Ayuntamiento y del municipio, acuerde la devolución a mi representada de la garantía definitiva depositada por no existir incumplimiento por parte de la contratista ni daños y perjuicios para la administración contratante que deban ser resarcidos”.

Tercero.- El 18 de febrero de 2013 la adjunta Jefe de Servicio de Contratación y Bienes del Ayuntamiento emite informe en el que indica, entre otros extremos, que “la garantía definitiva tiene naturaleza de penalidad impuesta por el incumplimiento del contrato, y no se ha acordado la indemnización de daños y perjuicios”. Señala que “en caso de resolución del contrato por incumplimiento la incautación de la garantía definitiva es una penalidad contractual en sí misma que no tiene que justificarse ni ampararse en la producción de daños y perjuicios ocasionados a la Administración durante la ejecución del contrato (...)”.

Cuarto.- El 28 de febrero de 2013 el asesor jurídico del Ayuntamiento emite informe en el que señala que procede desestimar las alegaciones formuladas por la contratista y resolver el contrato con incautación de la garantía definitiva, así como concretar los daños y perjuicios ocasionados por si exceden de dicha garantía.

Quinto.- El 7 de marzo de 2013 se formula propuesta de la Comisión de Contratación y Bienes sobre la desestimación de alegaciones y resolución del contrato para el desarrollo del programa de escuelas de promoción deportiva y



sobre la solicitud de dictamen al Consejo Consultivo de Castilla y León. Asimismo se acuerda la suspensión del plazo máximo para resolver, de conformidad con lo indicado en el artículo 42.5 c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Por Resolución del Teniente de Alcalde de 7 de marzo de 2013 se aprueba lo indicado por la Comisión, que se notifica al contratista y al avalista.

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 al contrato, tal y como se recoge en el pliego de cláusulas administrativas particulares, viene determinada fundamentalmente, además de por dicho pliego, por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente dicha Ley, 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, apartado 2, de la Ley de Contratos del Sector Público, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), establece -para los contratos adjudicados con anterioridad a su entrada en vigor, que tuvo lugar el 16 de diciembre de 2011- que se regirán, en cuanto a sus efectos,



cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior, esto es, por la mencionada Ley 30/2007, de 30 octubre.

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 del TRLCSP.

La competencia para acordar la resolución del contrato y determinar sus efectos corresponde al órgano de contratación, conforme disponen los artículos 194 de la LCSP y 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 caso al Teniente de Alcalde (de acuerdo con la delegación que se indica efectuada por el Alcalde según Decreto de 3 de septiembre de 2007).

3ª.- El asunto sometido a consulta versa sobre el expediente relativo a la resolución del contrato de desarrollo del Programa de Escuelas de Promoción Deportivas, suscrito entre el Ayuntamiento de xxxxx y qqqqq, S.L.

La propuesta de resolución del contrato indica que se fundamenta en un incumplimiento contractual imputable al contratista por incumplimiento de las obligaciones contractuales esenciales, y alude al artículo 206 de la LCSP, sin especificar el apartado, en este caso el apartado g) (de acuerdo con la redacción vigente en el momento de adjudicación del contrato, puesto que la Ley 34/2010, de 5 de agosto, modificó el artículo 206 de la LCSP y suprimió su letra d), al tiempo que dio nueva enumeración alfabética sucesiva a las restantes letras).

El Consejo de Estado, al tratar el poder resolutorio de la Administración, ha mantenido ya desde su Dictamen nº 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, aun mínimo, supusiera tal resolución, ya que ésta constituye una opción que la Administración ha de ejercer siempre con obligada medida”. 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”.

Asimismo, tal y como mantiene el Tribunal Supremo en Sentencia de 14 de diciembre de 2001, la resolución por incumplimiento del contrato ha de limitarse a los supuestos en que sea patente “una voluntad rebelde a su cumplimiento, sin bastar el simple retraso, al requerirse una pasividad dolosa, culpable o negligente imputable al contratista, como ha venido exigiendo la jurisprudencia de esta Sala a tales efectos”.

En el presente caso, tal y como señala la propuesta de resolución, “es un hecho incuestionable que la empresa dejó de cumplir el contrato, desentendiéndose por completo de prestar el servicio objeto del mismo”.

El contratista admite el incumplimiento contractual y que dejó de prestar la actividad que constituye el objeto del contrato. Frente a ello, indica que circunstancias económicas, no probadas, justificarían la no ejecución de éste. En el presente caso, en la documentación obrante en el expediente no existe justificación que pudiera cuestionar la existencia de la causa de resolución analizada.

Asimismo indica que, en cualquier caso, su incumplimiento no es culpable, sin embargo, no concurre causa que permita calificar ese incumplimiento como no culpable o no imputable a su propia actuación.

Por lo que se refiere a la entidad del incumplimiento en el contexto de la relación jurídica contractual que se examina, el incumplimiento del contratista puede ser calificado de culpable ya que los distintos informes obrantes en el expediente ponen de manifiesto el abandono o total paralización de la actividad objeto del contrato.



