

Expediente Núm. 91/2016  
Dictamen Núm. 91/2016

**V O C A L E S :**

*Fernández Pérez, Bernardo,*  
Presidente  
*García Gutiérrez, José María*  
*Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis*  
*Fernández Noval, Fernando Ramón*

Secretario General:  
*García Gallo, José Manuel*

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 7 de abril de 2016, con asistencia de los señores que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de esa Alcaldía de 17 de marzo de 2016 -registrada de entrada el día 21 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la resolución del contrato de obras de construcción de un edificio para sede de una asociación de vecinos.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

**1.** Mediante Resolución de la Alcaldía del Ayuntamiento de Gijón de 24 de marzo de 2015, se adjudica el contrato de ejecución de las obras de construcción de edificio para sede de la Asociación de Vecinos de Somió a la empresa .....

El día 31 del mismo mes se formaliza el contrato en documento administrativo, cuya cláusula 4.ª señala que “el plazo de ejecución de las

obras es de seis (6) meses, contados a partir de la firma del acta de replanteo”, y que la comprobación de este “tendrá lugar dentro del plazo máximo de un mes desde la fecha de formalización del presente contrato”. Según la cláusula 6.ª, “el régimen de penalizaciones por incumplimientos contractuales será el establecido en la cláusula 34 del pliego modelo de cláusulas administrativas particulares”. Consta en la cláusula 7.ª del contrato que, para responder de su cumplimiento, “ha sido constituida, a favor de la Administración, una garantía definitiva por importe de 10.546,18 euros, en la Caja Municipal”.

**2.** Obra incorporado al expediente el “pliego modelo de cláusulas administrativas particulares para la contratación de obras por procedimiento abierto, restringido o negociado sin publicidad” por el que, junto con el “cuadro de características particulares”, se rige la contratación. Según su cláusula 22.ª, “las obras objeto del contrato deberán ejecutarse en el plazo que se fije” en el cuadro de características particulares -que es de seis meses- y “la ejecución del contrato comenzará con el acta de comprobación del replanteo”, que “deberá realizarse en las condiciones previstas en el art. 229 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, y en su normativa de desarrollo, en el plazo de un mes desde la formalización”. La cláusula 23.ª añade que “el contratista está obligado a cumplir el contrato dentro del plazo total fijado para la realización del mismo, así como de los plazos parciales señalados para su ejecución sucesiva./ La constitución en mora del contratista no precisará intimación previa”. Conforme determina la cláusula 38.ª, “la resolución del contrato de obras tendrá lugar, además de en los (casos) señalados en el artículo 223, en los supuestos del artículo 237 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, y se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, mediante procedimiento en el que se garantice la audiencia de este, y con los efectos

previstos en los artículos 225 y 239 del mencionado Real Decreto Legislativo 3/2011, y 110 a 113 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”.

**3.** Con fecha 29 de mayo de 2015, se suscribe por la Administración y por el contratista la correspondiente “acta de replanteo y comienzo de las obras”. En ella se considera que aquellas son “no viables, por el retraso en la disposición de conexiones a redes de suministro debidas a normativa sectorial de aplicación que hacen inviable el comienzo de las obras”.

**4.** El día 8 de julio de 2015, las partes contratantes firman una nueva acta de replanteo en la que se entiende que “las obras son viables” y “la Dirección Facultativa de las mismas autoriza su inicio, comenzando a contar el plazo de ejecución a partir del día siguiente al de la fecha”.

**5.** Con fecha 14 de enero de 2016, la Arquitecta Municipal, que asume la Dirección Facultativa de las Obras, emite un informe en el que, tras indicar que “desde el inicio de los trabajos el ritmo de los mismos ha sido muy escaso” y que “en numerosas ocasiones se ha instado a la contrata a vincular a la obra los medios humanos y materiales necesarios para ejecutar los trabajos dentro del plazo contractual”, constata que a la fecha de emisión de este informe “se ha certificado un total de 5.954,68 euros, más IVA, de un total de adjudicación de 210.923,55 euros, más IVA, lo que supone un 2,823146%, y el resultado es que se ha cumplido el plazo contractual, que terminó el pasado 9 de enero de 2016, sin haber terminado los trabajos de construcción del nuevo edificio”. A la vista de lo señalado, y en atención a lo dispuesto en los artículos 212.4, 223.d) y 102 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, propone “que se inicie el procedimiento para la resolución del contrato (...), y, siendo la causa de resolución imputable

al contratista”, que se acuerde la “pérdida de la garantía definitiva por parte del contratista en base a los daños y perjuicios ocasionados a esta Administración, quedando estos cumplidos con el valor de la garantía”. Adjunta tres fotografías del estado de ejecución de las obras.

**6.** El día 29 de enero de 2016, la Jefa de la Unidad Técnica de Gastos, previo requerimiento de la Jefa de la Sección de Contratación, extiende diligencia en la que se hace constar que la fianza definitiva depositada por la empresa adjudicataria “figura ingresada en valores mediante aval”.

**7.** Con fecha 1 de febrero de 2016, la Jefa del Servicio de Contratación y Compras emite un informe en el que propone el inicio de expediente de resolución del contrato de obras de construcción de edificio para sede de la Asociación de Vecinos de Somió, con incautación de la garantía constituida por la empresa adjudicataria.

En él se indica que resulta de aplicación a este caso lo dispuesto en la cláusula 38 del pliego modelo de cláusulas administrativas particulares y en el artículo 223.d) del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público; “es decir, la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista, supuesto que se desprende con claridad del informe del responsable municipal del contrato”.

En cuanto a “los efectos de la resolución que se pretende”, tras referir lo dispuesto en el artículo 225.3 del citado cuerpo legal, asume el contenido del informe suscrito por la Arquitecta Municipal, según el cual “debe incautarse la garantía depositada, en base a los daños y perjuicios ocasionados a esta Administración, quedando estos cumplidos con el valor de la misma”.

Sobre el procedimiento aplicable a la tramitación del expediente de resolución, informa que este debe corresponderse con el previsto en el artículo 109 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas,

de modo que “en el caso de demora en la ejecución” no ha de “ser requerido informe al Servicio Jurídico”. Asimismo, considera necesaria la emisión de informe por “la Intervención de Fondos”, a tenor de lo señalado en el artículo 114.3 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en Materia de Régimen Local.

**8.** La Intervención General, el 8 de febrero de 2016, informa favorablemente “la propuesta de inicio de resolución del contrato”, de conformidad con lo señalado en el informe emitido por la Jefa del Servicio de Contratación y Compras el día 1 del mismo mes.

**9.** Previa propuesta formulada por la citada Jefa de Servicio el 10 de febrero de 2016, la Alcaldía dicta resolución con la misma fecha en la que se acuerda el inicio del expediente de resolución del contrato de obras de construcción de edificio para sede de la Asociación de Vecinos de Somió.

En el mismo acto se concede a la empresa adjudicataria y a la entidad avalista un plazo de diez días naturales para la presentación de alegaciones, y se les advierte de que “la resolución del contrato conllevará, en su caso, la incautación de la garantía definitiva”. Consta en el expediente la notificación del acuerdo a las interesadas con fechas 25 y 23 de febrero de 2016, respectivamente.

**10.** El día 4 de marzo de 2016, la Administradora concursal de la empresa contratista, que acredita dicha circunstancia adjuntando copia del Auto del Juzgado de lo Mercantil N.º 1 de Oviedo, de 1 de diciembre de 2015, por el que se efectúa su nombramiento, presenta en el registro del Ayuntamiento de Gijón un escrito de alegaciones. En él señala “que la sociedad está en negociaciones con empresas con el fin de realizar una cesión del contrato según las condiciones establecidas en el artículo 226 del TRLCSP”, por lo que solicita “una prórroga de 20 días hábiles con el objeto de llevar a fin las

gestiones iniciadas, de modo que se pueda realizar una cesión del contrato a otra entidad que cumpla los requisitos requeridos para realizar la obra". Considera que la cesión es "una opción beneficiosa para ambas partes". Igualmente, insta a que se "paralice la resolución del contrato que conlleva la incautación de la garantía constituida por la concursada".