En definitiva, puede apreciarse que el incumplimiento de la empresa contratista es de tal entidad que motiva la resolución del contrato, al amparo del artículo 206. g) de la LCSP.

4ª.- La LCSP no prevé la incautación automática de la garantía en los supuestos de incumplimiento culpable del contratista. El artículo 208.4 de la LCSP establece 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 del de la garantía incautada" (de igual modo el actual artículo 225.3 del TRLCSP). Y el apartado 5 prevé que "En todo caso el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que, en su caso, hubiese sido constituida".

Para su fijación, si procede, deberá tenerse en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ya en Sentencia de 9 de diciembre de 1980 declaró 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".

La propuesta de resolución prevé la incautación automática de la fianza, y en el informe de la adjunta Jefe de Servicio de Contratación y Bienes del Ayuntamiento se indica que "la garantía definitiva tiene naturaleza de penalidad impuesta por el incumplimiento del contrato".

Tal circunstancia no resulta procedente, ya que el artículo 208 LCSP (actual artículo 225.3 TRLCSP) no prevé que la incautación de la garantía tenga carácter automático por el incumplimiento culpable del contratista, o que tenga naturaleza de penalidad por el mero incumplimiento del contrato, a diferencia de lo que sí establecía el artículo 114.4 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas y con posterioridad, el



artículo 113.4 Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, que preveían la incautación automática de la fianza, además de la indemnización de los daños producidos a la Administración en lo que excediera del importe de la fianza.

En ese sentido, el Dictamen del Consejo de Estado núm. 318/2012, de 12 de abril indica que "Interesa resaltar que el apartado transcrito no prevé la incautación de la garantía definitiva como un efecto asociado automáticamente a la resolución contractual por incumplimiento de la contratista. Esta previsión contrasta con la contenida en el artículo 113.4 del derogado texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio ("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"), precepto con arreglo al cual la resolución del contrato por dicha causa conllevaba la incautación de la fianza, sin perjuicio de la obligación de la contratista de indemnizar a la Administración por los daños y perjuicios en lo que excediera del importe de la garantía (automatismo en la incautación que ha sido matizado en la doctrina del Consejo de Estado, al entenderse que, dada la función punitiva a la que atiende, tal incautación debía modularse a la vista del comportamiento de las partes en la vida contractual -dictamen 41/2011, de 24 de febrero-). Frente a lo dispuesto en el artículo 113.4 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, el artículo 208.3 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público circunscribe las consecuencias de la resolución contractual por incumplimiento culpable de la contratista a la obligación de indemnización de los daños y perjuicios ocasionados, la cual ha de hacerse efectiva sobre la garantía constituida, si bien la responsabilidad contractual subsiste en lo que exceda de su importe".

Sobre este particular, el Dictamen del Consejo de Estado núm. 646.2012 señala que "(...) no está previsto en el pliego que el incumplimiento culpable del contratista comporte automáticamente la pérdida de la garantía ni es posible deducir tal consecuencia de la regulación legal aplicable al contrato. No obstante, la garantía prestada por el contratista queda afecta al pago de la indemnización de los daños y perjuicios irrogados a la Administración. Y en tal sentido, aun cuando con ocasión de la resolución del contrato no proceda



declarar su pérdida, debe acordarse su retención hasta que se cuantifiquen los referidos daños y perjuicios, cobrándose su importe de la garantía si esta fuera superior a aquellos. Procede, por tanto, declarar resuelto el contrato sin pérdida de la garantía constituida y tramitar un procedimiento contradictorio a fin de determinar el montante de los daños y perjuicios irrogados a la Administración pública, reteniendo hasta la terminación de este dicha garantía toda vez que el importe de los referidos daños deberá hacerse efectivo en primer término con cargo a ella”.

El Dictamen del Consejo de Estado núm. 1121/2012, indica en los mismos términos que “ (...) los daños de que se trata responden a una descripción lo suficientemente precisa como para permitir una cuantificación, que debería hacerse mediante un expediente contradictorio, hasta cuya terminación deberá retenerse la garantía, toda vez que el importe de los referidos daños habrá de hacerse efectivo en primer término con cargo a ella (ver, en este sentido, el dictamen nº 646/2012, de 5 de julio de 2012)”.

En el presente caso, la Administración no ha procedido a valorar los daños y perjuicios derivados del incumplimiento contractual, por lo que deberá tramitarse un procedimiento contradictorio al efecto, con audiencia del contratista. Asimismo procede que se retenga el importe de la garantía hasta que se cuantifiquen los daños y perjuicios. Para su fijación, deberá tenerse en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ya en Sentencia de 9 de diciembre de 1980 declaró 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”.

III CONCLUSIONES

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



**CONSEJO
CONSULTIVO**
DE CASTILLA Y LEÓN

Procede resolver el contrato de desarrollo del Programa de Escuelas de Promoción Deportivas, suscrito entre el Ayuntamiento de xxxxx y qqqq, S.L, con los efectos que se analizan en la consideración jurídica cuarta de este dictamen.

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