Adjunta a su escrito una copia del Auto del Juzgado referido, de 8 de febrero de 2016, por el que se declara finalizada la fase concursal y se procede a la apertura de la fase de liquidación de la empresa.

**11.** Conforme al certificado emitido, el 9 de marzo de 2016, por la Jefa del Departamento de Atención Directa al Ciudadano, la entidad avalista no presenta alegaciones en el trámite de audiencia.

**12.** Con fecha 17 de marzo de 2016, la Jefa del Servicio de Contratación y Compras formula propuesta de resolución en la que plantea "desestimar (...) la solicitud (...) de paralización de la resolución del contrato (...). Acordar (...) la resolución" de aquel "por incumplimiento culpable del contratista (...). Acordar, en consecuencia, la incautación de la garantía definitiva constituida (...) para responder del cumplimiento del presente contrato" y "dar traslado de la presente propuesta de resolución al Consejo Consultivo del Principado de Asturias".

Explica que "el plazo contractual ha terminado el pasado 9 de enero de 2016 y únicamente se ha certificado (...) un 2,823146%" de la obra contratada.

Considera que "no resulta posible acceder a la solicitud ahora planteada por la Administradora concursal de la contratista, puesto que (...), estando ante el supuesto de un plazo contractual que ha expirado, no cabría acceder a ningún tipo de prórroga del mismo y menos aún autorizar su cesión, tal y como pretende la solicitante invocando lo dispuesto en el artículo 226 (del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre), del que ni siquiera se

cumplen los requisitos en él establecidos para que se pueda dar la cesión de derechos y obligaciones a un tercero”.

Fundamenta la resolución del contrato en la causa prevista en el artículo 223.d) del referido texto legal, relativa a “la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista”, y justifica la incautación de la garantía depositada en el contenido del informe emitido por la Arquitecta Municipal. Asimismo, considera que el procedimiento seguido se ajusta a la legislación aplicable.

**13.** En este estado de tramitación, mediante escrito de 17 de marzo de 2016, esa Alcaldía solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de resolución del contrato de obras de construcción de edificio para sede de la Asociación de Vecinos de Somió, adjuntando a tal fin el expediente original.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho:

**PRIMERA.-** El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1, letra n), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra n), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud de la Alcaldía del Ayuntamiento de Gijón, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado b), y 40.1, letra b), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

**SEGUNDA.-** De acuerdo con dichas normas, la consulta preceptiva a este Consejo sobre resolución de contratos administrativos está condicionada a que “se formule oposición por parte del contratista”.

En el asunto ahora examinado, la Administradora concursal de la empresa contratista -cuyo cargo queda acreditado a la vista del Auto del Juzgado de lo Mercantil N.º 1 de Oviedo de 1 de diciembre de 2015- omite en su escrito de alegaciones manifestar de forma expresa su oposición a la resolución del contrato. Sin embargo, solicita la paralización del expediente durante el plazo de 20 días hábiles al objeto de "llevar a fin las gestiones iniciadas" para "realizar una cesión del contrato a otra entidad que cumpla los requisitos requeridos para realizar la obra".

La solicitud de cesión del contrato formulada se desestima de modo expreso en la propuesta de resolución que el Ayuntamiento de Gijón somete a nuestra consideración. En ella se recoge que no es posible la prórroga de un "plazo contractual que ha expirado", ni "menos aún autorizar" la cesión del contrato, dado que "ni siquiera se cumplen los requisitos" establecidos en el artículo 226 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), "para que se pueda dar la cesión de derechos y obligaciones a un tercero". Sin embargo, debemos advertir a la autoridad consultante sobre la necesidad de reconsiderar tal motivación, ya que la misma se basa en referencias legales erróneas. En efecto, el apartado 3 del artículo 4 del Real Decreto-ley 6/2010, de 9 de abril, de Medidas para el Impulso de la Recuperación Económica y el Empleo, modificó, con efectos desde su entrada en vigor el día 14 del mismo mes, la redacción dada al artículo 209.2.b) de la entonces vigente Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, de modo que algunos de los requisitos requeridos con carácter general para la cesión de un contrato no resultan exigibles a aquellos contratistas que, tal y como acontece en el presente supuesto, se encuentran en situación de concurso, aunque se haya abierto la fase de liquidación. El contenido de esta modificación se mantiene en la redacción del actual artículo 226 del TRLCSP, cuyo apartado 2.b) recoge que "No será de aplicación" la exigencia de que "el cedente tenga ejecutado al

menos un 20 por 100 del importe del contrato” cuando la cesión se produzca “encontrándose el adjudicatario” en la situación descrita.

Aclarado lo anterior, debemos analizar si las manifestaciones vertidas por la Administración concursal del contratista durante el trámite de audiencia concedido son susceptibles de ser interpretadas como una oposición a la resolución contractual que determine el carácter preceptivo de este dictamen. En este sentido, consideramos que el solo hecho de solicitar la paralización del expediente de resolución iniciado, que, como la propia Administradora concursal señala en su escrito de alegaciones, lleva aparejada “la incautación de la garantía constituida por la concursada”, implica falta de aquietamiento por parte del adjudicatario, siquiera sea temporal, a la resolución del contrato por causa imputable al mismo.

Como hemos manifestado en anteriores dictámenes, la oposición del contratista que determina la intervención preceptiva de este Consejo existe no solo cuando este manifiesta su disconformidad con la resolución del contrato, sino también cuando, coincidiendo ambas partes en la procedencia de aquella, la oposición se refiere a los presupuestos y efectos de la resolución pretendida por la Administración. Pues bien, el planteamiento realizado por el contratista justifica nuestra intervención en el expediente.

**TERCERA.-** La calificación jurídica del contrato que examinamos es la propia de un contrato administrativo de obras. Por razón del tiempo en que fue adjudicado -24 de marzo de 2015-, su régimen jurídico sustantivo resulta ser el establecido en el TRLCSP y en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre. Dentro del referido marco legal, el régimen al que han de ajustarse los efectos y extinción del contrato es, según el artículo 19 del TRLCSP, el establecido por la propia Ley y sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 210 del TRLCSP, la Administración ostenta la prerrogativa de acordar la resolución de los contratos y determinar los efectos de esta dentro “de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley”. En el mismo sentido, el artículo 114 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en Materia de Régimen Local (en adelante TRRL), aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, atribuye al órgano de la entidad local competente para contratar la facultad de acordar la resolución de los contratos celebrados con los límites, requisitos y efectos legalmente señalados.

El ejercicio de tal prerrogativa, a fin de garantizar no solo el interés público, sino también el que los contratistas tienen en el cumplimiento de los contratos, exige la concurrencia de los presupuestos legalmente establecidos, así como la sujeción a las normas procedimentales que lo disciplinan. Si se incumple el procedimiento, la imputación de la causa resolutoria pierde su legitimación, pues, como acabamos de indicar, aquella potestad solo se puede ejercer con respeto a los límites y requisitos establecidos en la Ley.

La instrucción de los procedimientos de resolución contractual se encuentra sometida, con carácter general, a lo dispuesto en los apartados 1, 3 y 4 del artículo 211 y en el apartado 1 del artículo 224 del TRLCSP, que se remite a la regulación de desarrollo contenida en el artículo 109.1 del RGLCAP. Esta última norma sujeta la resolución del contrato al cumplimiento de los siguientes requisitos: audiencia del contratista por plazo de diez días naturales, en caso de propuesta de oficio; audiencia, en el mismo plazo, del avalista o asegurador si se propone la incautación de la garantía, informe del Servicio Jurídico y “dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, cuando se formule oposición por parte del contratista”.

En el ámbito de la Administración local, el artículo 114 del TRRL establece como necesarios para la resolución de los contratos los informes de la Secretaría y de la Intervención Municipal. En el caso del Ayuntamiento de Gijón, en su condición de municipio de gran población incluido en el ámbito de

aplicación del título X de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, el informe de Secretaría podrá ser evacuado por la Asesoría Jurídica conforme a lo dispuesto en el apartado e) de la disposición adicional octava de la referida norma.

En el supuesto objeto de este dictamen, la Administración actuante fundamenta la resolución contractual en “la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista”, prevista en el artículo 223.d) del TRLCSP. El informe emitido el 1 de febrero de 2016 por la Jefa del Servicio de Contratación y Compras indica que, conforme a lo dispuesto en el artículo 109 del RGLCAP, “en el caso de demora en la ejecución” no ha de “ser requerido informe al Servicio Jurídico”. Esta posición se mantiene a lo largo de todo el expediente, de forma que no consta en aquel la emisión de informe alguno por parte de la Secretaría General ni de la Asesoría Jurídica Municipal. Sobre tal extremo, este Consejo Consultivo ya manifestó su postura en el Dictamen Núm. 162/2015, dirigido a la misma autoridad consultante. En aquella ocasión advertimos que la simplificación procedimental contenida en los artículos 213.1 del TRLCSP y 109 del RGLCAP, en cuanto eximía en determinados supuestos de la emisión de informe jurídico, no resultaba de aplicación en el ámbito de la Administración local, en atención a lo dispuesto en el artículo 114 del TRRL. A tal efecto, nos remitimos a los argumentos allí expuestos y nos reiteramos en los mismos. En cualquier caso, no desconocemos, tal y como esa autoridad nos ha hecho saber a través de la comunicación de su Resolución de 7 de octubre de 2015 -dictada en el curso del procedimiento que dio lugar a la emisión del dictamen antes referido-, que esa Administración mantiene una interpretación de los preceptos afectados favorable a la exención de la emisión de informe jurídico en los casos de resolución contractual por demora imputable al contratista.

Por otro lado, el único informe de Intervención que obra entre la documentación enviada es anterior a la resolución de la Alcaldía, de 10 de febrero de 2016, por la que se acuerda iniciar el expediente de resolución del contrato de obras cuestionado. Ello supone que dicho informe no se ha

emitido formalmente dentro del procedimiento de resolución contractual, por lo que, tal y como señalamos en nuestro Dictamen Núm. 162/2015, consideramos necesaria la emisión de un nuevo informe por parte de la Intervención Municipal.

En consecuencia, no procede dictar en este momento una resolución que ponga fin al procedimiento, debiendo retrotraerse el mismo al objeto de incorporar los informes señalados y, una vez emitidos y realizadas, en su caso, las actuaciones que se deriven de ellos, deberá recabarse de este Consejo el preceptivo dictamen.

**CUARTA.-** No obstante lo expuesto, advertimos la existencia de cuestiones singulares en el expediente sometido a nuestra consulta sobre las que este Consejo no quiere dejar de ilustrar a la autoridad consultante.

Resulta aplicable a la determinación de las causas y efectos de la resolución de este contrato el TRLCSP. Por tanto, son causas de resolución, además de las establecidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares, las recogidas en los artículos 223 y 237 del citado Texto Refundido. De la documentación remitida se desprende la concurrencia de hasta tres causas de resolución del contrato de obras de construcción de un edificio para sede de la Asociación de Vecinos de Somió.

En primer lugar, debemos señalar que, formalizado el correspondiente contrato administrativo el 31 de marzo de 2015, su cláusula 4.<sup>a</sup>, de conformidad con lo previsto en la cláusula 22.<sup>a</sup> del pliego modelo de cláusulas administrativas particulares y en el artículo 229 del TRLCSP -de carácter no básico pero de aplicación supletoria en ausencia de desarrollo autonómico-, establece que "la comprobación del replanteo tendrá lugar dentro del plazo máximo de un mes desde la fecha de formalización del presente contrato". Sin embargo, las partes no suscriben la correspondiente acta hasta el 29 de mayo del mismo año, resultando las obras "no viables, por el retraso en la disposición de conexiones a redes de suministro". El acta de replanteo que permite el inicio de las obras se formaliza, finalmente, el 8 de julio de 2015. El

expediente remitido carece de información que permita identificar qué circunstancias impidieron comprobar el replanteo en el plazo acordado. A la vista de lo expuesto, no podemos desconocer que el artículo 237.a) del TRLCSP recoge como causa de resolución del contrato de obras "La demora en la comprobación del replanteo", con los efectos previstos en el artículo 239.2 del mismo cuerpo legal. En cualquier caso, ninguna de las partes contratantes cuestiona tal retraso ni, por tanto, lo hace aflorar en este momento -iniciadas ya las obras y finalizado su plazo de ejecución- como causa de resolución contractual.

El Ayuntamiento de Gijón fundamenta la propuesta de resolución que somete a nuestra consideración en lo dispuesto en el apartado d) del artículo 223 del TRLCSP, a cuyo tenor es causa de resolución del contrato la "demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista". El hecho que sustenta la causa de resolución está, a juicio de este Consejo, plenamente acreditado en el expediente. Así, el informe emitido el 14 de enero de 2016 por la Arquitecta Municipal, que asume la Dirección Facultativa de la Obra, señala que, "a día de hoy, se ha certificado un total de 5.954,68 euros, más IVA, de un total de adjudicación de 210.923,55 euros, más IVA, lo que supone un 2,823146%, y el resultado es que se ha cumplido el plazo contractual, que terminó el pasado 9 de enero de 2016, sin haber terminado los trabajos de construcción del nuevo edificio".

Por su parte, la documentación aportada por la Administradora concursal de la empresa contratista en el trámite de audiencia concedido pone de manifiesto que, mediante Auto del Juzgado de lo Mercantil N.º 1 de Oviedo, de 8 de febrero de 2016, se declara finalizada la fase concursal en la que se encontraba aquella y se procede a la apertura de la fase de liquidación. En estas condiciones, no podemos ignorar que el artículo 224.2 del TRLCSP establece que la "declaración de insolvencia en cualquier procedimiento y, en caso de concurso, la apertura de la fase de liquidación, darán siempre lugar a la resolución del contrato".

Al margen de la primera causa de resolución apuntada por este Consejo, se evidencia que en el momento de la emisión de nuestro dictamen, y consecuentemente al dictarse por esa Administración el acto que resuelva sobre el expediente de resolución contractual, concurren dos causas de resolución del contrato que provocan distintos efectos en lo relativo a las consecuencias económicas derivadas de la extinción del mismo. Así, de acordarse finalmente la resolución del contrato al amparo de lo dispuesto en el apartado d) del artículo 223 del TRLCSP, procedería la exigencia de los daños y perjuicios ocasionados, en los términos de lo establecido en el artículo 225.3 del TRLCSP, conforme al cual “Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados”, haciéndose la indemnización 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”. Por el contrario, de resolverse el contrato en atención a lo señalado en el artículo 224.2 del TRLCSP, sería de aplicación lo previsto en el artículo 225.4 de la misma norma, que dispone que “Sólo se acordará la pérdida de la garantía en caso de resolución del contrato por concurso del contratista cuando el concurso hubiera sido calificado como culpable”.

De acuerdo con una consolidada doctrina del Consejo de Estado, reflejada, entre otros muchos, en su Dictamen Núm. 144/2008, de 13 de marzo, “con carácter general, en caso de concurrencia de varias causas de resolución de un contrato administrativo debe aplicarse de manera preferente la causa que se hubiere producido antes desde un punto de vista cronológico”. Como indica el dictamen citado, “es paradigmático de esta doctrina el Dictamen número 47.892, de 4 de julio de 1985, en el que se dice que ‘cuando concurren diversas causas de resolución del contrato con diferentes efectos en cuanto a las consecuencias económicas de la extinción debe atenderse a la que haya aparecido con prioridad en el tiempo’”. Este Consejo Consultivo comparte plenamente la postura señalada, y así lo ha manifestado,

entre otros, en sus Dictámenes Núm. 55/2009, 160/2013 y 266/2013. A juicio de este Consejo, la prelación temporal es una regla general que opera incluso cuando concurre una causa no potestativa como la del artículo 224.2 del TRLCSP; causa de resolución, calificada generalmente de “automática”, cuya aparición no desplaza la aplicabilidad del criterio que hace prevalecer en la vida del contrato los efectos de la causa que primero se manifiesta en el tiempo.

Por su parte, el Borrador de Anteproyecto de Ley de contratos del sector público, de 17 de abril de 2015, sometido a información pública, se hacía eco de la doctrina señalada y recogía en su artículo 209.2 que “Cuando en una misma relación contractual concurrieran varias causas distintas de las enumeradas en el apartado anterior, el órgano de contratación deberá estar a lo que resulte de la prioridad cronológica en su aparición”.

A efectos de concretar cuál es la causa anterior en el tiempo, observamos que la resolución de la Alcaldía por la que se incoa el expediente de resolución por incumplimiento culpable del contratista data del 10 de febrero de 2016, mientras que el Auto judicial por el que se declara en fase de liquidación a la empresa contratista es del anterior día 8. Nos encontramos, por tanto, ante un incumplimiento del plazo de ejecución de las obras -que concluía el 9 de enero de 2016- manifiestamente anterior a la declaración del contratista en fase de liquidación, siendo esta, no obstante, previa a la incoación del expediente tramitado por aquella causa. Así las cosas, debemos plantearnos si las causas de resolución despliegan sus efectos desde el momento en que se producen o si es precisa su activación por la parte del contrato que se ve perjudicada por la existencia de aquellas; es decir, si es necesario para hacerlas valer que la Administración adopte el correspondiente acuerdo de incoación o que, en su caso, el contratista inste a aquella la resolución del contrato. A tal efecto, advertimos que la doctrina del Consejo de Estado no contiene un pronunciamiento expreso acerca de las diferencias entre la aparición o manifestación de la causa y su activación. Sin embargo, en algunos de ellos (entre otros, Dictámenes 2505/2000, de 20 de julio,

144/2008, de 13 de marzo y 500/2015, de 18 de junio) el Alto órgano consultivo no encuentra obstáculos a la aplicación efectiva de la fecha de manifestación de la causa, con independencia del momento de su activación. De igual modo procede el Consejo Consultivo de Extremadura en su Dictamen Núm. 145/2013, de 4 de abril. También la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en su Sentencia de 9 de enero - ECLI:ES:TS:2012:52-, Sección 7.ª, ante dos causas de resolución activadas simultáneamente, atiende a la manifestada anteriormente en el tiempo.

De cualquier forma, este Consejo, como manifestó en su Dictamen Núm. 176/2014, considera que la recta aplicación del principio de prelación de causas ha de implicar una conjunta ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso. Así, debe valorarse la actuación de las partes al objeto de evitar que aquella pueda haber sido utilizada con el ánimo de desnaturalizar la teoría expuesta o con el objetivo de colocarse pretendidamente en una determinada situación de ventaja. En suma, no pueden ser factores ajenos a la decisión a tomar la diligencia y la buena fe mostrada por la Administración o, en su caso, por el contratista.

De la documentación obrante en el expediente remitido se desprende claramente que la actuación del Ayuntamiento de Gijón, en orden a proponer, en defensa del interés general, la resolución del contrato suscrito en su día por un incumplimiento flagrante del adjudicatario, ha sido en todo momento diligente e independiente de la crisis empresarial desencadenada por la propia empresa, que ha desembocado en su disolución y entrada en liquidación. En efecto, advertimos en primer lugar que, cuando la Administración incoa el procedimiento de resolución contractual -el 10 de febrero de 2016-, no era concedora del Auto judicial de liquidación suscrito dos días antes. En estas condiciones, se comprenderá que ningún reproche puede hacerse al Ayuntamiento de Gijón en el sentido de sospechar tan siquiera una deliberada preterición por su parte, al momento de dar inicio formal al expediente, de la concurrencia de otra causa de resolución del contrato. Por otro lado, constan en el expediente las diversas actuaciones municipales que precedieron al inicio

formal del expediente de resolución, resultando que aquellas se inician el 14 de enero de 2016; fecha en que la Arquitecta Municipal emite el informe que desencadena el mismo, con carácter anterior a la suscripción del Auto referido.

Todo lo expuesto pone de manifiesto que tanto el incumplimiento del plazo de ejecución por parte del contratista -fijado el 9 de enero de 2016-, como las actuaciones preliminares realizadas por los distintos Servicios municipales con carácter previo a la incoación del procedimiento de resolución contractual, son anteriores al Auto de 8 de febrero de 2016 por el que se acuerda la liquidación de la empresa, observándose además una conducta diligente por parte de la Administración consultante. En consecuencia, este Consejo considera que la causa de resolución contemplada en el artículo 223.d) del TRLCSP ha sido la primera en manifestarse en el tiempo y, por tanto, constituye la causa de resolución del contrato.

En cuanto a los efectos de la resolución contractual, el informe suscrito por la Arquitecta Municipal propone la "pérdida de la garantía definitiva por parte del contratista en base a los daños y perjuicios ocasionados a esta Administración, quedando estos cumplidos con el valor de la garantía". La Jefa del Servicio de Contratación y Compras se adhiere a esta postura en su informe de 1 de febrero de 2016. En los mismos términos se expresan la resolución de incoación del procedimiento y la propuesta de resolución sometida a nuestro criterio.

Este Consejo viene manteniendo reiteradamente (Dictámenes Núm. 43/2015 y 161/2015, entre otros) que, en el régimen legal que resulta del artículo 225 del TRLCSP, la pérdida de la garantía se vincula al exacto resarcimiento de los eventuales perjuicios que se hubieran causado a la Administración. Igualmente, hemos de recordar a la Administración consultante que a la hora de efectuar la liquidación de los daños y perjuicios sufridos ha de guiarse por lo dispuesto en el artículo 113 del RGLCAP, con lo que deberá garantizar en cualquier caso la audiencia del contratista en la determinación del *quantum* indemnizatorio. En este sentido, consideramos que no resulta posible identificar de plano el importe de los daños y perjuicios

producidos con el valor de la garantía depositada, resultando posible la incautación de esta únicamente en función de la cuantía de los efectivamente irrogados.

Por último, advertimos que, iniciado de oficio el procedimiento de resolución contractual mediante Resolución de la Alcaldía de 10 de febrero de 2016, aún no ha transcurrido el plazo máximo de tres meses establecido en el artículo 42.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), que la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 13 de marzo de 2008 -ECLI:ES:TS:2008:643-, Sección 4.ª; de 9 de septiembre de 2009 -ECLI:ES:TS:2009:5567- y 8 de septiembre de 2010 -ECLI:ES:TS:2010:4766-, Sección 6.ª, y de 28 de junio de 2011 -ECLI:ES:TS:2011:4151- y 20 de abril de 2015 -ECLI:ES:TS:2015:1690-, Sección 7.ª, entre otras) juzga aplicable al procedimiento de resolución contractual. Sin embargo, puesto que no consta en el expediente que se haya acordado la suspensión fundada en el artículo 42.5.c) de la LRJPAC, motivada por la solicitud de nuestro dictamen, salvo que esa Administración pueda acreditar la adopción de tal acuerdo y la práctica de las notificaciones oportunas, a la recepción de este dictamen dispondrá ya de escaso tiempo para retrotraer el procedimiento en los términos indicados y proceder a dictar y notificar la resolución que corresponda.

Si el Ayuntamiento estima que no puede en el tiempo restante resolver y notificar deberá proceder a la declaración de terminación del procedimiento por caducidad, en los términos señalados en el artículo 42.1 de la LRJPAC. Todo ello sin perjuicio de que, declarada la caducidad, pueda acordar la iniciación de un nuevo procedimiento resolutorio en el que, con conservación y expresa incorporación de los antecedentes y trámites de aquel que puedan mantenerse por persistir -y así declararse- su vigencia fáctica y jurídica, quede constancia de la situación de incumplimiento a la fecha en que se instruya, y en el que, formulada nueva propuesta de resolución, se recabe dictamen de este Consejo.

En mérito a lo expuesto, este Consejo entiende que no cabe en el estado actual de tramitación un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión planteada, y que debe retrotraerse el procedimiento al objeto de practicar cuanto queda expuesto en el cuerpo del presente dictamen.”

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

Gijón, .....

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º  
EL PRESIDENTE,

EXCMA. SRA. ALCALDESA DEL AYUNTAMIENTO DE GIJÓN.